

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE  
EDAD

DARYEN ANDRÉS ÁLVAREZ BARAJAS C.C 1.090.484.582

JESÚS ANTONIO GARCÍA LOZANO C.C. 88.258.522

DIEGO ALEJANDRO OSORIO ARTEAGA C.C. 1.093.784.129

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA SECCIONAL CÚCUTA

TECNOLOGÍA EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL

2018

*Agradecimiento especial a la profesora Viviana Patricia Jaramillo Olave por su apoyo incansable para conseguir este logro.*

## LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD

### Resumen

El presente artículo pretende demostrar las implicaciones que tiene la prevalencia constitucional de los derechos del niño en la carga de la prueba de los procesos penales por delitos sexuales contra menores de edad. Para tal fin, se analizan las dos funciones de la carga de la prueba: su función formal, es decir, la distribución de las cargas probatorias entre las partes, con el fin de determinar la incidencia del interés superior del niño y la función material de la carga de la prueba, esto es, como regla de juicio para la decisión del juzgador en caso de duda. En este punto, el *in dubio pro reo* se estudia como regla de juicio general en el proceso penal en contraste con una nueva regla desarrollada por la jurisprudencia constitucional: el principio *pro infans*.

### Palabras Claves

Carga de la prueba, interés superior del niño, proceso penal, delitos sexuales, principio *pro infans*.

### Abstract

This article aims to demonstrate the implications of the constitutional prevalence of children's rights in the burden of proof of criminal proceedings for sexual offenses against minors. For this purpose, the two functions of the burden of proof are analyzed: their formal function, that is, the distribution of evidentiary burdens between the parties, in order to determine the incidence of the child's best interest and the material function of the child. the burden of proof, that is, as a rule of judgment for the decision of the judge in case of doubt. At this point, *in dubio pro reo* is studied as a rule of general judgment in criminal proceedings in contrast to a new rule developed by constitutional jurisprudence: the principle *pro infans*.

### Keywords

Burden of proof, best interests of the child, criminal proceedings, sexual crimes, *pro infans* principle.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El sistema penal con tendencia acusatoria, implementado en Colombia con el Acto Legislativo 003 de 2002 y regulado por la ley 906 de 2004, hizo énfasis en la salvaguarda de los derechos del procesado como columna vertebral del procedimiento penal, brindando igualdad de armas y limitando el *ius puniendi* del Estado. Una de estas garantías procesales radica en la obligación del ente acusador de probar la responsabilidad penal del sindicado más allá de toda duda razonable y, por tal motivo, reposa en este organismo la carga de la prueba o deber de demostrar la existencia de la conducta punible y la autoría o participación del acusado. Éste *onus probandi*, según lo establece el tercer inciso del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, no se puede invertir en atención al llamado constitucional de respetar la presunción de inocencia de los ciudadanos señalados como responsables de un delito.

No obstante lo anterior, el creciente blindaje jurídico que rodea a los menores de edad en el derecho procesal penal, en especial cuando son víctimas o perjudicados de una conducta punible, demuestra que éste sujeto de especial protección constitucional goza de amplias garantías en procura de la integridad de sus derechos fundamentales, circunstancia que ha sido resumida por la Corte Constitucional como el principio *pro infans* o primacía del infante. Así pues, cuando un niño, niña o adolescente es víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales la legislación penal le otorga concesiones procesales para que su testimonio, principal elemento material probatorio por contener la descripción fáctica, sea recepcionado sin afectar su condición física y psicológica. La ley 1652 de 2013 fue la encargada de regular ésta práctica probatoria y se erigió como norma garante de los derechos de la población infantil que funge como sujeto pasivo del tipo penal, sin embargo, constituyó a su vez una posible discordancia con la prerrogativa del *in dubio pro reo* y particularmente en la carga probatoria que pesa sobre la Fiscalía General de la Nación, a quién le corresponde el ejercicio de la acción penal.

En estas condiciones, es imprescindible determinar cuáles son las implicaciones que tiene la prevalencia constitucional de los derechos del niño en la carga de la prueba de los procesos penales por delitos sexuales en su contra. Para tal fin, resulta necesario analizar las dos funciones de la carga de la prueba: su función formal, es decir, la distribución de las cargas probatorias entre las partes, con el fin de determinar la incidencia del interés superior del niño y la función material de la carga de la prueba, esto es, como regla de juicio para la decisión del juzgador en caso de duda. En este punto, es imperioso estudiar el *in dubio pro reo* como una regla de juicio general en el proceso penal en contraste con la nueva regla desarrollada por la jurisprudencia constitucional: el principio *pro infans*. De esta forma, los resultados de la investigación se convertirán en un referente para abogados, juristas y estudiantes de abogacía sobre uno de los temas menos controvertidos en el derecho penal, es decir, la carga de la prueba, que involucra el contraste de garantías entre dos sujetos procesales que disfrutan de protección constitucional.

## METODOLOGÍA

El tipo de investigación es de carácter dogmático-jurídico<sup>1</sup>, la técnica que se empleará para la recopilación de la información en este proyecto es la documental, atendiendo a que la respuesta de los objetivos planteados se hallarán en una minuciosa búsqueda en la legislación nacional e internacional, la doctrina, así como en los pronunciamientos que la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que se refieran sobre el problema jurídica planteado.

Entretanto, la obtención de estos datos será sometida a un método analítico y correlacional que permitan determinar el concepto de la carga de la prueba y su aplicación, distribución e influencia en los procesos penales por delitos sexuales contra menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que la solución en las ciencias jurídicas es siempre cambiante y que se adaptan de acuerdo a las circunstancias sociales e históricas, por consiguiente, los resultados de esta propuesta investigativa es un acercamiento a este álgido tema del derecho procesal penal. El enfoque será de carácter cualitativo y descriptivo, pues se ocupará de la explicación detallada de las características e implicaciones del interés superior del niño sobre la carga de la prueba en la codificación del procedimiento penal ordinario en Colombia.

---

<sup>1</sup> Es llamada también investigación formal-jurídica, formalista-jurídica, conceptual-jurídica, teórica-jurídica, o simplemente dogmática. Aquí se estudia a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico– por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo. (Tantaleán Odar, 2016).

## PLAN DE REDACCIÓN

La carga de la prueba es una figura del derecho procesal erigida para determinar cómo se distribuyen las obligaciones probatorias de las partes durante las etapas del proceso judicial, teniendo en cuenta la complejidad de los hechos, la posición más favorable para probar, el deber de demostrar una aseveración y las presunciones que la ley establezca, entre otros factores que tienen incidencia en el reparto del *onus probandi*. Por otro lado, este concepto también abarca la pauta u orientación para el operador de justicia cuando las partes no satisfacen el yugo probatorio que la norma o la misma autoridad judicial ha impuesto.

En esa medida, identificamos una bifurcación conceptual de ésta institución procesal, pues funge, por un lado, como regla de conducta para las partes que intervienen en el litigio y, por el otro, como regla de juicio para el fallador. Por otro lado, el Código Civil incluye en su disposición 1757 que quien exige el cumplimiento o la extinción de una obligación le incumbe probarlo, dando lugar a la denominada “carga estática” que recaía habitualmente en el demandante, sin embargo, con el transcurrir del tiempo se admite la consideración de otros aspectos para establecer quién está en la obligación de probar o no determinado hecho, es así que surge la “carga dinámica” y la “inversión de la carga de la prueba” fundamentados en argumentos como la capacidad o mejor posición para probar y las presunciones<sup>2</sup> de hecho y de derecho.

No obstante, en materia penal el inciso segundo del artículo 7 de la ley 906 de 2004 señala taxativamente que le corresponde al órgano de persecución penal, es decir, a la Fiscalía General de la Nación, la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. Asimismo, dispone el mismo artículo que cualquier persona se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario y que cualquier duda se resolverá en favor del acusado. Precisamente en este escenario atisbamos la aplicación cabal de una presunción legal, o *iuris tantum*, que incide en la estaticidad de la carga de la prueba, depositándola exclusivamente en una de las partes. Otro punto de vista posee el jurista Parra Quijano, quien estima como un despropósito hablar de la carga de la prueba en el ámbito procesal penal, toda vez que “en un sistema mixto con tendencia acusatoria, no podría afirmarse que la fiscalía resulte estimulada por la carga de la prueba para demostrar determinados hechos que, de no aparecer probados, le causarían perjuicio procesal a esa parte” (Parra Quijano, 2007), por consiguiente, considera que es mejor hablar de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, porque ambos principios juegan un rol trascendental para llevar a un buen puerto el proceso penal y se evite la adopción de una sentencia inhibitoria.

Éstas prerrogativas procesales parecen zanjar cualquier discusión sobre el dinamismo de la carga probatoria en ésta área del derecho, empero, ciertas particularidades en los procesos penales que involucra a menores de edad como sujetos pasivos de conductas punibles que atentan contra

---

<sup>2</sup> La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez (según sea presunción legal o judicial), en virtud del cual se considera como cierta o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial o de hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos (Humberto González, 2005).

el bien jurídico a la libertad, integridad y formación sexuales proporcionan otra perspectiva para interpretar la noción procesal en estudio. Por ejemplo, para el doctrinante Sebastián Betancourt Restrepo la carga dinámica de la prueba, como desplazamiento del deber de probar del ente acusador hacia la defensa, ocurre

en ciertas hipótesis delictivas donde el acusado está en mejores condiciones de probar su inocencia al intentar enervar afirmaciones indefinidas hechas por el Ministerio Público”, en consecuencia, “la Fiscalía se deshace de la carga sustancial de solicitar la práctica de pruebas y la recolección de elementos materiales probatorios en busca de dar sustento a la condena pedida en su acusación (Betancourt Restrepo, 2010).

