



**DECLARACIÓN DEL MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES
DENTRO DEL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

**Maestría en Derecho Procesal Penal
Artículo de Grado**

**AUTORES:
Brigitte Poveda Cantor
Claudia María Rodríguez Hernández**

**TUTOR
Dra. Yackeline Díaz Rodríguez**

**Facultad de Derecho
Universidad Militar Nueva Granada
Diciembre 2015**

DECLARACIÓN DEL MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES DENTRO DEL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Brigitte Poveda Cantor¹

Claudia María Rodríguez Hernández²

Resumen.

Para que el juez pueda percibir como fuente directa las pruebas y valorarlas en un lapso temporal breve, el juicio oral en el sistema penal acusatorio exige observar los principios de inmediación y concentración. Cuando se trata de la prueba testimonial de niños y/o niñas víctimas de delitos sexuales, la normatividad procesal penal no los exonera en su declaración siendo más exigente en su práctica porque es la única prueba susceptible de quebrantar la presunción de inocencia a la que tiene derecho el acusado, pasando por alto la protección especial de que son acreedores, promoviendo así la victimización de los menores al no utilizarse otros medios de convicción.

Palabras clave: Juicio oral, abuso sexual infantil, declaración y victimización secundaria.

¹ Candidata a magister Universidad Militar Nueva Granada, abogada especializada en Derecho Procesal Penal Universidad Católica de Colombia.

² Candidata a magister Universidad Militar Nueva Granada, abogada especializada en Derecho Procesal Universidad Libre de Colombia.

DECLARATION OF CHILD MINOR AGE VICTIMS OF SEXUAL CRIMES IN THE TRIAL IN ACCUSATORY SYSTEM

Abstract

For the judge to be perceived as a direct source testing and evaluate them in a short time span, the trial in the adversarial system required to observe the principles of immediacy and concentration. When it comes to the testimony of children and / or child victims of sexual offenses, procedural criminal legislation does not exonerate them in his statement to be more demanding in their practice because it is the only susceptible test violating the presumption of innocence to which he is right the accused, ignoring the special protection that are creditors, thus promoting the victimization of children by failing to use other means of conviction.

Key words: Trial, child sexual abuse, and secondary victimization statement.

Introducción.

El proceso penal colombiano en los últimos años ha tenido un avance con contenidos de oralidad, donde la práctica de la prueba se hace directamente ante el Juez de Conocimiento en virtud del principio de inmediación, y en donde el Juez de Garantías es el encargado de tomar decisiones respecto a solicitud de libertades y en general cualquier afectación de derechos individuales que en el pasado correspondía tomar al Fiscal, apuntándose en este sentido a lograr la agilidad del proceso y al hecho de hacer un mejor uso de las formas anticipadas de finalizar el proceso, como lo son los preacuerdos y las negociaciones.

Encontrando además ciertas particularidades que en otros sistemas análogos no se presentan, como por ejemplo la presencia del Ministerio Público o la oportunidad del Juez de interrogar al testigo, no resultando por ello sorprendente la postura de no exigencia que los menores víctimas de delitos sexuales comparezcan a declarar dentro del proceso penal, en razón a las características que comporta la comisión de delitos sexuales, pues suelen presentarse al interior de la misma familia, siendo un comportamiento clandestino que presencian únicamente la víctima y su victimario, llegándose a pensar que la víctima sería el único testigo directo de los hechos, y por lo mismo, cuando esté ausente dentro del juicio en ningún caso podría dar lugar a una sentencia condenatoria, de conformidad con el inciso 2° del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal que indica “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción (Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 24323 de 2005).

En este orden de ideas, hay que destacar que la declaración del niño abusado se puede ver afectada por distintas razones, entre ellas el miedo a ser castigado, no ser creído, o incluso por sentimientos de vergüenza, por lo que una vez ha decidido narrar lo que ha padecido, el hecho de volver a ser nuevamente objeto de interrogatorio, en el escenario de una audiencia, con la presencia de un juez, un fiscal, un defensor, un representante del Ministerio Público, e incluso de su mismo agresor, naturalmente puede cohibirlo de volver a exponer los hechos tal y como ocurrieron, revictimizando al menor y quebrantando el principio de inmediación de la prueba y el

derecho de contradicción³ y de defensa, la no exigibilidad de la declaración del niño víctima de abuso sexual dentro del juicio oral, por cuanto prima su protección tanto presente como futuro y por preexistir elementos que suplen de su presencia.

Siguiendo la idea anterior, este artículo va dirigido a analizar las consecuencias de llevar a cabo una y otra vez la declaración de las víctimas de abuso sexual en los niños y su relación con el testimonio del niño o niña víctima dentro del juicio, lo cual permitirá concluir que el mismo no resulta necesario, cuando existen exposiciones anteriores, por lo cual sería procedente proponer la inclusión de una excepción dentro del artículo 383 ibídem que a pesar de prescribir formas y reglas para recepcionar el testimonio del menor, sin duda alguna lo torna obligatorio en todos los casos, incluso cuando es víctima de un delito.

De igual forma, el escrito pretende demostrar a partir de una interpretación constitucional, integradora con las normas legales de carácter penal y de protección de los niños y niñas, la imposibilidad de exigir la declaración de los niños y niñas víctimas de abusos sexuales dentro del

³Los principios de concentración y de inmediación de la prueba dentro del sistema penal acusatorio contienen una caracterización trascendental. La inmediación permite al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes, mientras la concentración hace posible valorar el acervo probatorio en un lapso temporal que no debe ser prolongado, para que lo interiorizado por el juzgador no se desvanezca con el transcurrir del tiempo, principios éstos que deben ser acatados con rigurosidad. Sin embargo, es claro que estos principios no deben tomarse como absolutos, según lo reiterado en esta providencia, bajo el entendido que la repetición de un juicio oral para nominalmente preservar los principios de inmediación y concentración, debe ser excepcional y estar fundada en motivos muy serios y razonables (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-205 de 2011).

juicio oral y público, al considerarse que ello vulnera sus derechos fundamentales, siendo suficiente los demás elementos de juicio que se practican en juicio oral para la determinación de la verdad, en procura de señalar las desventajas y consecuencias de la declaración del niño víctima de abuso sexual dentro del proceso penal, para establecer si la declaración del niño víctima de abuso sexual dentro del juicio oral atenta contra sus derechos fundamentales y si se quebrantaría el principio de inmediación oral de la prueba y la necesidad que el juez presencie directamente su práctica.

Todo lo anterior tiene fundamento en decisiones de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las cuales, a pesar de no existir la prueba directa (testimonio del menor), se han emitido condenas con las declaraciones iniciales del niño o con la información entregada por los profesionales que receptionaron el testimonio luego de ocurridos los hechos, lo cual hará procedente el análisis del concepto de prueba de referencia y la forma como se limita su concepto para hechos como el caso de la presente objeto de investigación.

Pues como se determinará, ciertamente la prueba de referencia representa una fina excepción a la regla general establecida en el procedimiento penal colombiano, ya que va en contravía del principio de inmediación, dificultando la contradicción y alterando las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo (Velayos Martínez, 1998, p. 88).

El presente artículo es el resultado de una investigación de carácter jurídico, inductivo y descriptivo, que se desarrolló a través de un análisis de la jurisprudencia colombiana, lo cual permitió identificar el compromiso de las autoridades judiciales respecto a la garantía de los Derechos Fundamentales de los menores víctimas de delitos sexuales que acuden a la jurisdicción penal, implicando ello una investigación de revisión que adoptó el método teórico con el fin de orientar el desarrollo de la investigación de forma ordenada a partir del papel relevante y fundamental que reviste la legislación como expresión de la relación entre lo que ocurre en la práctica procedimental y el *deber ser* allí plasmado, con lo cual aparece sobre la mesa la solución más acertada que responde a las necesidades de los menores víctimas de abuso sexual dentro de los procesos iniciados ante la jurisdicción penal.

1. Principios que orientan el Procedimiento Penal Colombiano.

Con la expedición de la Ley 906 de 2004, el Estado colombiano acoge el Sistema Acusatorio, soportado constitucionalmente en los artículos 29 y 250, que consagran el derecho al debido proceso y la obligación de la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de hechos que revistan las características de un delito, apoyada en los órganos de Policía Judicial que trabajan bajo su dirección, coordinación y control a partir del informe ejecutivo, enraizándose de esta forma en la legislación procesal penal el Derecho al Debido Proceso, aunque solo sea de forma teórica, teniendo en cuenta la naturaleza progresiva y evolutiva de este derecho, siendo ello corroborado por la Corte Interamericana al afirmar que:

(...) el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional (Corte IDH, 1 de octubre de 1999, párr. 117-122).

Siendo importante también la consagración legal de un juicio público, oral y concentrado, en el artículo 145 del C.P.P.: “todos los procedimientos de la actuación, tanto preprocesales como procesales serán orales”, llevándose registro de las actuaciones a través de los medios técnicos que garanticen su fidelidad; fortaleciéndose así el Principio de Publicidad (artículos 149 y siguientes del C.P.P.), con la finalidad de garantizar a la comunidad el acceso a los juicios, en aras de proveer transparencia a todas las actuaciones como un acto verdaderamente democrático de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política, lo cual en ningún momento puede ser vulneratorio de Derechos Fundamentales consagrados tanto a nivel nacional como internacional.

Bajo esta óptica, el Principio de Publicidad⁴ debe considerarse pilar fundamental de la actuación judicial, pues ordena dar a conocer cualquier decisión que se adopte en conclusión de un proceso, salvo las excepciones legales, a través de notificaciones y traslados, que garantizan la Contradicción y Defensa y, por ende, el Debido Proceso, puesto que le otorga validez y legitimidad al acto.

No obstante, tanto la Constitución como la ley admiten, por principio de utilidad e inmaculación necesaria en algunas actuaciones, procedente es que las mismas sean ocultas a las partes, bien por preservar la integridad de una prueba o por asegurar el cumplimiento de una sentencia. En el primer caso, se trata del decreto y práctica de pruebas que, de ser conocidas por la contraparte, perderían toda su eficacia procesal, siendo este el fundamento para desarrollar el allanamiento o

⁴ (...) De otro lado, el principio de publicidad se realiza también mediante el reconocimiento del derecho que le asiste a la comunidad en general, de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, de exigir que las mismas se surtan con total apego a la ley. Se trata en este caso, del deber impuesto a las autoridades de divulgar a la opinión pública el contenido y efecto de sus decisiones, salvo en los casos en los que exista reserva legal. De ese modo, además de las notificaciones como actos de comunicación procesal, el principio de publicidad se materializa también mediante el reconocimiento del derecho ciudadano a enterarse de las decisiones tomadas por las autoridades, con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico. (...) el principio de publicidad constituye una garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos y un recurso que permite las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho a controlar el ejercicio del poder (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-980 de 2010).

el registro y la interceptación de comunicaciones o correspondencia le sean reservadas a la parte contra quien se aducen, sin que implique ello el desconocimiento del Derecho de Contradicción, una vez practicada y asegurada, pues si bien la ley autoriza el decreto y la práctica bajo reserva, no así la valoración, pues, en el caso de las pruebas, de no socializarse antes de proferir sentencia o cualquier decisión que se funde en ellas, jamás podrán tenerse como plenas, es decir, serán incontrovertidas y, por tanto, ilegales.

Para evitar lo descrito, los sujetos procesales cuentan con el Derecho de Contradicción de hechos y alegaciones que se formulen en su contra, decisiones judiciales, opiniones de terceros, dictámenes especializados y en general cualquier actuación que redunde en perjuicio de la parte, garantizándose este derecho mediante la interposición de recursos, la permisión a las partes de participar en la práctica de pruebas y también mediante el aviso en tiempo de la realización de audiencias y diligencias, haciendo parte este principio del Debido Proceso, pues un alegato incontrovertido, una prueba no conocida, un dictamen no socializado, impiden la realización efectiva del derecho al debido proceso, ya que solo aquello que sea pleno será objeto de debate en una audiencia concentrada y con inmediación frente a un juez que conduzca la actividad procesal y se respete la Dignidad Humana.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar *ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad* que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos

procesales. *Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura* (...), Asimismo, el Consejo de Europa ordenó a los Estados Partes revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 17 de septiembre de 1987, párr. 47). En un sentido similar la Regla 8.1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso (Corte IDH, 28 de agosto de 2002, párr. 134).

Ello, en tanto que los Derechos Humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de todas las personas sin discriminación alguna, por cuanto son el contenido esencial del sistema democrático nuestro, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y una finalidad que orienta el sistema político y la convivencia social, figurando entre ellos, la salvaguarda de los niños que tiene como fundamento su condición de seres humanos, su dignidad humana y la situación especial en que se encuentran, por su inmadurez y vulnerabilidad.

Siendo por ello procedente para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, establecer que “Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la *adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías*” (Corte IDH, 2 de septiembre de 2004, párr. 209; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-684 de 2009).

Respecto al punto anterior, es claro que en desarrollo del procedimiento penal, puede generarse tensión referente al *Principio de la Dignidad Humana*, por cuanto tanto el menor víctima del delito como el procesado tienen derecho a que se les respete este principio por el hecho de ser Seres Humanos; sin embargo, no siempre es claro el resultado del ejercicio de ponderación que hacen los operadores jurídicos, en desatención la mayoría de veces del antes mencionado Interés Superior del menor, pues así como se protege este bien jurídico, para la Corte IDH es claro que:

(...) toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, ***no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana*** (Corte IDH, 29 de julio de 1988, párr. 154; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-317 de 2002).

Difícil es entonces el ejercicio de la ponderación en tanto se presente normativamente un conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto conforme lo establecido a nivel interamericano sobre el particular; sin embargo, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta, eje central del análisis constitucional de cualquier medida, considerando las condiciones (i) fácticas específicas en las cuales se encuentra un menor y (ii) jurídicas que establecen los parámetros para su protección

contenidas en el ordenamiento (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 2014; Sentencia T-705 de 2013).

Es conocido que diferentes instrumentos internacionales que consagran Derechos Humanos, la Constitución de 1991 y el Código de la Infancia y la Adolescencia⁵, imponen la obligación de adoptar medidas legislativas y judiciales para favorecer el interés superior de los menores víctimas de conductas delictuales, atendiendo a su evidente vulnerabilidad, evitando así su revictimización al poner en riesgo garantías fundamentales como la Dignidad Humana.

Con todo, debe insistirse que acorde con el principio *pro infans* y el interés superior del menor, prevalecen aquellas medidas que les resulten más favorables, sin que ello implique desconocer otros valores superiores relacionados con garantías inherentes al debido proceso y al acceso efectivo de la administración de justicia.

⁵ La legislación colombiana desarrolla la fase etaria que comprende al menor de edad, tanto en el Código Civil como en el Código de la infancia y la adolescencia, reconociendo como menor a quienes aún no hayan alcanzado los 18 años de edad; en tanto que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección especial de los derechos del menor tiene fundamento principalmente en tres razones: i) la situación de fragilidad en que se encuentran frente al mundo, atendiendo su desarrollo personal; ii) constituye una forma de promover una sociedad democrática cuyos asociados conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y iii) la pretensión de corrección del déficit de representación política que soportan los menores, al no poder participar directamente en el debate democrático (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-853 de 2009).

2. La Prueba y los Derechos Fundamentales en el Sistema Acusatorio.

En el sistema penal colombiano⁶, quien descubre los elementos materiales probatorios no debe contaminar al funcionario encargado de practicar la prueba y evaluarla, es por ello que en

⁶Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Carta Política de 1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal basado en (i) la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad y (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior. (...) Las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral. En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma

desarrollo y cumplimiento del Principio de Inmediación, el Juez de conocimiento práctica las pruebas, con el objetivo claro de dar cumplimiento al Principio de Contradicción que recaer en una decisión imparcial, autónoma e independiente, convirtiéndose la audiencia de juzgamiento, en el acto procesal más importante del Sistema Acusatorio, pues le brinda a la prueba la oportunidad de valorarla sin que medie la intervención de otro funcionario o la seguridad de no ser deteriorada por el paso del tiempo, asegurando su preservación y contradicción.