La misma Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, explica que en el sistema penal acusatorio “se hace mucho más evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargos, prueba que la desnaturalice o controvierta” (Sentencia Casación 31103, 2009). En los mismos términos, se refiere Leonardo Cruz Bolívar cuando asevera que si la defensa opta por un rol activo en el proceso adversarial “es posible que toda la carga probatoria y argumentativa de la causal sea voluntariamente asumida”, por cuanto, “*nadie lo hará por ella*”. En otras palabras, en el sistema penal acusatorio la labor del defensor es mucho más exigente y tiene “cargas diferentes que lo obligan a una concreta planificación, técnica de intervención en el juicio y conformación de estrategias para el convencimiento de su pretensión ante el juez” (Cruz Bolívar, 2005).

Ahora bien, ésta obligación de la defensa de asumir un papel activo durante el procedimiento penal parece incrementarse cuando los niños, niñas y adolescentes ostentan la calidad de sujetos pasivos de alguna conducta punible que vulnere o coloque en riesgo su integridad sexual. Ésta afirmación se sustenta en varias razones que surgen de prebendas procesales otorgadas por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional y la misma legislación en Colombia:

(i) Especial recepción del atestado del menor de edad: La declaración de la víctima en cualquier investigación siempre resulta ser la más importante para el juzgamiento del acusado, en vista de que la personas perjudicada por el crimen generalmente es quien percibe la comisión de éste mediante sus sentidos, experimentando directamente el daño que infringe el verbo rector de la conducta e identificando las características de su agresor. Lo mismo ocurre en los delitos sexuales contra menores de edad, verbigracia, el acceso carnal abusivo y los actos sexuales con menor de catorce años, sin embargo, recaudar este testimonio de la misma forma que se hace con los adultos puede provocar una re-victimización en el niño, niña o adolescente, haciendo evocar episodios que afectan profundamente su psiquis. En atención a lo anterior, la ley ha determinado que con el propósito de armonizar el acceso de la justicia y los derechos fundamentales del niño es preciso usar métodos especiales para recepcionar e incorporar la declaración de la víctima en el proceso penal.

Durante la primera fase del procedimiento, la indagación preliminar y la investigación formal, es importante obtener la versión de los hechos del menor de edad, por ende, la ley 906 de 2004 estableció que miembros especializados del Cuerpo Técnico de Investigación, entidad adscrita a la Fiscalía General de la Nación, son los encargados de recibir su declaración, pero ésta recolección se desarrollará en un habitáculo preparado llamado Cámara Gessel y bajo una técnica de entrevista adecuada, tal como el protocolo SATAC (Simpatía, Anatomía, Tocamientos, Abuso y Cierre). Posteriormente, la incorporación de éste elemento material probatorio se llevará a cabo mediante la figura de prueba de referencia, así lo dispone la ley 1652 de 2013, o en su defecto, por fuera de la sala de audiencia, según lo contenido en el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal. Éstas condiciones especiales para recibir e ingresar el atestado de la víctima limita en cierta medida el derecho a la defensa que le asiste al acusado, puesto que no podrá desplegar un contradictorio completo de lo atestado al no tener la posibilidad de controvertir directamente la prueba testimonial en juicio oral, exigiéndole una mayor actividad probatoria que desvirtúe lo dicho por el menor de edad.

(ii) Testimonio de la víctima como única prueba de cargo suficiente para condenar: Se ha constituido como doctrina probable la consideración de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la suficiencia del testimonio de la víctima para dictaminar sentencia condenatoria. Para esta entidad es posible otorgarle cabal credibilidad a lo dicho por la víctima en el evento:

- a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.
- b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y
- c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones (Sentencia de Casación 18455, 2005).

En cuanto al atestado del menor de edad víctima de delito sexual, la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente que “de acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad” (Sentencia Casación 40876, 2013). Con el mismo argumento, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que la condición de inmadurez psicológica de los niños, niñas y adolescentes no representa ninguna excusa para atacar la validez de su



declaración<sup>3</sup>, e incluso, la Corte Suprema de Justicia estima que circunstancias como la retractación<sup>4</sup> no es óbice para restarle credibilidad a lo manifestado por el infante.

Recordemos que con el ánimo de no perjudicar la salud mental del menor de edad y evitar hacerlo recordar hechos dolorosos, el legislativo ha permitido que la entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes sean considerados como prueba de referencia admisible, la cual, no se convierte en prueba de cargo suficiente para condenar penalmente a una persona, por mandamiento expreso del artículo 381 de la ley 906 de 2004, empero, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria señaló que si bien no se pueda hallar culpable a alguien con mera prueba de referencia, cosa distinta ocurre cuando está acompañada con otros elementos de prueba o indicios, situación en la que es susceptible colegir la responsabilidad del acusado:

En conclusión, si se tiene prueba de referencia admisible, pero a la par de ella se alcanzan otros elementos de prueba que en su conjunto verifiquen la existencia del delito y correspondiente responsabilidad del procesado, ningún cuestionamiento puede hacerse, ni mucho menos descalificarse, per se, ese medio indirecto (Sentencia Casación 32868, 2010).

Así pues, el elevado valor probatorio y/o suasorio que la Corte Suprema de Justicia le ha otorgado al atestado del menor de edad como víctima de delitos sexuales, aunado a la forma especial de recaudar e incorporar dicha evidencia testimonial, dan lugar a una posible morigeración de la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y, a su vez, exhorta a la defensa para que desempeñe un papel más activo en el proceso penal.

(iii) Prevalencia de los derechos del niño o principio *pro infans*: Si en los otros dos ítems se observa una eventual incidencia en la distribución de las obligaciones probatorias, éste aspecto aparentemente tiene impacto en la segunda arista de la carga de la prueba, esto es, la regla de juicio para el juzgador. En efecto, los menores de edad son considerados sujetos de especial protección constitucional, pues la misma Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 44 eleva los derechos de los niños por encima de los demás y, mediante el bloque de constitucionalidad, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 3 compele a todas las instituciones privadas y públicas, sean autoridades judiciales, administrativas o legislativas, a aplicar el interés superior del menor en sus decisiones. Empleando los mismos argumentos, la Corte Constitucional

---

<sup>3</sup> Así, la Corte Suprema de Justicia través de sus últimos pronunciamientos ha venido sosteniendo, que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición (...) con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos (Sentencia T-078, 2010).

<sup>4</sup> La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad (Sentencia Casación 28257, 2008).

ha desarrollado un postulado novicio denominado el principio *pro infans*, entendido como una “obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño”, y al mismo tiempo, como una

herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales”, es decir, “que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad (Sentencia T-078, 2010).

Con estos dos imperativos constitucionales, por un lado, el principio de *in dubio pro reo*, y por el otro, el principio *pro infans*, se empieza a hablar de una ponderación de intereses para la resolución de problemas jurídicos, circunstancia que nos impulsa a estudiar su injerencia en la carga de la prueba.

## ESQUEMA DE RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

1. LA NOCIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL.....	14
1.1. La presunción de inocencia obliga a la Fiscalía demostrar la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado.....	16
1.2. La defensa debe probar las causales de ausencia de responsabilidad. ....	17
2. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD. ....	18
2.1. ¿El interés superior del niño incide en la distribución de la carga de la prueba?.....	18
2.1.1. <i>Interés superior del niño.</i> .....	18
2.1.2. <i>El menor de edad víctima de delitos sexuales.</i> .....	22
2.1.3. <i>La dinamización de la carga de la prueba.</i> .....	27
2.2. Principio in dubio pro reo vs. Principio pro infans, ¿cuál debe ser la regla de juicio para el juzgador? .....	36
2.2.1. <i>Sentencia T-554 de 2003.</i> .....	41
2.2.2. <i>Sentencia C-177 de 2014.</i> .....	42
2.2.3. <i>Sentencia T-078 de 2010.</i> .....	43
3. CONCLUSIONES.....	45
3.1. Aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba. ....	45
3.2. Ponderación entre el principio in dubio pro reo y el principio pro infans como reglas de juicio. ....	45

## INTRODUCCIÓN

“Ningún magistrado de esta tierra puede hacer desaparecer el daño que padeció una niña abusada; un juez sensible, respetuoso y actualizado sobre el tema, puede evitarle nuevos sufrimientos” (Rozanski, 2003)

El tema de los delitos sexuales contra menores de edad es uno de los más sensibles, pues la magnitud de los daños que ocasionan estas conductas en la víctima y la sociedad son innegables, no sólo porque se involucran derechos tan preciados como la integridad sexual, sino que además se realizan sobre sujetos de prevalente protección constitucional. La Constitución Política de 1991 se encarga de darle al menor de edad la categoría de sujeto prevalente,

en el otorgamiento de este estatus especialísimo del menor seguramente se han tomado en consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental - debilidad - y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad (Sentencia C-041, 1994).