Ahora bien, una vez se recibe la noticia criminal, el fiscal y su equipo tienen el primer acercamiento a los hechos frente a los que, a través de los medios de acreditación obtenidos, tiene el deber de lograr el mayor conocimiento posible, en aras de decidir acerca de la viabilidad o no de ejercer la acción penal; en este último caso, y bajo el entendido que el juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión en juicio, es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, utilizando los medios probatorios pertinentes y legalmente obtenidos, lo cual permite inferir que del manejo de las evidencias o de las pruebas por parte del fiscal, depende que el juez se entere de las circunstancias que rodearon una acción con trascendencia penal, materializando la justicia, vislumbrada en el esclarecimiento y sanción de las conductas que afectan las garantías fundamentales, o con la absolución de los ciudadanos frente a quienes no haya sido posible desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-591 de 2005).

La actividad probatoria debe centrarse en el contenido de cada medio de acreditación pero también debe estar orientada a verificar la confiabilidad del medio utilizado, es decir, la credibilidad del testigo, la autenticidad del elemento material probatorio, la idoneidad del perito, etc., siendo relevante lo que tiene que ver con el contenido del medio de prueba; la confiabilidad del medio de prueba y, la forma en que es transmitida la información contenida en el medio de prueba, aspectos que tratándose del testimonio de un menor, pueden resultar críticos para las partes, si es que en casos de delitos sexuales, son el único medio probatorio que pretende esclarecer la responsabilidad penal del acusado.

En este sentido, es claro que, en la búsqueda de la verdad debe primar el respeto y protección de los Derechos Fundamentales de los sujetos procesales, contrario a lo que sucedía en los sistemas inquisitivos, en los cuales el esclarecimiento de los hechos giraba en torno a la confesión en arbitraria vulneración de la Integridad Física y Mental⁷ y el Debido Proceso⁸, a través de la

⁷La Corte IDH, se ha pronunciado respecto a las implicaciones que describen el Derecho a la Integridad, así:

(...) el derecho a la integridad personal es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter alia*, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia (Artículos 5 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana (Corte IDH, 8 de julio de

utilización de toda clase de torturas, siendo por ello importante destacar que podría estar sucediendo algo similar cuando el menor es obligado a declarar en juicio en flagrante irrespeto a su Integridad e Intimidad, en razón a que si bien resulta obligatoria la participación de los menores en los asuntos que puedan afectarlo, debe hacerse siempre y cuando no implique una revictimización⁹, participación que por tanto debe estar ajustada a las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concordante con el artículo 19, de forma que se respeten en cualesquier procesos administrativos o judiciales, en razón a que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto, por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

2004, párr. 129; 5 de julio de 2004, párr. 153; 25 de noviembre de 2003, párr. 153).

⁸El *derecho de defensa procesal*, consiste en “...el derecho de toda persona *a ser oída* con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera” (Corte IDH, 29 de enero de 1997, párr. 74; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-390 de 2014).

⁹También denominada victimización secundaria, es aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Consecuentemente, la victimización secundaria se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quién se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema (Landrove, 1990, p. 44).

No debiendo obviar que, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años, ante lo cual es claro que hay una amplia variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen, resultando de ello que la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años, siendo deber de las autoridades en desarrollo de un procedimiento, matizar razonablemente el alcance de la participación del niño con el fin de lograr la protección efectiva de su Interés Superior, procurando el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Conforme lo anterior y teniendo en cuenta que la búsqueda y recolección del material probatorio es clave a la hora de convencer al juez en desarrollo del juicio oral cuando se expone la teoría del caso y se practican las pruebas que la soportan, es deber de las partes y del juez que se respeten los derechos y garantías constitucionales, siendo este el motivo suficiente para inferir que no es necesaria la recepción nuevamente del testimonio del menor víctima del delito sexual, en un juicio público en presencia no solo de los operadores jurídicos sino del victimario y de observadores ajenos al procedimiento, que pueden afectar la vida del menor en todos sus aspectos.

El aspecto antes mencionado se complementa entonces con las reglas establecidas para el manejo que debe dársele al material probatorio recolectado, teniendo en cuenta por supuesto lo aseverado por la Corte Constitucional en relación con la legalidad de la prueba, siendo procedente establecer la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba, respecto al tema, el alto tribunal constitucional en la sentencia C-396 de 2007, precisó: Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad

recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-396 de 2007; Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 32829 de 2010).

Desde esta perspectiva entregada por el alto tribunal constitucional, los actos de investigación pueden afectar o no Derechos Fundamentales, es por ello que, es deber del legislativo, fijar parámetros que le permitan a la autoridad investigativa en qué circunstancias los actos de investigación que afectan derechos y garantías fundamentales resultan no solo legales, sino legítimos; como por ejemplo las entrevistas a menores víctimas de delitos sexuales, en desarrollo de las cuales se vulnera el Derecho a la Integridad Personal, razón por la que debe ser permitida con las limitaciones constitucionales y legales, pues en algunos procesos resultan necesarias para lograr el esclarecimiento de las conductas punibles, y obtener una decisión justa, soportado ello en lo establecido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien

protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2007; Sentencia C-186 de 2008).

Es por ello que, debe darse aplicación en todo momento al Principio de Proporcionalidad¹⁰, pues es necesario siempre ponderar los Derechos Fundamentales que se verán menoscabados con la

¹⁰El test de proporcionalidad es un instrumento valioso para el análisis de los problemas de igualdad que surgen en aquellos eventos en los cuales determinadas disposiciones incorporan razones para dar un tratamiento distinto a supuestos de hecho que son asimilables. Cuando a partir de la norma y de sus antecedentes no es posible establecer la existencia de una razón para el trato diferenciado, se constataría directamente la afectación del principio de igualdad, sin necesidad de acudir al test de proporcionalidad, no siendo necesario acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables; frente a situaciones que son equiparables, si de la norma no se desprende una razón que explique el trato diferente, el mismo puede atribuirse, entre otras consideraciones, a una omisión legislativa por inadvertencia o por un abierto propósito discriminatorio, pero en la medida en que no existe una razón con base en la cual se pretenda

práctica de ciertas pruebas o con la toma de ciertas decisiones; principio que debe verificar tres aspectos fundamentales frente a las actuaciones que comprometan garantías superiores:

- (i) Idoneidad del procedimiento para alcanzar el fin buscado.
- (ii) No existencia de otros mecanismos menos lesivos para las garantías ciudadanas, que permitan alcanzar el mismo fin.
- (iii) Existencia de proporcionalidad entre el fin perseguido y el nivel de afectación de derechos que el acto de investigación implica.

Sobre la incidencia del principio de proporcionalidad en la decisión sobre actos de investigación que impliquen la limitación de derechos fundamentales, en la sentencia C-336 de 2007 se reiteró:

En virtud del principio de reserva judicial de las medidas que implican afectación de derechos, en cada caso concreto, el juez de control de garantías deberá hacer un juicio de proporcionalidad de la medida cuya autorización se le solicita. Para ello deberá determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar la medida de intervención corporal es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es o no pertinente, y de serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin; si además de idónea, es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los

justificar la diferencia de trato, tampoco es necesario acudir al test de proporcionalidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-029 de 2009).

derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 2007; Sentencia C-822 de 2005).

Elementos que claramente deben ser examinados con precisión, sobre todo cuando se trata de procedimientos y etapas judiciales en las cuales intervengan menores de edad, toda vez que en respeto del Interés Superior del Menor, se debe asegurar que sus derechos sean protegidos por cualquier autoridad, ya sea judicial o administrativa, dado que no se pueden tomar decisiones que menoscaben sus Derechos Fundamentales si esta situación se puede evitar, ello teniendo en cuenta en las características de vulnerabilidad en la que ellos se encuentran, siendo esta la base para que exista el deber de incluir en cualquier tipo de orden o solicitud de practica probatoria, el fundamento legal y factico que demuestre la pertinencia e importancia jurídico-procesal, y también su excepcionalidad como medio violatorio de los Derechos Fundamentales, motivación y razones que conforme al artículo 250 superior, deben ser autorizadas previamente por el juez de control de garantías de forma general.

Al respecto, la Corte Constitucional en fallo T-408 de 1995, precisó que el interés del menor de edad *“debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos*

encargados de protegerlo”, precisando que el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos, explica el alto Tribunal Constitucional que, el verbo ‘prevalecer’ implica el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; y por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor.

3. La Prueba Testimonial.

La prueba testimonial es “la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga” (Martínez, 2006, p. 408); entendiendo la Corte Suprema de Justicia que por testimonio debemos entender: “(...) los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso No. 24468 de 2006), por lo cual es una de las más importantes fuentes de información para la autoridad judicial, pues a través de este medio probatorio, el operador jurídico conoce de forma directa los hechos jurídicamente relevantes, así se puede demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos.

Sin embargo, en la práctica este medio probatorio presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad, ya que el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios,

intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros (Bedoya, 2008, p.43), como por ejemplo lo que ocurre cuando se narra lo sucedido en la comisión de delitos sexuales, ya que en múltiples ocasiones los victimarios hacen parte del núcleo familiar de la víctima, lo que hace difícil el análisis de este testimonio, con fundamento en lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico respecto al deber de rendir testimonio: *“toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales”* (artículo 383 de la ley 906 de 2004), aunque con excepciones constitucionales y legales (artículos 33 de la Constitución y 8 de la Ley 906 de 2004).

Frente al tema planteado, suele presentarse una problemática aún no resuelta, teniendo en cuenta las excepciones tanto constitucionales como legales, en tanto que el artículo 33 de la carta política dispone: *“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”*, esto hace que las víctimas de este delito no declaren con todo el apego a la verdad o que en una primera instancia lo haga y luego se retracte cuando quien comete la conducta punible es un familiar cercano que en muchas ocasiones vive bajo su mismo hogar, es decir, la presión de declarar contra sus familiares y la protección constitucional a esta situación, puede resultar ser un gran impedimento para la obtención de la verdad y por tanto de justicia, por lo cual en este punto, surge el siguiente interrogante: ¿Resulta pertinente, conducente, útil y necesario el testimonio de un menor de edad víctima de delito sexual para el esclarecimiento de la verdad? .

Para responder el anterior interrogante, es necesario establecer el escenario jurídico-procesal en el que nos encontramos, pues cuando el operador jurídico exige la presencia del menor en juicio para convalidar lo aseverado por el menor, parecería que el interés de este es no incurrir en una indebida valoración probatoria que se configura en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-117 de 2013; Sentencia T-1100 de 2008).

En este sentido, el artículo 404 del C.P.P. consagra los criterios de apreciación de la prueba testimonial:

Para apreciar el testimonio el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la

percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Y es que conforme lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1287 de 2001:

(...) el principio de autonomía de la voluntad y el derecho fundamental a la libertad de conciencia se ven también desarrollados en la norma superior que consagra la excepción al deber declarar en juicio contra sí mismo y contra los más próximos familiares. La libertad moral o libertad de conciencia a que alude el artículo 18 de la Constitución, encuentran una garantía complementaria en el principio de no incriminación, impidiendo presiones sobre la conciencia de los individuos llamados a deponer en esas circunstancias (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1287 de 2001).

Con todo, es normal que tanto la Fiscalía como la Defensa, en aras de fortalecer su teoría del caso, tomen como fundamento lo aducido por la víctima, la cual puede en nuestro sentir, luego de ser debidamente informado renunciar al privilegio consagrado en el artículo 33 de la constitución para apoyar determinada teoría del caso, y por tanto comparecer a juicio bajo las mismas condiciones de cualquier testigo, debiendo someterse al interrogatorio cruzado y a la valoración de su testimonio bajo los parámetros fijados por el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, siendo entonces procedente para ambas partes obtener otros medios probatorios que le den fundamento y soporte jurídico a su teoría del caso.

Es lógico que en esta oportunidad, determinar el alcance del artículo 33, toda vez el propósito teleológico de la norma es que el funcionario judicial al momento de recepcionar el testimonio tiene la obligación de no *constreñir, forzar o presionar* al testigo a declarar en contra de las personas contenidas en dicha normativa, siendo trascendental que durante el acto judicial no sea transgredido el derecho fundamental, y así, el deber de la autoridad judicial es velar porque los testigos rindan su testimonio de forma libre y voluntaria, argumento que explica por qué no es relevante el olvido de ponerle de presente el derecho a no declarar (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso No. 25259 de 2008), lo cual suena apropiado a la luz de una ponderación necesaria de los Derechos Fundamentales, de un lado los derechos de los menores víctimas, pues el Estado tiene la obligación de investigar los presuntos hechos cometidos en contra de su integridad, y de otro lado, el interés individual del procesado a que el juicio adelantado en su contra se celebre en cumplimiento de las garantías del Debido Proceso.

Desde esta perspectiva, puede suceder que dentro de las actuaciones previas al juicio oral, el ciudadano durante una entrevista renuncie al derecho a no declarar contra sus parientes, no implicando ello que esté obligado a declarar en juicio; siendo esta circunstancia de vital importancia, pues el fiscal debe abstenerse tanto como sea posible, de basar su caso únicamente en estas versiones, siendo entonces procedente y apropiado obtener otra serie de medios probatorios que conduzcan al juez a la verdad de lo ocurrido; evidenciándose esta necesidad en la preparación de la teoría del caso, pues se debe precisar si el testigo realmente es confiable, ubicando sus debilidades y luego, preparar las estrategias para explicarle las razones por las que debe darse a este testimonio, un determinado valor persuasorio, para lo que resultaría necesario y determinante la utilización de la *prueba de corroboración*, en razón a que testigos no

presenciales de los hechos, puede tener información que permita corroborar otras versiones o información contenida en otros medios de prueba, siendo estas declaraciones trascendentales frente a delitos que por lo general son cometidos en la clandestinidad, como los que comportan violencia sexual o cuando la credibilidad de un testigo se encuentra cuestionada por su interés en el resultado del proceso (Bedoya, 2008).

Bajo el anterior postulado entonces, aun cuando es deber primordial el cumplimiento de los requisitos legales que protegen el derecho a no inculparse o inculpar a los parientes más cercanos; en el evento en que se presente alguna irregularidad frente a este aspecto, el representante del ente acusador deberá analizar su trascendencia con el fin de determinar si la información debe ser o no desestimada, lo cual implica una valoración profunda y a conciencia de todos los factores y circunstancias que rodeen el testimonio, es decir, aplicando las normas sobre *pertinencia* en aras a establecer si la información le es útil, evitando la información irrelevante.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, al analizar la dificultad para esclarecer delitos sexuales de los que sean víctimas menores de edad, destacó la importancia de la información que no da cuenta directa de los hechos, ya que puede contribuir al esclarecimiento:

“Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien

confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso No. 24468 de 2006).

En casos como el narrado, la decisión de excluir la entrevista del menor, deja sin fundamento probatorio el proceso penal, con lo cual se impide la materialización del derecho a la verdad, justicia y reparación, pues siendo la única prueba de los hechos ocurridos, se elimina el fundamento para plasmar en el fallo una condena, es decir, si la entrevista se desarrolló en un ambiente de confianza en compañía del representante legal del menor y el perito diligente, este elemento probatorio que se pretende allegar o introducir al juicio a través de la *prueba de referencia*, no resulta insuficiente, más aun si sumamos a esta, otros medios probatorios recaudados, como los diferentes dictámenes periciales emitidos por profesionales en el área psicología, medicina, forenses y los informes pediátricos, escolares, sociofamiliares, psicológicos, testimonios de referencia de familiares, terapeutas, trabajadores sociales, profesores, es decir, la exigencia que en oportunidades hacen las autoridades judiciales que el menor debe presentarse a juicio oral para rendir testimonio, resulta irrelevante si con anterioridad ya lo ha entregado con la salvaguarda de todos sus Derechos Fundamentales y si finalmente la prueba de referencia se introduce al juicio de forma correcta, respetándole el Derecho de Contradicción al acusado.