De ahí, que el trato preferencial al menor sea constitucionalmente válido. La norma busca como finalidad primordial poner al menor en un plano de igualdad social, asimismo, se ajusta a la protección que se le ha reconocido al niño en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>5</sup>. Sin embargo, es importante analizar cómo esta protección especial, contemplada en el artículo 44 superior, es trasladada a la realidad. Así pues, esta norma impone para la familia, la sociedad y el Estado una serie de obligaciones encaminadas a procurar el cabal ejercicio de los derechos del niño, de manera tal que se garanticen las condiciones necesarias para su íntegro crecimiento personal. El proceso penal no puede ser ajeno a este compromiso constitucional, máxime cuando el menor de edad es la víctima, ya que su situación de vulnerabilidad y el deber de protección se hacen más palpables. En consecuencia, se orientó la investigación específicamente a las conductas punibles que afectan la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad en vista de que son los delitos de mayor impacto social y, además, la carga de la prueba en estos procesos posee unas particularidades que ameritan su estudio.

Por tales razones, nos encargaremos de responder el siguiente interrogante, ¿cuáles son las implicaciones del interés superior del niño sobre la carga de la prueba en los delitos sexuales contra menores de edad? Para dar respuesta a esta pregunta primero nos ocuparemos de dar solución a dos más específicas, planteadas en relación con las dos funciones de la carga de la prueba: la de

---

<sup>5</sup> Como veremos más adelante, existen distintos instrumentos internacionales que le otorgan garantías adicionales al menor de edad en aras de proteger la prelación de sus derechos, toda vez que constituyen una población vulnerable debido a sus condiciones físicas y cognitivas. Entre otros pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano guardián de la Convención Americana de Derechos Humanos, indicó, en opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, que el interés superior del niño “implica que el desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (Opinión Consultiva OC-17, 2002).

ser regla de conducta para las partes y la de ser regla de juicio para el juez. Respecto del primero, la cuestión a solucionar es: ¿el interés superior del niño incide en la distribución de la carga de la prueba para las partes?, y con relación al segundo, ¿cuál debe ser la regla de juicio para el juzgador, el principio in dubio pro reo o el principio pro infans?, de tal modo que al responder estos interrogantes el objeto de la investigación sea solventado.

## 1. LA NOCIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

Comenzamos nuestro recorrido dando una mirada por el concepto de carga de la prueba y su trascendencia en el sistema penal acusatorio. La carga de la prueba es una noción procesal que ha tenido amplio desarrollo en el derecho civil, campo en el cual su aplicación es general y consensuada. Así, grandes procesalistas como Hernando Devis Echandia y Jairo Parra Quijano coinciden en señalar que la carga de la prueba tiene dos aspectos importantes para el proceso:

Por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet (...) Por otro aspecto es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una les interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento de sus pretensiones o excepciones (Devis Hechandía, 2000).

En el mismo sentido, Parra Quijano afirma que:

La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que además le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos (Parra Quijano, 2006).

De tal forma, podemos afirmar que por un lado, la carga de la prueba va dirigida a determinar la posición probatoria que deben asumir las partes, en el sentido que va a indicarles qué hechos deben probar para que sus pretensiones sean acogidas favorablemente, y desde otra perspectiva, va dirigida al juez, quien en caso de tener dudas acerca del material probatorio que sustenta la decisión que le corresponde tomar, debe favorecer la parte que no le correspondía la carga de probar determinado hecho. En idénticas palabras, el jurista español Xavier Abel Lluch (2012) asevera que sobre el juez no pesa ninguna “carga”, en estricto sentido, durante la toma de la decisión; también enfatiza en que la doctrina no ha determinado el alcance de la distribución probatoria que recae sobre las partes en el transcurso del litigio. Desde su punto de vista, resulta más pertinente referirse a una regla de juicio para el operador jurisdiccional, la cual se compone de un presupuesto objetivo y otro temporal: el primero, constituido por un hecho dudoso que incida en la estimación o la desestimación de las pretensiones. El segundo, determinado por la ausencia de certeza en el momento de resolver el caso concreto.

En materia penal, el estudio de la carga de la prueba es más complejo, pues su aplicación es bastante controversial. En la doctrina desarrollada sobre la carga de la prueba se hace muy poca

alusión a su desarrollo en el derecho penal debido a que es un concepto que ha hecho carrera en el derecho civil, sin embargo, se marca la tendencia de considerar que ésta sólo es aplicable en su dimensión de regla de juicio, así Devis Echandia considera que en el proceso penal se suple parcialmente la noción de carga de la prueba con el principio *in dubio pro reo*. Parra Quijano (2006), por su parte, toma una postura más radical al considerar que no debe utilizarse esta figura, manifiesta que su aplicación es peligrosa concluyendo que:

Es mejor hablar de presunción de inocencia, y mientras en el proceso no se demuestre la responsabilidad de la persona, ésta es inocente, sin que soporte ninguna carga, lo que no impide y a veces con calidad de exigencia que colabore para esclarecer los hechos (p. 247).

El maestro Jaime Azula Camacho (2008) estima que, si bien en la Ley 600 de 2000 no podía hablarse de carga de la prueba, sino de un deber<sup>6</sup> que le asignaba el Estado a la Fiscalía General de la Nación por hacer las veces de funcionario público, la Ley 906 de 2004 sí admite este concepto:

Aun cuando para la Fiscalía su actuación, por ser propia de la función del cargo, encaja dentro de lo que se denomina deber, puede reconocerse una carga de la prueba, en su acepción exacta y de doble secuela, objetiva y subjetiva, que radica en el fiscal, encargado de formular la acusación para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara del acusado (Azula Camacho, 2008).

En síntesis, la figura de la carga de la prueba, tanto en su dimensión formal como en su dimensión material, es aplicable al proceso penal, pese a ciertas particularidades que obedecen a la dinámica misma de sus procedimientos. Por una parte, la carga de la prueba en su aspecto material, es decir, como regla de juicio, se evidencia en el hecho de que el juzgador deba fallar, en caso de duda razonable, a favor del acusado. Es decir, sí se establece un parámetro en la legislación sobre la forma en la cual debe decidir el juez penal cuando el material probatorio no le proporciona el convencimiento necesario para proferir una sentencia, bien sea condenatoria o absolutoria.

Es apenas lógico que exista una regla preestablecida para la decisión de estos procesos, pues al verse comprometido el derecho fundamental a la libertad no podría permitirse de ninguna manera que el juez pudiera dictar una sentencia inhibitoria. Ahora bien, respecto de la carga de la prueba en su dimensión formal, debemos decir que, aunque la distribución probatoria no se establezca con la misma claridad que en el proceso civil, en la dinámica del proceso penal es evidente su presencia y, básicamente, nuestras razones para hacer este planteamiento son las

---

<sup>6</sup> No puede decirse que en vigencia de la ley 600/00 sobre la carga de la prueba radicada en la Fiscalía, a lo menos en su aspecto de regla de conducta, por cuanto la que le corresponde observar a esta es demostrar los supuestos de la acusación, constituidos por la existencia del hecho punitivo y la responsabilidad de la persona contra quien se formula la acusación, lo cual configura es el cumplimiento de un deber que el Estado le impone en su condición de funcionario público (Azula Camacho, 2008).

siguientes: 1. La presunción de inocencia obliga a la Fiscalía demostrar la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado. 2. La defensa debe probar, si las alega en el juicio oral, las causales de ausencia de responsabilidad.

1.1. La presunción de inocencia obliga a la Fiscalía demostrar la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado.

En virtud de la presunción de inocencia que acompaña al acusado desde el primer momento en que es involucrado en un proceso penal, es la Fiscalía General de la Nación quien debe allegar las pruebas necesarias para sustentar una sentencia condenatoria, mientras que la defensa puede asumir una actitud pasiva durante todo el proceso limitándose a negar la acusación o a guardar silencio, sin que esto constituya un indicio en su contra. Aunque este principio, constitucional y legal, no se erija como medio de prueba en el derecho penal, su preeminencia transforma el *onus probandi* de las partes y demarca un itinerario que debe recorrer el juez en la etapa de valoración probatoria. Asimismo, el doctrinante Muñoz Zábate (2009) opta por desligar de su definición literal el término “presunción”, puesto que no parte de un hecho base, indicio o deducción empírica, por el contrario, su contenido emerge de un concepto metafísico e idealista que busca amparar los derechos del sindicado frente a los poderes omnímodos del Estado.

Coincidimos con la postura de Mercedes Fernández López (2004) sobre la determinante incidencia de la presunción de inocencia en la distribución de la carga de la prueba, cuando afirma que:

Si bien en el proceso penal no existe una distribución de la carga de la prueba en idénticos términos en los que se produce en el proceso civil, es indiscutible que la vigencia de este derecho a favor del acusado atribuye la carga de la prueba de los elementos objetivos y subjetivos del delito a la acusación. Por tanto, **aunque en un principio no pueda hablarse de distribución, si supone una atribución en exclusiva de la carga de acreditar todos los extremos del delito a la acusación** (p. 235). (Negrilla no hace parte del texto original).

En el sistema penal colombiano, regido por la Ley 906 de 2004, la distribución de la carga de la prueba en virtud de la presunción de inocencia es clara, así el artículo 7° establece que:

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.



Es decir, nuestro código procesal penal, no solo se refiere a la carga de la prueba desde su dimensión material, sino que expresamente establece a quién le corresponde probar los hechos de la acusación con el propósito de demostrar la responsabilidad penal del autor o cómplice de la conducta punible.

## 1.2. La defensa debe probar las causales de ausencia de responsabilidad.

Como mencionábamos, a la Fiscalía le corresponde probar los elementos constitutivos del delito para poder obtener una sentencia condenatoria, entre tanto, la defensa no está obligada a presentar prueba alguna pues su inocencia se presume. Ahora bien, si la defensa decide asumir una posición activa en el proceso alegando causales eximentes de responsabilidad penal, es a ella a quien le corresponde probarlos. Podríamos decir entonces, que a la defensa le compete probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes del delito.

Los hechos impeditivos son los que prohíben al derecho material del actor adquirir una vigencia plena en la realidad, ya que la consecuencia jurídica de la pretensión que persigue el denunciante se ve opacada por un hecho que impide su materialización, verbigracia el estado de necesidad y/o la legítima defensa. Los hechos extintivos son los factores que derriba los hechos constitutivos de la Fiscalía debido a que se cumplió las funciones de la pena o prescribió las pretensiones del actor, por ejemplo, cuando el reo cumple la pena, sale bajo fianza o es favorecido por indultos. Finalmente, los hechos excluyentes hacen referencia a aquel contraderecho que posee el denunciado y que en cualquier momento de haberse dado el hecho constitutivo puede enervar el contenido de sus pretensiones. Un caso podría darse cuando se alega falta de culpabilidad como un miedo insuperable, error de prohibición o no exigibilidad de otra conducta.

Además, debemos aclarar que si bien es cierto que la Fiscalía está obligada a descubrir los elementos probatorios tanto favorables como desfavorables que haya encontrado en la etapa de investigación, no tiene la obligación de solicitar como prueba aquello que no favorezca su teoría del caso, ya que es a la defensa a quien le corresponde probar los hechos que alega a su favor<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. **El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia.** (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia C-1194, 2005).

## 2. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD.

Como planteamos en la introducción, nuestro enfoque está dirigido a analizar la dimensión formal y material de la carga de la prueba en los delitos sexuales contra menores de edad, con el objeto de identificar cómo se materializa el interés superior del niño en un eventual dinamismo de las cargas probatorias. Para tal fin, daremos respuesta a los siguientes interrogantes 1. ¿El interés superior del niño incide en la distribución de la carga de la prueba? y, 2. ¿Cuál debe ser la regla de juicio para el juzgador, el principio in dubio pro reo o el principio pro infans?

### 2.1. ¿El interés superior del niño incide en la distribución de la carga de la prueba?

#### 2.1.1. *Interés superior del niño.*

Antes de analizar a profundidad este principio normativo, resulta indispensable hacer un breve recuento del reconocimiento constitucional e internacional de los derechos del niño y su materialización en el procedimiento penal. Con base en las condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, en las cuales se encuentra el menor de edad al no poder defender por sí mismo sus derechos, los tratados internacionales sobre los derechos humanos les han otorgado una protección especial mediante la creación de numerosos instrumentos a su favor.

El reconocimiento de esta especial necesidad tuitiva aparece en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Tal como lo pone de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño (Sentencia C-118, 2006).

Del mismo modo, entre otras herramientas de tutela supranacional de los derechos del niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) señala, en su artículo VII, la imperiosa atención que requiere el infante desde tres perspectivas: protección, cuidado y ayuda especial. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) exhorta, en su artículo 19, a los miembros parte su obligación, desde el ámbito familiar, social y estatal, de brindar las medidas de protección requeridas por la situación particular del menor edad. También en la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño (1924), tratado pionero en la defensa del niño como sujeto socialmente prevalente, establece una serie de deberes que los Estados deben

ejecutar para el eficaz desarrollo de la personalidad del menor. De la misma guisa, la Declaración de los Derechos del Niño (1959) exalta en su preámbulo la ineludible necesidad de la protección y cuidados especiales hacia el niño, a causa de su falta de madurez física y mental, así como consagra un catálogo de derechos que buscan blindar al menor de edad de los peligros socioeconómicos que acaecen sobre esta población. Finalmente, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000) pregona por un tratamiento particular y favorable al infante dentro de la realización de los procesos penales relativos a los delitos que abarca el tratado, verbigracia, el reconocimiento de sus necesidades especiales para declarar como testigos, la consideración primordial a que se atienda el interés superior del niño, adoptar medidas jurídicas y administrativas en pro del bienestar del menor, etc.

Como ha expresado la Corte Constitucional, esta protección especial a nivel internacional se debe a que:

Con el tiempo, la presencia de los niños en los grupos humanos ha provocado un creciente y evolutivo interés de parte de la comunidad internacional, en tanto se ha impuesto la necesidad de reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos al amparo de unas categorías políticas y sociales que otorguen suficiente soporte al discurrir de su crecimiento, desarrollo e integración fundamental en la sociedad (Sentencia C-118, 2006).

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, la concepción del niño ha tomado un giro drástico, pues ha pasado a convertirse en un sujeto de prevalencia constitucional, esto es, una discriminación positiva del derecho. Así,

Los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se les dota de prevalencia sobre los derechos de los demás (Sentencia C-041, 1994).

El artículo 44 superior constituye la norma fundamental en materia de protección al menor, de este precepto se desprende el principio del interés superior del niño y su preponderancia en el orden interno. En el análisis realizado por la Corte Constitucional sobre este artículo señala dos aspectos de las garantías contempladas a favor del niño: (i) “por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales” (Corte Constitucional, 2003, C-273). A pesar de que el constituyente no incluyó esta norma en el capítulo I del título II de las garantías, los derechos y los deberes que consagra los derechos fundamentales sino en el capítulo II que contempla los derechos económicos, sociales y culturales llamados de segunda generación,

estableció expresamente su categoría de fundamentales de manera que estos derechos son exigibles mediante acción de tutela.

El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste (Sentencia C-273, 2003).

La característica innata del Estado Social de Derecho, estructura de la sociedad colombiana, reside en su índole solidaria entre los miembros que la integran. Esta cualidad, inherente de los habitantes, se intensifica con sujetos que merecen preferencial protección a causa de su estado inerme ante la comunidad que lo rodea. La antigua máxima de “*laissez faire, laissez passer*” queda sin efectos e insta a los coasociados brindar auxilio recíproco en situaciones de peligro inminente (Escola, 1990). Así pues, el niño cumple con tales requisitos de vulnerabilidad y por ende recibe un trato especial en la sociedad para el cabal desarrollo de sus capacidades mentales y físicas en aras de contribuir al normal ciclo evolutivo de una región determinada (Corte Constitucional, 2003, T-510). La Ley 1098 del año 2006, que regula el Código de Infancia y Adolescencia define, en su artículo 8°, el interés superior del niño como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Seguidamente, en el artículo 9°, destaca su primacía sobre otros axiomas constitucionales en cualquier actuación y/o decisión judicial y administrativa.

La Corte Constitucional ha resaltado la importancia del interés superior del niño y, a pesar de la abstracción de su concepto, ha intentado precisar su contenido y alcance, así en sentencia C-045 de 2003 manifestó:

El interés superior del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, de donde la obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos (Sentencia C-045, 2003).

El ámbito del derecho penal no puede excluirse de la obligación que impone el derecho internacional y la constitución del ‘91 de darle prevalencia al interés superior del niño, porque en el instante en el que el menor es víctima de una conducta punible, se torna más necesaria la aplicación de este principio a raíz de su condición de susceptibilidad, más aun cuando se trata de tipos penales contra la libertad sexual, pues se ve afectada su integridad física y emocional a una edad que ni siquiera le permite comprender tales hechos y que causan secuelas que lo marcarán de por vida. Los delitos sexuales se encuentran tipificados en el título IV del código penal colombiano “de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. El objeto de este estudio serán

los tipificados en el capítulo I, de la violación: los delitos de acceso carnal violento, acto sexual violento y acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, en los que el sujeto pasivo del delito es indeterminado sin tener en cuenta su edad. Igualmente, los del capítulo II de los actos sexuales abusivos, que establecen los delitos de acceso carnal con menor de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años, acceso carnal o actos sexuales abusivos con persona puesta en incapacidad de resistir y el acoso sexual.

De estos delitos, reseñados anteriormente, podemos colegir que la protección es diferente para los menores de 14 años y para los mayores de esta edad, puesto que se establecen dos tipos penales independientes para consagrar el carácter punible de cualquier conducta sexual, sean actos sexuales o acceso carnal con menor de 14 años, incluso si estas relaciones fueron consentidas por el menor. De igual modo, se establece en el artículo 211 en el numeral 4° ejusdem una circunstancia de agravación punitiva cuando los delitos de este título se realizan sobre persona menor de 14 años. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-876 de 2011, al estudiar la constitucionalidad de los tipos penales establecidos en protección de los menores de 14 años, resolvió el siguiente problema jurídico:

Al excluirse de la protección penal frente al abuso sexual a los menores adultos -entre 14 y 18 años-, (i) se vulnera el artículo 44 constitucional que ordena la protección especial de los menores todos, y (ii) el artículo 13 constitucional que prohíbe cualquier tipo de discriminación (Sentencia C-876, 2011).