De tal manera, el principio de prevalencia del interés superior del menor de edad exige de las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que afecten los derechos del menor, al tener su interés superior un contenido de naturaleza “real y relacional” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-408 de 1995). Es obligación entonces del Estado asumir un compromiso que garantice el bienestar físico y espiritual del menor y en consecuencia disponer todas las acciones y medidas a fin de mitigar su situación de debilidad.

Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, (...) sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-510 de 2003).

En consonancia con lo anterior, y conforme al mencionado respeto por los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, la Corte Constitucional 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 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-554/03).

Así las cosas, de acuerdo a lo estipulado en la doctrina contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, 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, dicho que 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, es indispensable acudir a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-078/10).

4. La Cámara de Gesell.

Llamada así por su creador el estadounidense Arnold Gesell, es una sala acondicionada especialmente para las declaraciones de personas que han sido víctimas de violencia o delitos sexuales, conformada por dos habitaciones divididas por un vidrio especial que permite ver desde el lugar contiguo lo que sucede, sin ser observado y que cuenta con la participación de una

psicóloga especialista en entrevistas en procesos judiciales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 2014).

Con el fin de promover el respeto por el interés superior del niño, se muestra un evidente avance en la investigación sobre delitos sexuales en menores de edad a través del uso de la Cámara Gesell, herramienta forense que evita la revictimización o nuevo maltrato psicológico de los infantes durante el interrogatorio para esclarecer el caso, pues el propósito es establecer un procedimiento de atención único, rápido, oportuno y eficaz en la recepción de la denuncia penal a nivel policial y fiscal, así como en la realización de los peritajes del Instituto de Medicina Legal y la entrevista al niño, niña y adolescente, vigilando además, porque la víctima reciba atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica que incluya también la recuperación física y psicológica.

Es entonces, una herramienta de uso forense que facilita la realización de la entrevista única así: en dos habitaciones contiguas separadas con una división de vidrio espejado, dotado de un sistema especial de audio y video, que permite mirar solo por un lado; en uno de estos ambientes se realiza la entrevista única de la víctima por el psicólogo y en el otro, de observación, donde se encuentran los operadores de justicia, el fiscal, el representante del ministerio público, el abogado defensor y los padres o tutores de la víctima.

Desde el segundo ambiente, se realizan las preguntas a través de un equipo de comunicaciones al psicólogo quien lo transmitirá al niño en un lenguaje adecuado, toda la diligencia es filmada, lo que permitirá que posteriormente pueda ser visualizada por el fallador sin necesidad que la víctima vuelva a concurrir a declarar; mientras que el personal encargado de la investigación

observa a los niños y/o adolescentes que brindan sus testimonios desde la habitación contigua; procedimiento que evita la victimización secundaria, que tiene lugar cuando las víctimas o testigos de un delito se ven obligados a evocar una y otra vez la agresión vivida, en las numerosas declaraciones que deben prestar a lo largo del procedimiento judicial, experimentando repetidamente el trauma y la estigmatización.

La diligencia de declaración descrita, forma parte de la investigación penal que conduce el delegado del ente investigador competente que se aplica a niños, niñas o adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata de personas con fines de sexual; se desarrolla en una sola sesión con el apoyo del psicólogo del Instituto de Medicina Legal, diligencia que se documenta en un acta suscrita por el fiscal y por quienes intervienen en ella y en simultánea, se registra la entrevista en medio audiovisual que graba la expresión verbal y no verbal del entrevistado, respetando siempre el protocolo establecido de la cadena de custodia.

Cabe resaltar la importancia para el Instituto de Medicina Legal de contar con psicólogos altamente capacitados en técnicas de entrevista forense en niños, niñas o adolescentes y contar con la experticia necesaria para realizar el procedimiento de entrevista en casos de delitos con abuso sexual y trata con fines de explotación sexual, siendo indispensable la realización de las coordinaciones preparatorias con el fiscal delegado a fin de tener la información necesaria que le permita realizar la entrevista, recaudando los elementos facticos que ayuden al esclarecimiento del caso.

En atención a lo narrado hasta este punto, el psicólogo deberá realizar las preguntas de acuerdo a la edad cronológica, estado emocional, déficit intelectual, deficiencias físicas y sensoriales, indicios de posibles trastornos neurológicos del niño, niña y adolescente que será entrevistado; debiendo además de informarle del procedimiento a realizar.

De nuevo, en aplicación al Interés Superior del Niño se debe establecer que los exámenes Médico Legales consideren criterios como:

- El médico evaluador evita preguntar en los aspectos propios de la situación de violencia sexual por la que atraviesa el niño, niña o adolescente, procurando indagar únicamente lo pertinente para el desarrollo de su pericia médica, sin re victimizar ni profundizar en los hechos que son materia de investigación.
- Los protocolos, guías, manuales de atención e investigación, deben contar con la ficha de consentimiento informado por parte de los familiares o responsables del niño, niña o adolescente.

Dado el funcionamiento de la herramienta descrita, la *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 sexuales, en su artículo 2 que adiciona un artículo nuevo a la *Ley 906 de 2004*, numerado 206A, en su literal e) contempla lo siguiente: *“La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito”*.

Es decir, si el objetivo de una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación, esta diligencia debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad, en el que se tenga en cuenta por parte del entrevistador como ya se mencionó, el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños.

En este orden de ideas,

(...) es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y conainterrogatorio arrojan 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 una ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-117 de 2013).

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 obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático (Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 33651 de 2011).

Como ya se mencionó, en atención a la protección especial de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, autoridades judiciales como el Tribunal Constitucional español también ha analizado los efectos de someter a un menor que ha sido víctima de un delito sexual al proceso

penal, concluyendo que resulta ajustado a la Constitución que se modulen garantías procesales como el derecho de defensa y la contradicción, atendiendo la edad del ofendido y la naturaleza del delito investigado.

Por ello, en la sentencia 57 de marzo 11 de 2013, la Sala Segunda de ese tribunal resolvió recurso de amparo promovido por una persona condenada como autor de seis delitos de abuso sexual, quien alegaba que sus derechos fundamentales habían sido transgredidos, como quiera que durante el diligenciamiento no pudo contradecir directamente las manifestaciones de las menores víctimas, pues no comparecieron ante los órganos jurisdiccionales ni durante la instrucción ni el juzgamiento; ocasión en la que se señaló que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtió que *“los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuando frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como una auténtica ordalía”* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 2014).

Así, se explicó que si bien procesalmente la forma de refutar las manifestaciones inculpativas es el interrogatorio del testigo practicado en el juicio oral, acorde con el artículo 6.3. d) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, dicha regla general admite excepciones a través de las cuales en ocasiones, se puede integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 2014).

Se admitió en dicha oportunidad también que el testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado; en tales casos, es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado, puesto que los intereses de la víctima han de ser protegidos y no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento.

5. La solución legislativa en Colombia.

La *Ley 1652 de 2013*, busca defender los derechos de los niños víctimas de abuso sexual, a través de la adición de la ley procesal vigente en Colombia en lo que respecta a la entrevista forense en lugar de dar aplicación al interrogatorio para menores de 14 años presuntamente víctimas de delitos sexuales, mediante la adición del artículo 383 de la *Ley 906 de 2004*, el cual introduce la figura del interrogatorio para los procesos por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, estableciéndose en este sentido que el menor víctima de abuso sexual debe ser entrevistado por un psicólogo, médico o profesional en entrevista forense de niños, niñas y/o adolescentes, designado por el Juez que ordene la medida, debiendo realizarse la entrevista en un lugar adecuado a la edad y etapa evolutiva del menor, adicionándose para este

fin un párrafo al artículo 150 de la *Ley 1098 de 2006*, aspecto que encaja perfectamente con lo tratado en dicha normatividad pues consagra preceptos sustantivos y procesales tendientes a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades, al igual que su restablecimiento, normas que por ser de orden público e irrenunciable, se deben aplicar preferentemente a las disposiciones contenidas en otras leyes.