La Corte Constitucional expresa, en el transcurso de su argumentación jurídica, que no se viola el derecho de igualdad, ni el artículo 44 de la constitución, debido a que la medida diferenciada adoptada por el legislador se soporta en razones constitucionalmente válidas, al respecto:

La diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente (...) Finalmente, la medida diferenciada sin dudas persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 superior señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además como sujetos de una protección reforzada (...) Ahora bien, se insiste, no implica lo anterior que los menores mayores de 14 años no gocen de protección constitucional o legal alguna respecto de actos sexuales o accesos carnales violentos, sin su consentimiento. Lo cierto es que en los eventos que esto suceda, la legislación penal establece tipos penales y altas penas para quien vulnere o violente los derechos sexuales o reproductivos de los menores mayores de 14 años, como se explicó en precedencia (Sentencia C-876, 2011).

Es evidente cómo en materia de delitos sexuales los menores de edad, y más aún los menores de 14 años, por ser sujetos que gozan de prevalencia constitucional, tienen una mayor protección que el resto de personas, porque las garantías desarrolladas a favor del niño en el ámbito internacional de los derechos humanos y en la Constitución Política de Colombia, conllevan a optar, inexorablemente, medidas judiciales y administrativas a favor de sus derechos fundamentales.

### 2.1.2. *El menor de edad víctima de delitos sexuales.*

La normatividad nacional ha demarcado ciertos parámetros a los que deben ceñirse los operadores judiciales y las partes del litigio en cuanto a la posición que adquiere el niño víctima de abuso sexual en el proceso penal. Ahora bien, ¿cuáles son los pasos a seguir por el ente acusador cuando un menor de edad es el sujeto pasivo de una conducta punible que afecte la libertad sexual? Recibida la noticia criminal y ejecutados los actos urgentes, se procede a efectuar los exámenes médicos necesarios al niño, previa anuencia de su representante legal o acudiente, para corroborar la existencia del hecho. Sin embargo, si el niño o su representante expresa su negativa de asistir, el funcionario estatal recurrirá al juez de control de garantías quien otorgará el permiso, siempre y cuando los exámenes fuesen necesarios y no causen perjuicios al menor<sup>8</sup>. Posteriormente, se realiza la entrevista médico-forense, quizás el elemento más importante, con un experto en psicología infantil (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2009).

La legislación nacional, con miras a asegurar la participación institucional, fija que la entrevista forense debe ejecutarla un integrante del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) entrenado para la recopilación de información en esas circunstancias, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. El artículo 2 de la Ley 1652 de 2013 fija que, en caso de no contar con la presencia del profesional del CTI, deberá encargar subsidiariamente a un entrevistador especializado. El cuestionario o interrogatorio debe desarrollarse con un lenguaje sencillo y ameno, procurando evitar alguna revictimización. Introducir juegos lúdicos, mantener la informalidad y conservar un ambiente relajado en el curso de la conversación son elementos imprescindibles para evaluar con prolijidad las reacciones emocionales del niño al recordar los hechos<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Así lo establece la Ley 1098 del 8 de noviembre del 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” en su artículo 193, numeral 8°.

<sup>9</sup> **La diligencia se debe desenvolver en un ambiente de confianza para que el menor declare con espontaneidad y naturalidad, de manera que no se sienta presionado o sugestionado en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico.** Es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y contrainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad (...) **por lo cual requiere de una ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor.** (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia T-117, 2013).

Por lo general, la conversación se efectúa sin la presencia de sus padres, puesto que es posible que haya una presión o manipulación psicológica que provenga del seno del hogar (Consejo Superior de la Judicatura, 2008), sin embargo, eso no resulta óbice para la eventual asistencia de un pariente mayor de edad o su representante legal. El anterior procedimiento está fundamentado en las características biológicas que revisten al menor de edad, aspectos que el entrevistador debe tener en cuenta mientras recepciona su testimonio. En palabras de la Corte Constitucional en sentencia C-177 de 2014, el especialista debe constatar “el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños” (Sentencia C-177, 2014).

En el transcurso de las audiencias preliminares la presencia del menor es restringida, porque se cuenta con la participación del imputado o acusado, dependiendo de la etapa, situación que puede perturbar la integridad emocional del menor<sup>10</sup>. En cuanto a la audiencia de juicio oral, existen diferentes alternativas para que el menor pueda brindar su testimonio sin obstáculos. Una de ellas consiste en ejecutar la participación de la víctima en el juicio de manera íntima con el juez y las partes. Así lo señala el numeral 6 del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal: “6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a la víctima, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada”.

Incluso, el testimonio se puede incorporar al juicio, sin necesidad de la presentación de la víctima a la audiencia, mediante el uso del instrumento excepcional de la prueba de referencia, con el fin de resguardar al niño de cualquier nuevo trauma que afecte su vida en sociedad. El Código de Infancia y Adolescencia explica la obligación del Estado de utilizar los medios periciales y tecnológicos que sean indefectibles para obtener con sutileza y eficacia el testimonio incólume de los hechos que expone el menor de edad<sup>11</sup>, conservando siempre su estabilidad anímica. La Corte Suprema de Justicia ha señalado en numerosas ocasiones la importancia que adquiere la Cámara Gesell<sup>12</sup>, sala de observación compuesta por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, desarrollada por el psicólogo Arnold Gesell para percibir el comportamiento de los niños sin alterar su entorno. Este tipo de recintos permite generar un escenario íntimo entre el especialista y el menor, excluyendo a los demás sujetos procesales. De esta forma, proporciona facilidades conversacionales que amparan la prevalencia de los derechos del niño, pero limitan, al

---

<sup>10</sup> “Artículo 194. Audiencia en los procesos penales. En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, **no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor**”. (Negrilla no pertenece al texto original). (Congreso de la República, 2006, Ley 1098).

<sup>11</sup> Artículo 194 (...) **Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad.** Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente” (Negrilla no pertenece al texto original). (Congreso de la República, 2006, Ley 1098).

<sup>12</sup> Artículo 2°. 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. (Congreso de la República, 2013, Ley 1652).

mismo tiempo, garantías fundamentales del acusado como el derecho a la contradicción y defensa. No obstante, esta práctica es frecuente en los interrogatorios de los procesos penales. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

La Cámara de Gesell, es sólo un instrumento utilizado en la Psicología al cual se acude en la investigación criminal para facilitar la recepción del testimonio de menores víctimas de delitos (...) La presencia del psicólogo forense en uno de los salones dispuestos para entrevistar al menor busca brindarle intimidad para que rinda tranquilamente su versión de los hechos, y principalmente, **para evitarle la victimización secundaria que genera de por sí el escenario judicial y la presencia de público** (...) Las condiciones de realización de la entrevista en la cámara Gesell en manera alguna se constituyen en requisitos de validez para la exposición del menor víctima o de la declaración de la profesional receptora, ni se constituyen en ineludible referentes para la valoración o credibilidad si se tiene en cuenta que el sistema penal acusatorio está basado en la libertad probatoria (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación T-27478, 2007).

Según lo expuesto, la Cámara de Gesell constituye un ingrediente relevante durante la recopilación de la declaración del infante, empero, la Defensa está limitada de ejercer su derecho de contradicción, puesto que las preguntas que desee presentarle deben pasar por el filtro del Defensor de Familia, según el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006. El Puertorriqueño Ernesto Chiesa Aponte (1995), tratadista de derecho procesal, concibe conveniente el interés superior del niño a pesar de las consecuencias que ocasiona al proceso:

El interés público en el bienestar físico y emocional de los niños víctimas de abuso sexual es lo suficientemente importante para limitar, en casos apropiados, el derecho del acusado al careo (confrontación cara a cara). La literatura científica y los estatutos de los Estados establecen la legitimidad de proteger a los niños del trauma que acarrea el testimonio frente al acusado (p. 394).

Una vez recibido el testimonio del menor se procede a incorporarlo al juicio oral. Por las condiciones propias del menor su testimonio en audiencia pública puede significar su doble victimización, por consiguiente, se permite acudir a los medios excepcionales que provee la ley, v. gr. la prueba de referencia y la prueba anticipada.

En primer lugar, el Código de Procedimiento Penal establece taxativamente las situaciones excepcionales en las cuales es admisible la prueba de referencia. La norma que las consagra expresa que en circunstancias determinadas se podrá practicar esta figura probatoria, porque en condiciones normales todo interrogatorio deberá llevarse a cabo en audiencia de juicio oral. Las excepciones son las siguientes:



a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; e) **Es menor de deiciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código.** (Negrilla no hace parte del texto original). (Ley 906, 2004).

Mediante el artículo 3° de la ley 1652 de 2013 se introdujo el literal e), cuya finalidad es igualar el estado de vulnerabilidad del menor víctima de delitos sexuales con las circunstancias insuperables para asistir a la audiencia pública, justificadas por casos extremos que impiden al testigo acudir a juicio, conservando la estabilidad emocional de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, el testimonio de referencia detenta un valor inferior a los otros medios de prueba, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico estableció una tarifa probatoria negativa en el artículo 381 de la ley 906 del 2004 al impedir que las sentencias condenatorias se fundamenten exclusivamente en pruebas de referencia. La Corte Constitucional concibe que: “Aunque 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” (Sentencia C-177, 2014).

La Corte Suprema de Justicia, con pronunciamientos pretéritos a la ley que modificó el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, relativo a la prueba de referencia, mantuvo la tesis de admitir la declaración del infante bajo esta modalidad, a pesar de que ninguno de los literales encajara dentro de la situación especial del menor. Si bien, se pudo argüir en un principio que la expresión “evento similar” podría tener alguna ínfima relación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación 32829 del 17 de marzo del 2010 se opuso a esta suposición en el caso del delito de acceso carnal violento, tentado y agravado contra la joven K.G.T., cuya atestación fue incorporada como prueba de referencia admisible.

No es, como lo entendió el fiscal del conocimiento y lo avalaron los falladores, que el ejercicio de un derecho constitucional y legal, como lo es la exención del deber de declarar, habilite la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues, no es una de las hipótesis que expresamente consagra el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ni puede catalogársele como un “evento similar” al secuestro o la desaparición forzada (Sentencia de Casación T-32829, 2010).

No obstante, teniendo en cuenta la inviolabilidad de los derechos de los niños, que son víctimas de esta clase de conductas, el poder judicial colombiano decidió evitar una doble victimización del agraviado, permitiendo respetar el relato fáctico que, con delicadeza, se ha

conseguido del menor a través de la Cámara de Gesell. Esta proposición es explayada por la Corte Suprema de Justicia de esta manera:

Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa (...) **y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole**<sup>13</sup> (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación 24468, 2006).

Fungiendo como otra alternativa, no habrá inconveniente de aceptar la declaración del menor mediante prueba anticipada. Mecanismo que combina la protección del interés superior del niño, a través de su comparecencia en una sola ocasión ante la vigilancia de la autoridad competente, y el principio de contradicción de la defensa para formular sus interrogantes al menor (Bedoya, 2008). El artículo 284 ejusdem establece ciertos requisitos para su práctica en el proceso, el primero de ellos reza que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías. Lo cual, se ajusta perfectamente con las necesidades que exige estos crímenes, recordando que la prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación propio de un sistema de oralidad (Sentencia C-591, 2005). Igualmente, dentro de las facultades de la Fiscalía está la conservación de la prueba hasta que se dé lugar la oportunidad del contradictorio a la contraparte. La Corte Constitucional, haciendo alusión al tema, dice que:

Más allá del sometimiento de la regulación legal de la prueba anticipada a los mencionados principios constitucionales, la misma resulta ser conforme con la Constitución por cuanto (i) a la Fiscalía General de la Nación le fue asignada, en el artículo 250.1, la función de "conservación de la prueba" (...) ya que garantiza la vigencia de un equilibrio procesal inherentes a cualquier sistema acusatorio (Sentencia C-591, 2005).

Por su parte, aunque el cuarto requisito del artículo 284 ejusdem es la práctica de la prueba en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para el juicio oral, las formalidades procedimentales transigen ante el trato especial que amerita el niño, niña o adolescente víctima de un delito sexual. En otras palabras, bastaría con la declaración del menor, practicada posteriormente como prueba anticipada, para implantar la denuncia, imputar cargos, elaborar escrito de acusación y, como se verá más adelante, convertirse en prueba única de cargo que quiebre la presunción de inocencia.

---

<sup>13</sup> Asimismo, en el proceso No 31950 ante la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez del 19 de agosto de 2009, se expuso que “cuando el juez decide no llamar a un menor a rendir testimonio en el juicio oral, pero acepta la declaración que rindió ante expertos forenses o investigadores sobre los hechos cometidos en su contra, ésta será una prueba de referencia” (Sentencia de Casación 31950, 2009).

Un último punto para subrayar en este ítem es el carácter excepcional que envuelve el decreto de pruebas injustificado durante las etapas del proceso. Si bien es cierto que la función del operador de justicia es la búsqueda de la verdad material, a través de la valoración de los elementos de prueba, que soliciten y practiquen las partes en las correspondientes audiencias, la Corte Constitucional ha condicionado el decreto de pruebas para evitar el potencial daño de derechos fundamentales del niño. Así pues, en sentencia T-554 de 2003 indicó que:

**En los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, la facultad legal de decretar pruebas se encuentra limitada por el interés superior del menor**, lo cual conduce a que el funcionario judicial se abstenga de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño, por lo tanto, **cada prueba en la que el menor intervenga debe ser realizada de forma tal que respete la dignidad humana del niño**. (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia T-554, 2003).

Idéntica restricción probatoria sucede cuando el togado exige la reiteración de una audiencia o la repetición de la práctica de una prueba pericial o testimonial que afecte los derechos del testigo o la víctima<sup>14</sup>.

En conclusión, existen en total tres alternativas para que el testimonio del menor sea incorporado como prueba en el juicio oral: 1. El menor rinda su declaración en la audiencia a puertas cerradas 2. Mediante prueba de referencia y 3. Como prueba anticipada. Lo que permite inferir que efectivamente se establece un trato privilegiado al menor de edad, víctima de abuso sexual en el proceso penal, en virtud del interés superior del niño y de la obligación del Estado de materializar la justicia.

### *2.1.3. La dinamización de la carga de la prueba.*

Ya en los puntos anteriores hemos agotado el desarrollo del interés superior del niño y las garantías que se le conceden al menor de edad víctima de abuso sexual. Como señalamos, el testimonio del menor adquiere tal relevancia en estos procesos que se torna permisiva su admisión por los medios excepcionales que consagra nuestro código. Ahora bien, las prerrogativas establecidas al infante y a su testimonio no terminan en este punto, pues su declaración se convierte en la prueba reina de este tipo de procesos. Así, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia le han concedido fuerza conclusiva a la declaración del menor, a tal punto que ésta por sí sola es suficiente para

---

<sup>14</sup> No escapa a la Corte el hecho de **que la repetición de la práctica de pruebas puede lesionar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, en especial, cuando las víctimas sean niños o adolescentes**. (...) la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia C-059, 2010).

lograr el convencimiento del juez sobre la responsabilidad del acusado. Situación que, por supuesto, tiene efectos importantes en la distribución probatoria que pasaremos a estudiar.

Es función de esta investigación examinar el modo de valoración del testimonio del niño, con el fin de esclarecer las características peculiares que el operador judicial tiene en cuenta para rehuir de la impunidad y satisfacer los principios constitucionales que favorecen al infante. Pese a que la sociedad le asigna un estado de inmadurez e ignorancia relativa a las mentes pueriles, no implica que esto ocurra en el proceso penal de los delitos sexuales, a causa de la obligación legal que se impone al juez a usar la sana crítica<sup>15</sup> y dirimir los intereses jurídicos en conflicto. De igual manera, el área de la psicología percibe al menor como un sujeto capaz de identificar las nimiedades de los hechos simples que experimenta, y aunque padecer un crimen aparece como un acontecimiento complejo, es menester de los especialistas estructurar el interrogatorio del niño mediante segmentos fácticos que organicen su relato y lo encaminen hacia la verdad. Esta ciencia defiende la plena credibilidad el testimonio del menor, explicando que:

Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, **si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado**, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados (...) Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente (Negrilla no pertenece al texto original). (Lamberti, citado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2006, N° 23706).

Lo anterior, es avalado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 30305 del 5 de noviembre del 2008. Sustenta que: “A partir de investigaciones científicas (...) se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales”.

Por otro lado, al enfocarnos en el testimonio de un menor de edad que ha sido abusado sexualmente, se presenta controversia en cuanto al análisis de dicho atestado y se debe recurrir al

---

<sup>15</sup> En palabras del jurista panameño Boris Barrios (2006) la sana crítica corresponde a “*un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines*” (p. 3).

imperativo constitucional que hemos reiterado constantemente: la prevalencia de los derechos del niño; en efecto,

el testimonio de la víctima es fundamental, ya que en no pocos delitos se trata de la persona que más cerca ha estado del criminal, siendo en ocasiones además el único testigo. **Lo habitual es que la palabra de la víctima resulte creída, salvo que resulte incongruente con el resto de las pruebas, presente anomalías psíquicas, carácter fabulador o se constate un previo ánimo de venganza o una enemistad manifiesta.** (Negrilla no pertenece al texto original). (Pastor, 2003).

En términos generales, cuando la declaración de la víctima es la única prueba testimonial el administrador de justicia debe motivar la credibilidad que le otorga desde una triple perspectiva: no exista incredulidad subjetiva, verosimilitud de lo narrado y persistencia en la incriminación. Estos parámetros de índole objetiva, los cuales auxilian al juez para que éste alcance el grado de certeza de la existencia del hecho y responsabilidad del infractor, son descritos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un proceso adelantado contra José Antonio Tovar Martínez (acusado de acceso carnal abusivo con menor de catorce años), en los siguientes términos:

a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último<sup>16</sup>. b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones (Sentencia de Casación 18455, 2005).