En tratándose del testimonio de menores, la ley les ha otorgado una mayor intervención con el propósito de brindar apoyo a las decisiones que han de tomar los funcionarios encargados de adelantar las investigaciones con el fin de salvaguardar los derechos de acusados, condenados o víctimas de delitos, rigiéndose su obtención por procedimientos especiales que deben ir concatenados con estándares internacionales como los plasmados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que indican que los menores de edad son sujetos de protección que gozan de unas garantías más amplias que las de los adultos, señalando además que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar un proceso especializado en sus normas internas cuando se trate de niños, niñas y adolescentes, las cuales deben estar acorde con su grado de madurez y circunstancias especiales.

De acuerdo a lo anterior, y con el fin de garantizar el derecho a la justicia a los niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales y demás personas responsables del bienestar de éstos deben respetar entre otros los siguientes principios de alcance general: Dignidad Humana¹¹, No discriminación e Interés superior del niño.

¹¹ (...) al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser

La *Ley de la Infancia y la Adolescencia* (Ley 1098 de 2006) crea el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como los procedimientos especiales para cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas o intervenga en los procesos contra adultos, consagrando preceptos como: i) cuando los niños, las niñas y los adolescentes sean citados como testigos en los procesos penales que se adelanta contra adultos, sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia. Así también, previamente el Fiscal o Juez debe enviar el cuestionario de manera excepcional el Juez podrá intervenir en el interrogatorio y será necesaria la presencia del Defensor de Familia, siendo este procedimiento el mismo que se siga para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación (artículo 150); ii) en los casos en que los niños son víctimas de delitos y deban rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la ley (artículo 193-numeral 12); y, iii) en las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuyas víctimas sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor, se deberá utilizar medios tecnológicos y el niño, niñas o adolescente debe estar acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad, solo si el Juez considera conveniente podrán estar los demás sujetos procesales (artículo 194).

tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-062 de 1999).

El mencionado cuestionario se refiere al evento en que un menor deba comparecer dentro de un proceso oral en calidad de testigo, y la norma es clara y expresa al establecer que el mismo procedimiento deberá aplicarse en la fase de indagación, pues siempre se persigue la protección de los derechos de los menores, de carácter prevalente en las dos etapas del proceso.

En atención a lo anterior se tiene que, la denominada prueba de referencia tiene un carácter excepcional, en tanto el sistema acusatorio procura que la totalidad de las pruebas sean directas y recolectadas en la etapa de juicio oral, para materializar principios como la inmediación y la concentración de la prueba. En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que la prueba de referencia “representa una delicada excepción a la regla general” de la inmediación de la prueba, al tiempo que “dificulta intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 2014), recordando en este punto lo estipulado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo de marzo 6 de 2008 (Radicado No. 27477), donde se explicó que la prueba de referencia tiene cabida solo excepcionalmente en aquellos eventos en los cuales no haya una plena disposición del declarante por ciertos motivos que son insuperables, atendiendo casos de extrema necesidad, para que no se convierta en la regla general y así se evite confrontar realmente a los testigos, siendo enfática también la Corte Constitucional en Sentencia C-144 de 2010 al explicar que aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros

medios de prueba, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (artículo 381 Ley 906 de 2004).

Así las cosas, en desarrollo del estudio de constitucionalidad de la *Ley 1652 de 2013*, el Honorable Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de afirmar que el artículo 1° adiciona un párrafo al artículo 275 de la *Ley 906 de 2004*, acorde con el cual originalmente son elementos materiales probatorios y evidencia física:

a) las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; b) armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; c) dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; d) elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; f) elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; g) mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; y h) los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

El párrafo adicionado por el artículo 1° de la Ley 1652 de 2013 preceptúa: “*También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código*”, siendo por ello necesario recordar que el artículo 206 de la *Ley 906 de 2004* hace referencia a la entrevista que puede realizar la policía judicial cuando considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o tenga información útil para la investigación que se adelante, otorgándole si fuera el caso la protección necesaria, realizando la entrevista bajo las reglas técnicas pertinentes y empleando los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo, debiendo el investigador al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2009).

En concordancia con lo anterior, el artículo 206A de la *Ley 906 de 2004* adicionado por el artículo 2° de la *Ley 1652 de 2013* establece lo relacionado con la entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de las siguientes conductas:

(i) Las tipificadas en el Título IV del Código Penal (delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales): acceso carnal violento (art. 205), acto sexual violento (art. 206), acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208), actos sexuales con menor de catorce años (art. 209), acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (art. 210), acoso sexual (art. 210A), inducción a la prostitución (art. 213), proxenetismo con menor de edad (art. 213A), constreñimiento a la prostitución (art. 214), estímulo a la prostitución de menores (art. 217), demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (art. 217A), pornografía con personas menores de 18 años (art. 218),

turismo sexual (art. 219), utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (art. 219A).

(ii) Los relacionados con violencia sexual contenidos en el mismo Código: acceso carnal violento en persona protegida (art. 138), actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139), prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141), trata de personas (art. 188A), tráfico de niñas, niños y adolescentes (art. 188C), uso de menores de edad la comisión de delitos (art. 188D).

El artículo 2º de la *Ley 1652 de 2013* establece entonces que cuando un menor de edad sea víctima de los delitos señalados, sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192 a 200 de la *Ley 1098 de 2006* (Código de la Infancia y la Adolescencia), se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1º del artículo 146 de la *Ley 906 de 2004* que establece el procedimiento para el registro de ese tipo de actuaciones¹².

¹² El artículo 146 de la *Ley 906 de 2004* preceptúa:

Registro de la actuación. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice: 1. En las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Judicial que requieran declaración juramentada, conservación de la escena de hechos delictivos, registro y allanamiento, interceptación de comunicaciones o cualquier otro acto investigativo que pueda ser necesario en los procedimientos formales, será registrado y reproducido mediante cualquier medio técnico que garantice su

fidelidad, genuinidad u originalidad. 2. En las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos. Al finalizar la diligencia se elaborará un acta en la que conste únicamente la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada.

3. En las audiencias ante el juez de conocimiento, además de lo anterior, deberá realizarse una reproducción de seguridad con el medio técnico más idóneo posible, la cual solo se incorporará a la actuación para el trámite de los recursos consagrados en este Código. 4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad. El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación. Una vez anunciado el sentido del fallo, el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acusado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía, la autoridad que profirió la decisión y el sentido del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio. 5. Cuando este Código exija la presencia del imputado ante el juez para efectos de llevar a cabo la audiencia preparatoria o cualquier audiencia anterior al juicio oral, a discreción del juez dicha audiencia podrá realizarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del imputado ante el juez. El dispositivo de audio video deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el imputado y su defensor, o con cualquier testigo. El dispositivo de comunicación por audio video deberá permitir que el imputado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor. La señal del dispositivo de comunicación por audio video se transmitirá

El artículo 2° de la *Ley 1652 de 2013* establece entonces un procedimiento para el desarrollo de la respectiva entrevista forense a los menores de edad que puede describirse así: (i) La entrevista será realizada por personal del CTI, entrenado en entrevista forense para menores de edad, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con dicho profesional, la autoridad competente debe asegurar la intervención de un entrevistador especializado; (ii) Durante la entrevista forense el menor podrá estar acompañado por su representante legal o por un pariente mayor de edad; (iii) La entrevista se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio técnico o escrito; (iv) El personal entrenado en entrevista forense del CTI, o quien haga sus veces según lo arriba consignado, presentará un informe detallado de la entrevista realizada,

en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación. En las audiencias que deban ser públicas, se situarán monitores en la sala y en el lugar de encarcelamiento, para asegurar que el público, el juez y el imputado puedan observar en forma clara la audiencia. Cualquier documento utilizado durante la audiencia que se realice a través de dispositivo de audio video, debe poder transmitirse por medios electrónicos. Tendrán valor de firmas originales aquellas que consten en documentos transmitidos electrónicamente.