Entonces, podemos ver cómo el interés superior del niño representa la pieza clave para soslayar la carga de la prueba estática que, en la mayor parte del tiempo, se impone como regla de conducta para las partes en materia penal. Si bien, antes de iniciar el juicio la defensa ingresa con una ventaja procesal denominado presunción de inocencia, lo cual origina una carga probatoria al ente acusador, éste interés superior del niño tiene la capacidad de desbaratar la presunción con un único testigo de cargo. Pero, la mayor particularidad, gravita en que esta prueba testimonial exclusiva proviene de la misma víctima, es decir, el menor de edad. El magistrado de la Corte Constitucional, Luis Ernesto Vargas Silva, actúa en conformidad a este principio y soporta su postura en la sentencia T-078 de 2010 alegando que la Fiscalía omitió el análisis del peritazgo y

---

<sup>16</sup> En este requisito, la Sala Penal del Tribunal Español en STS 667/2003 del 7 de mayo, aclara que la animadversión no puede provenir por la realidad de la agresión sexual, pues sería contrario a la naturaleza humana que la persona perjudicada no sintiera rencor de su verdugo.

el testimonio de una menor de edad a raíz del uso de un método erróneo para obtenerlo, lo cual erosionó los derechos del niño al dejar a un lado una prueba tan esencial como lo es su declaración:

Lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. **Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual, en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.** (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia T-078, 2010).

En este orden de idea, resulta inexpugnable el testimonio del menor dentro del proceso penal colombiano, dado que no se permite su exclusión. Por el contrario, se debe valorar en su totalidad conforme a las reglas de la experiencia, para así reconocer el hilo natural de la narración, porque recordemos que por lo habitual es el único testigo concomitante. Es de tal la importancia la declaración que incluso los testimonios de niños con discapacidad mental no pueden ser excluidos, sino que deben valorarse conforme a los criterios que establece la ley para cualquier prueba de índole testimonial.

La menor, como cualquier declarante, simplemente hace una relación de los hechos, sometida a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio del juicio oral. **Así, lo que ella diga no debe refutarse con el argumento simple y olímpico de que padece un retardo mental, cuando lo cierto es que su testimonio, como cualquier otro, debe apreciarse a partir de los criterios establecidos por el artículo 404 de la Ley 906 de 2004** (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación 32604, 2009).

La misma regla aplica en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En la sentencia 353-F del 9 de setiembre de 1994, aclara que, en el instante que se evalúa un testimonio, no es viable despojar su verosimilitud por las condiciones físicas o mentales del declarante, en cambio, lo verdaderamente relevante es la coherencia de su testificación a la hora de la sana crítica:

**Se trata de una niña con retardo mental, pero esa característica especial no significa que automáticamente debemos restarle credibilidad, máxime cuando ella relata hechos que le han ocurrido y para cuya comprensión no se requiere un conocimiento especializado, ni académico.** Por esa razón es indispensable un pormenorizado análisis de la versión de la víctima de agresión sexual, en estricto cumplimiento del deber de fundamentar conforme a las reglas de la sana crítica, pues por lo general esa es la fuente más importante de prueba, sin que por esa circunstancia pueda alegarse un vicio. (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación 353-F, 1994).

Como muestra la jurisprudencia citada, la declaración del menor tiene el suficiente grado de persuasión para que, además de ser prueba única de cargo, el juez dicte sentencia condenatoria basada en la libertad probatoria y sana crítica racional que impera en nuestro sistema penal. De esta forma, se ha ajustado los dictámenes judiciales de la Corte Suprema de Justicia colombiana:

**La testis unus, testis nullus (Un testigo solo es testigo nulo) hoy no se tiene como máxima de valoración probatoria en los sistemas como el nuestro de apreciación racional de la prueba** pues su rigidez vincula el método de evaluación probatoria a la anticipación de una frustración de resultados en la investigación del delito que además de impedir un análisis racional del juzgador contraría la realidad de que uno o varios testimonios pueden ser suficientes para conducir a la certeza. **Una tal máxima restringe la acción penal y se opone a la realidad de que en muchos casos -como este- un declarante puede ser real o virtualmente testigo único e inclusive serlo la propia víctima** (Paréntesis y negrilla no hacen parte del texto original). (Sentencia de Casación 27536, 2007).

En la sentencia 30073 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explica que la existencia del testimonio del menor de edad como única prueba de cargo no impide la configuración de un fallo condenatorio, siempre y cuando el juez se cimiente en la sana crítica racional del acervo probatorio, debido a que:

**La certeza como especial grado de conocimiento no es un problema que descansa en factores de orden cuantitativo sino esencialmente cualitativo**, por manera que la pluralidad o singularidad de elementos de juicio carece de trascendencia en ese proceso lógico de razonamiento, pues lo importante es su aptitud demostrativa. (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia de Casación 30073, 2011).

En contraste a lo anterior, ocurre una disminución en la valoración probatoria de las entrevistas efectuadas a los menores de edad que pretendan ser incorporadas en juicio oral como prueba de referencia y al mismo tiempo única prueba de cargo, puesto que el legislador ha proscrito la necesidad de menguar su nivel suasorio a causa de la restricción a ciertos derechos y principios fundamentales propios de un sistema acusatorio. Luis Ernesto Vargas Silva, magistrado de la Corte Constitucional, expuso en sentencia T-704 del 2012 que:

En virtud del principio de sana crítica, el juez en desarrollo de su prudencia, deberá constatar si esa prueba es suficiente para deducir la responsabilidad penal del acusado y, además de eso, es preciso recordar que, según la Corte Suprema de Justicia (...) es factible admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral -pruebas de referencia- a las cuales el legislador asigna un mérito menguado o restringido, al punto que no podrán servir por sí solas para fundamentar la sentencia condenatoria (Sentencia T-704, 2012).

Por otro parte, el Tribunal Supremo de Justicia de España se ha acogido, en múltiples ocasiones, a estos lineamientos. Ostensible se hace esta afirmación en un recurso de casación donde el Tribunal es tajante al afirmar que el testimonio del menor, involucrado en delitos sexuales, posee el suficiente valor probatorio para convertirse en prueba única de cargo para derribar la presunción de inocencia que posee el acusado:

No ignorándose la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (STS N° 173/2004, de 12 de febrero), **es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia**” (Negrilla no pertenece al texto original).

(...) “Considera que la convicción a la que llega de que los hechos han sucedido tal y como han sido relatados, se deriva básicamente del testimonio prestado en el juicio por la menor, testimonio que ha impresionado subjetivamente, al considerarlo sincero y creíble, sin que pueda encontrarse causa alguna por la que la víctima pudiera haberlo prestado contra su padre, dada la trascendencia y la gravedad de lo que se escuchó en el juicio. Lo consideró claro, preciso, coherente y persistente, en la medida que puede serlo, pues la menor contaba con 6 años de edad, cuando prestó su primera declaración, y tenía 14 años al declarar en el acto del Juicio Oral. (Sentencia 1526, 2012).

Finalmente, la Sala Penal concluye su Ratio señalando que:

Los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, y que han sido debidamente expuestos en la sentencia, **son bastantes para enervar el derecho a la presunción de inocencia del acusado desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba para la condena** (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia 1526, 2012).

Del mismo modo, El Tribunal Constitucional Español hizo referencia en una de sus providencias sobre un particular proceso que se llevó a cabo en la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, específicamente en su sección tercera. En el caso Gani contra España del 19 de febrero de 2013 el demandante alegó la transgresión del derecho de contradicción y de interrogar a la víctima, ya que su declaración, a pesar de practicarse fuera de la etapa de juzgamiento, fue suficiente para fundamentar la sentencia condenatoria por seis delitos<sup>17</sup>.

Por lo tanto, queda claro hasta este punto que el testimonio del menor es susceptible de ser presentado por la Fiscalía como única prueba de cargo en los procesos por delitos sexuales, así lo

---

<sup>17</sup> (i) un delito de amenazas a N. con agravante; (ii) un delito de allanamiento de morada, con violencia e intimidación, con agravante; (iii) dos faltas de lesiones a N; (iv) un delito de secuestro con agravante; (v) otro delito de secuestro; (vi) un delito contra la integridad moral con agravante; (vii) un delito de agresión sexual con agravantes; (viii) un delito de falsedad en documento oficial. (Sentencia N° 57, 2013).



deja entrever la jurisprudencia nacional e igualmente lo respalda la jurisprudencia foránea. Ahora bien, retomando el objetivo central de esta parte de nuestra investigación, tenemos que preguntarnos ¿qué efectos tiene el carácter concluyente del testimonio del menor como única prueba de cargo sobre la distribución de la carga de la prueba? La respuesta a esta pregunta no puede ser otra: la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Si bien es cierto que en el proceso penal colombiano la regla general de la distribución de la carga de la prueba se establece únicamente en cabeza de la Fiscalía, y en ciertas ocasiones, la defensa cuando pretenda probar las causales eximentes de responsabilidad que usen a su favor, la jurisprudencia de las altas cortes ha admitido la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en algunos precedentes. Al respecto, nos remitimos a la investigación ya adelantada por Daniel Pulecio Boek, en donde este autor parte en dos momentos la aplicación de esta teoría: un primer instante bajo la vigencia de la ley 600 de 2000, y el segundo, el que compete a nuestro estudio, bajo la vigencia de la ley 906 de 2004. Mientras en el primer momento plantea que la carga dinámica se aplica en virtud de la facilidad probatoria de las partes, bajo la vigencia del sistema penal acusatorio cada parte debe probar lo que le conviene a su teoría del caso sin que esto implique necesariamente que se encuentre en mejores condiciones de probarlo.

Podría decirse que a la luz de los pronunciamientos de este segundo momento, que dicen hacer uso de esa teoría en el sistema acusatorio, realmente la corte suprema lo único que ha hecho es llevar al campo penal la regla general del derecho probatorio: cada parte prueba el supuesto de hecho de la norma cuyos efectos jurídicos persigue. (Pulecio Boek, 2012).