Parágrafo. La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros.

el cual deberá cumplir con los requisitos del artículo 209 de la Ley 906 de 2004¹³ y normas concordantes, en lo que sea aplicable, quien podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado; (v) En concordancia con el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013, el párrafo del artículo 2º *ibídem* señala que atendiendo la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de las graves conductas reseñadas, la entrevista será un elemento material probatorio al cual se accede siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima; y, (vi) El párrafo 2º *ibídem* preceptúa que durante la indagación e investigación la víctima menor de edad será entrevistada preferiblemente por una sola vez y, sólo de manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta siempre su interés superior.

La normativa expuesta, procura la aplicación del interés superior del menor y del principio *pro infans*¹⁴, lo cual resulta ajustado a los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución

¹³ El artículo 209 de la Ley 906 de 2004 preceptúa:

Informe de investigador de campo. El informe del investigador de campo tendrá las siguientes características: a) Descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa a que se refiere el informe; b) Descripción clara y precisa de los resultados de la actividad investigativa antes mencionada; c) Relación clara y precisa de los elementos materiales probatorios y evidencia física descubiertos, así como de su recolección, embalaje y sometimiento a cadena de custodia; d) Acompañará el informe con el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado.

¹⁴ Además, esas dificultades probatorias, unidas a la condición de indefensión del menor, justifican el traslado de la carga de la prueba a los órganos de investigación del Estado: “(...)

Política, al igual que a diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes como la Convención sobre los Derechos de los Niños y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer medidas legislativas y judiciales para garantizar no sólo su dignidad y su intimidad, sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños.

Con todo, al entenderse como material probatorio la entrevista forense a las víctimas menores de edad, no se desconoce la igualdad ni las demás garantías integrantes del derecho al debido proceso como la defensa, la contradicción, la inmediación y el acceso a la administración de justicia, pues su contenido puede ser debatido durante el juicio oral mediante el testimonio y el

sobre este punto la Sala es enfática, 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.”

En síntesis, en el fallo estudiado la Corte estableció un marco de protección al menor basado en (i) la aplicación de estándares más exigentes en investigaciones sobre hechos punibles que afectan a los niños y las niñas por parte del ente investigador y, de manera general, de las autoridades de la justicia penal. Este estándar (ii) incluye deberes concretos de carácter positivo y negativo, (ii) criterios de valoración de las pruebas y (iii) un elemento normativo trascendental: la aplicación del principio pro infans y el desplazamiento del in dubio pro reo como última posibilidad para adoptar decisiones de fondo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1015 de 2010).

informe rendidos por la persona idónea que haya practicado inicialmente y de primera mano la entrevista al menor.

Denotándose hasta ahora que la *Ley 1652 de 2013* se quiere consagrar en el ordenamiento jurídico interno como busca defender los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de aberrantes comportamientos relacionados con el abuso sexual, teniendo en cuenta que por su madurez mental y las nefastas consecuencias de esos comportamientos, no pueden recibir el mismo trato procesal de un adulto, pretendiendo que reconstruya sucesos que en el tiempo han causado traumas imborrables (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-177 de 2014), pretendiéndose así reducir las consecuencias de esas experiencias devastadoras vividas por el menor, previendo la circunstancia de revictimización, mediante la práctica de una entrevista que debe ser efectuada por *expertos* en psicología y medicina dentro de un contexto conversacional que garantice el respeto y la dignidad, priorizando siempre los derechos de los niños¹⁵.

La legalidad de un elemento material probatorio está sujeta a que en la diligencia obtenida se hayan observado la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo

¹⁵ Exposición de motivos del proyecto de ley 01 de 2011 Senado, que se convertiría en Ley 1652 de 2013, donde se indicó:

El presente proyecto de ley busca defender los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. Es de vital importancia acomodar el proceso penal a las exigencias propias de los niños, pues es apenas evidente que por la etapa de desarrollo mental en que se encuentran y por las nefastas consecuencias del abuso sexual, estos no se desenvuelven normalmente dentro de un proceso diseñado para adultos (Gaceta del Congreso 520 de Julio 22 de 2011).

276 de la *Ley 906 de 2004*), y su autenticidad respecto de las reglas de cadena de custodia cuando haya lugar, o a su demostración por parte de la parte que la presente cuando no exista ese presupuesto (artículo 277). Es así como su descubrimiento está contenido en el escrito de acusación (artículo 337) y se efectúa en la audiencia de formulación de acusación, donde la defensa podrá solicitar a la Fiscalía, por conducto del juez de conocimiento, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico del que tenga conocimiento, correspondiendo así al juez ordenar al ente acusador si es pertinente dentro de los 3 días siguientes descubrir, exhibir o entregar copia según lo solicitado (artículo 344).

Atendiendo que la entrevista forense es considerada un elemento probatorio, podrá la defensa solicitar al juez de conocimiento su descubrimiento en caso de no hacerlo la Fiscalía, siempre que demuestre la necesidad (par. 1º art. 2º L. 1652/13), la pertinencia (art. 344 L. 906/04) y que ello no afectará los derechos de la víctima menor de edad, resultando de estos preceptos que es el juez de conocimiento, el funcionario competente que, analizando en conjunto las normas descritas y dándole prevalencia al interés superior del menor que ha rendido la entrevista, y aplicando el principio *pro infans*, quien determinará si el descubrimiento de dicho elemento material probatorio es estrictamente necesario, pertinente y no afectará los derechos fundamentales de la víctima, dentro de su rol de garante tanto de los derechos del menor como del acusado, teniendo en cuenta además, los criterios de necesidad, ponderación y legalidad, contenidos en el artículo 27 de la *Ley 906 de 2004* en concordancia con el párrafo 1º del artículo 2º de la *Ley 1652 de 2013*.

No escapando de esta práctica probatoria el hecho que la entrevista forense dada su connotación de elemento material probatorio también podrá ser controvertida mediante el informe respectivo rendido por el entrevistador (artículo 2º literal f de la *Ley 1652 de 2013*), quien además puede

ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe, dando pleno lugar al ejercicio de los derechos a la defensa y la contradicción; por tanto, tanto el artículo 1 como el 2, materializaron la prevalencia del interés superior del menor, sin que por ello pueda decirse que haya lugar a afectación de las garantías integradoras del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción o de los principios de inmediación o el acceso a la administración de justicia, pues tal elemento puede no sólo ser descubierto, sino controvertido.

Conclusiones.

Luego de aplicados los métodos de investigación elegidos, a través del método inductivo, fueron analizadas sentencias tanto de orden nacional como internacional que permitieron extraer los elementos principales que contiene el procedimiento penal en lo que respecta a la declaración del menor en juicio, lo cual coadyuvo a dar respuesta al interrogante inicial: ¿Es necesaria la repetición del testimonio del menor víctima de delitos sexuales en juicio?, teniendo en cuenta aspectos como la forma de evaluación del material probatorio dentro del proceso penal desde las etapas iniciales y el cumplimiento de los estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos para los niños, niñas y adolescentes extraídos de la jurisprudencia estudiada que fueron descritos a lo largo del texto y que resultan de obligatoria inclusión en la legislación interna y por tanto de cumplimiento forzoso para los operadores judiciales¹⁶.

¹⁶ La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”. (...) Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de

En este mismo sentido, y siguiendo el hilo conductor, al observar algunas decisiones de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en donde a pesar de no existir la prueba directa, esto es el testimonio del menor, se han emitido condenas con declaraciones anteriores del niño o con información de los profesionales que tuvieron acceso a dicha información, dándole cabida y total validez dentro del juicio oral a la denominada prueba de referencia, respetando siempre las reglas del proceso y el debido proceso de la contraparte.

Lo anterior, es el reflejo del desconocimiento de los derechos procesales de las víctimas pues en procura de dar cumplimiento a sus obligaciones de garantía y respeto por los Derechos de los procesados, las autoridades terminan vulnerando los Derechos Fundamentales de las víctimas a través de la victimización secundaria o revictimización, que consiste en los sufrimientos inferidos a las víctimas de un delito por parte de las instituciones o autoridades encargadas de hacer justicia, que en búsqueda de la verdad procesal, hacen que la víctima en una y otra ocasión narre los hechos ocurridos y por ello que reviva los mismos en detrimento de su salud mental, situación que puede describirse como una nueva experiencia traumática difícil de explicar o justificar desde toda perspectiva.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por ser proteccionista, derechos como la igualdad ante la ley no están siendo respetados dentro del proceso penal, o como explicamos que mientras los Derechos de quienes infringen la Ley y producen daños en ocasiones irreparables, son respetados; los derechos de quienes sufrieron el daño, víctimas directas e indirectas, padecen

orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003).

las consecuencias del delito de forma permanente, no siendo esta situación equitativa por cuanto quien resulta ser el protagonista del procedimiento, es el procesado y no la justicia ni la verdad.

Se vislumbra entonces que, en la actualidad algunos jueces, fiscales y defensores tienen la teoría de que la única prueba válida y eficiente dentro de un proceso penal por la comisión de delitos sexuales, es el testimonio en juicio de la víctima, lo cual no resulta cierto, toda vez que existen otros medios probatorios como los análisis realizados por los especialistas del Instituto de Medicina Legal, otros testimonios, documentos, etc., desconociéndose en este sentido principios tan fundamentales como el Interés Superior del Menor, que debe primar en todo procedimiento judicial o administrativo, siendo ello establecido por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos con amplia fuerza vinculante para nuestro Estado, puesto que es deber de las autoridades judiciales reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal.

En este sentido, y en procura de contar en nuestro país con un sistema y un procedimiento penal más expedito y garante de los Derechos Fundamentales no solo del procesado sino de la víctima y no solo a nivel procesal, sino que de forma genérica la Integridad e Intimidad de la víctima debe prevalecer, más aun cuando se trata de menores de edad, entendiendo que en este entendido, los responsables de que esto suceda son la familia, la sociedad y el Estado; ante lo cual la propuesta que finalmente se plantea es la modificación del artículo 383 del ordenamiento procesal penal, estableciéndose dentro de él la excepción de su obligatoriedad para los menores de edad, proponiendo en este sentido lo siguiente:

ARTÍCULO 383. OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Al testigo menor de edad no se le recibirá juramento en juicio y en la diligencia previa deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad, siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público.

De esta forma, se evitaren casos de arbitrariedad y vías de hecho en las decisiones que tome el juez de conocimiento, tomando en cuenta lo advertido por la Corte Constitucional en sentencia T- 117 de 2013, respecto a que la entrevista forense a la víctima en el proceso penal tiene una connotación central al inicio de la actividad investigativa por ser esta, la fuente primaria de información, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, 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 investigativas, es decir, debería establecerse que en nuestro país únicamente será recepcionado el testimonio del menor por los expertos en presencia del ente acusador, el Ministerio Público y quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, salvo que sean imputados, evitando la confrontación visual de los niños con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba; ante lo cual surge un último interrogante respecto a la viabilidad de acordar la grabación de la declaración, pues ¿serían diferentes los efectos victimizadores del menor?.

A este respecto, durante el presente año, en nuestro país se promulgo la *Ley 1256*, con el único objetivo de regular las entrevistas y los testimonios en procesos penales de niños y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, a través de la modificación de tres artículos del Código de Procedimiento Penal, consagrando que será material probatorio la entrevista forense realizada a los menores víctimas de violencia sexual, pues se debe evitar la revictimización de las víctimas de abuso sexual, estableciendo además que los menores de edad serán entrevistados por una sola vez y por un equipo especializado, previa revisión del cuestionario por un defensor de familia, quien estará presente en la diligencia.

En este sentido, se institucionaliza formalmente que dicha entrevista se realizará en Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y será grabada en medio audiovisual o en medio técnico o escrito, ello por cuanto será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, advirtiéndose que de manera excepcional, podrá realizarse una segunda entrevista, atendiendo al interés superior del menor, fijando finalmente un año como plazo para capacitar al personal idóneo.

Persistiendo para quienes escriben el presente artículo el interrogante respecto a lo que sucederá en estos procedimientos si los jueces de conocimiento persisten en la obligatoriedad de rendir testimonio y hay lugar a un conflicto entre el artículo 383 y la *Ley 1652 de 2013* que modifica los artículos 275 y 438 y adiciona el artículo 206A, aun cuando la regla general de interpretación legal asevera que la norma posterior prevalece sobre la ley anterior, ello conforme la existencia de la excepción traída en la reciente normatividad.

Referencias.

- . Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*.
- . Bedoya Sierra, L. (2008). *La Prueba en el Proceso Penal Colombiano*. Bogotá- Colombia: Fiscalía General de la Nación.
- . Comité de Ministros del Consejo de Europa. (17 de septiembre de 1987). *Recomendación No. R (87) 20. Sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil*.
- . Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004). *Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.
- . (8 de noviembre de 2006). *Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*.
- . (20 de julio de 2011). Gaceta No 520 de 2011. *Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales*.
- . (12 de julio de 2013). *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 sexuales*.
- . Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Septiembre 21 de 1995).
- . Sentencia SU-062 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa; Febrero 4 de 1999).
- . Sentencia C-1287 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; Diciembre 5 de 2001).

---. Sentencia C-317 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Mayo 2 de 2002).

---. Sentencia C-067 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; Febrero 4 de 2003).

---. Sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa; Junio 19 de 2003).

---. Sentencia T-554 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Julio 10 de 2003).

---. Sentencia C-591 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Junio 9 de 2005).

---. Sentencia C-822 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa; Agosto 10 de 2005).

---. Sentencia C-336 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño; Mayo 9 de 2007).

---. Sentencia C-186 de 2008 (MP. Nilson Pinilla Pinilla; Febrero 27 de 2008).

---. Sentencia T-1100 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto; Noviembre 6 de 2008).

---. Sentencia C-029 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil; Enero 28 de 2009).

---. Sentencia C-469 de 2009 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio; Julio 15 de 2009).

---. Sentencia C-853 de 2009 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio; Noviembre 25 de 2009).

---. Sentencia C-684 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto; Noviembre 30 de 2009).

---. Sentencia T-078 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva; Febrero 11 de 2010).

---. Sentencia C-144 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez; Marzo 3 de 2010).

---. Sentencia C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Diciembre 1 de 2010).

---. Sentencia T-1015 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva; Diciembre 7 de 2010).

---. Sentencia T-205 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla; Marzo 24 de 2011).

---. Sentencia T-117 de 2013 (MP. Alexei Julio Estrada; Marzo 7 de 2013).

---. Sentencia T-705 de 2013 (MP. Nilson Pinilla Pinilla; Octubre 16 de 2013).

---. Sentencia C-177 de 2014 (MP. Nilson Pinilla Pinilla; Marzo 26 de 2014).

---. Sentencia C-390 de 2014 (MP. Alberto Rojas Ríos; Junio 26 de 2014).

- . Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Radicado: 24323 de 2005. (MP. Sigifredo Espinosa Pérez; 24 de noviembre de 2005).
- . Sala de Casación Penal. Radicado: 25259 de 2008. (M.P. María del Rosario González de Lemos; 29 de febrero de 2008).
- . Sala de Casación Penal. Radicado: 24468 de 2006. (MP. Sigifredo Espinosa Pérez; 30 de marzo de 2006).
- . Sala de Casación Penal. Radicado: 27477 de 2008. (MP. Mauro Solarte Portilla; 6 de marzo de 2008).
- . Sala de Casación Penal. Radicado: 32829 de 2010. (MP. Sigifredo Espinosa Pérez; 17 de marzo de 2010).
- . Sala de Casación Penal. Radicado 33651 de 2011. (MP. Javier Zapata Ortiz; 18 de mayo de 2011).
- . Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- . Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- . Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- . Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.
- . Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

- . Landrove, G. (1990). *Victimología*. Valencia (España): Tirant Lo Blanch.
- . Martínez, G. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- . Unicef. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los derechos del niño.
- . Velayos Martínez, M.I. (1998). El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas. Valencia: Tirant lo Blanch.