Sobre el tema de investigación, los delitos sexuales contra menores de edad, Pulecio Boek identifica un precedente en el cual se hace aplicación expresa de la carga dinámica de la prueba. En la Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia decide sobre el recurso de casación que interpone la Fiscalía por el dictamen absolutorio que profirió el tribunal de segunda instancia por los delitos de acceso carnal violento e incesto, basándose en una prueba científica que no practicó el ente acusador a la víctima. La Sala de Casación Penal considera que había elementos probatorios suficientes para fundamentar una sentencia condenatoria, por consiguiente, era obligación de la defensa llevar a cabo esta prueba y llevarla al juicio como pieza de su teoría del caso. Así, la Corte se refiere a la carga dinámica de la prueba en los siguientes términos:

Ahora, en el sistema acusatorio que rige la solución del caso examinado, **se hace mucho más evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargos, prueba que la desnaturalice o controvierta**, dado que ya no existe la obligación para la Fiscalía de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, en tanto, se trata de un sistema de partes o adversarial bajo cuyo manto el ente investigador debe construir una teoría del caso y allegar los elementos de juicio que, cabe resaltar, bajo el imperio del principio

de libertad probatoria, la soporten (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación 31103, 2009).

En conformidad con la Sala, la posición pasiva que posee la defensa en nuestro sistema penal acusatorio no la exime de la responsabilidad probatoria que le compete emplear para dejar sin efectos los hechos constitutivos que arguye la Fiscalía. Resulta improcedente fallar a favor del acusado por el hecho de no haberse practicado un examen médico, que en virtud de un modelo adversarial, es asignado a la defensa por el fenómeno de la carga dinámica probatoria. La Corte Suprema de Justicia continúa y argumenta lo siguiente:

**Así mismo, esa lógica jurídica de la posición probatoria de las partes implica que, si la defensa presentó una prueba de descargos insuficiente o que no tiene la fuerza necesaria para desvirtuar la de cargos, ello no conduce a determinar la existencia de duda probatoria, ni mucho menos a exigir que para completar lo que quedó faltando a la contraparte, la Fiscalía deba allegar el medio correspondiente** (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación 31103, 2009).

Este estudio logra identificar otro precedente donde la Sala de Casación Penal hace referencia a la carga dinámica de la prueba en casos de delitos sexuales contra menores de edad. En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia inadmite la demanda de casación interpuesta por la defensa en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó el fallo condenatorio proferido en primera instancia contra Darwin Johann Cañizalez Jiménez por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado. El hecho dio lugar el mes de septiembre de 2008, noche en que el acusado traslada, por medio de engaños, a la menor hasta un paraje desolado. Después de tocar sus partes íntimas, la joven se opone y escapa del lugar. Encuentra con posterioridad a una pareja de transeúntes que colaboran en la captura de Johann Cañizalez. De acuerdo a los acontecimientos, la prueba principal en este caso fue el testimonio de la menor de 7 años de edad, el cual estaba respaldado por otros testimonios que daban fe de las voces de auxilio del infante, pero cabe resaltar que no fueron testigos presenciales de los hechos. Estas pruebas fueron suficientes para derrumbar la presunción de inocencia y condenar en primera y segunda instancia por los vejámenes sexuales cometidos.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia especifica en otra providencia, al referirse a la carga dinámica de la prueba, que la Fiscalía está obligada a convencer al juez de la responsabilidad del acusado<sup>18</sup>, lo que conlleva a que la defensa, si desea obtener una sentencia favorable, deba presentar suficientes pruebas de descargo para derribar el convencimiento otorgado por las pruebas de la acusación. En sus consideraciones se advierte que:

---

<sup>18</sup> En los casos de delitos sexuales contra menores de edad puede lograrse con el testimonio de la víctima como única prueba de cargo.

Tanto la Constitución Política como la ley amparan la presunción de inocencia. A partir de ese fundamento, en principio, le corresponde al Estado la carga de probar que una persona es responsable de un delito, circunstancia que le obligaría desvirtuar la presunción de inocencia por medio de las pruebas legal y regularmente practicadas. En razón de ello, es cierto, de no desvirtuarse la presunción de inocencia, tendría que dársele aplicación al principio de in dubio pro reo y absolver al implicado, porque toda duda debe resolverse a su favor (...) **No obstante, en atención al denominado concepto de la “carga dinámica de la prueba”, cuando el Estado ha demostrado con idoneidad la responsabilidad del acusado como para sustentar una condena, cumpliendo así la carga probatoria necesaria, le correspondería a la defensa, en sentido amplio, presentar otros elementos de juicio que desvirtúen tal posición cuando quiera que se busque controvertir la certeza para condenar o introducir la duda razonable que permitiera adoptar idéntica determinación** (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación 33567, 2010).

De otro lado, la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, actuando como órgano de cierre en un proceso adelantado contra Enrique Humberto Aldana Lenis, padre de familia a quién se le acusó de perpetrar los delitos de acceso carnal abusivo e incesto sobre su hija, manifestó en la sentencia 40876 del 10 de julio de 2013 que la veracidad de la declaración de la menor de edad debe estar reforzada por los demás elementos probatorios presentados por el ente acusador, en especial con el dictamen pericial, porque al no comprobarse la existencia del hecho, la decisión del administrador de justicia derivaría en una sentencia absolutoria<sup>19</sup>. No obstante lo anterior, esta corporación ha acogido la tesis de la prescindibilidad de un dictamen médico-legal que verifique la presencia de daños en los órganos genitales y paragenitales para poder comprobar la existencia del hecho, toda vez que el himen, membrana delgada que une el conducto vaginal con la vulva, puede resultar indemne tras la penetración de un miembro viril a causa de su elasticidad. Fundamento sostenido en el proceso 18455 ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

**Cuando se concluye en el dictamen que el himen de la víctima se encuentra íntegro, sin desgarrar y elástico, no necesariamente quiere decir que no ha habido acceso carnal.** La medicina ha comprobado la posibilidad de que el himen sea dilatado. En este sentido, un himen íntegro elástico, puede ser penetrado sin desgarrarse. (...) Este tipo de himen, como bien es sabido en la Medicina Legal, **se trata de una variante anatómica caracterizada por su amplitud y capacidad de**

---

<sup>19</sup> El Tribunal descartó del análisis una de las conclusiones del informe técnico médico legal sexológico, exactamente la que señala la imposibilidad de demostrar científicamente que hubo penetración de los órganos genitales (Sin hallazgos que permitan demostrar científicamente penetración traumática de los órganos genitales), para darle paso a la posibilidad de que la menor hubiese sido penetrada por un miembro viril, debido a que tiene himen elástico, cimentando el juicio de reproche a partir de la simple probabilidad. **De esa forma, desconoció la segunda instancia que (...) el proferimiento de la sentencia condenatoria impone la obligación de establecer la certeza racional sobre la materialidad y existencia del delito.** (Sentencia de Casación 40876, 2013).

**dilatación lo cual permite que sea penetrado por un miembro viril sin desgarrarse.** Por esta razón, en las lecciones elementales de Medicina Legal se le conoce con el nombre de ‘himen complaciente (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia de Casación 18455, 2005).

Como corolario de lo expuesto, no parece plausible menguar de autenticidad las acusaciones de un niño, niña o adolescente cuando convergen pruebas periciales que no demuestren detrimento sobre la integridad de sus órganos sexuales, pues la ausencia del menoscabo físico se halla en las peculiares características de un himen dilatado.

Con base en lo anterior, es indiscutible que en los delitos sexuales contra menores de edad tiene aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba, esto en virtud del contundente valor probatorio que se otorga a la declaración de la víctima menor de edad como consecuencia innegable del interés superior del niño.

## 2.2. Principio in dubio pro reo vs. Principio pro infans, ¿cuál debe ser la regla de juicio para el juzgador?

De forma reiterativa hemos recalcado que el interés superior del niño debe ser un pilar fundamental en todo proceso penal en el que se vean involucrados los intereses del menor, máxime cuando se trata de delitos sexuales. De los dos interrogantes planteados en la introducción para resolver nuestra pregunta base, ya hemos agotado el primero. En esta parte nos ocuparemos de responder el atinente a la función material de la carga de la prueba, ¿cuál debe ser la regla de juicio para el juzgador? ¿El in dubio pro reo o el principio pro infans? Para ello, tomaremos como punto de partida los argumentos que nos proporciona la jurisprudencia constitucional.

Como explicábamos en la primera parte de este artículo, uno de los aspectos de la noción de carga de la prueba es establecer la forma en que debe fallar el juzgador en caso de que el material probatorio no le otorgue el convencimiento necesario para tomar su decisión, evitando de esta manera un *non liquet* o sentencia inhibitoria. Sobre este punto cabe resaltar, que esta función de la carga de la prueba es aplicable en un momento del proceso distinto al de la carga de la prueba formal, esto es, mientras que ésta tiene aplicación durante la etapa probatoria, ya que constituye la regla de conducta que deben seguir las partes, la regla de juicio adquiere valor en el momento en que se ha agotado la práctica de pruebas, particularmente, cuando de la valoración que hace el juez del acervo probatorio le surgen dudas que no puede subsanar por ningún medio.

En este escenario planteado, la regla de juicio entra como un salvavidas para el juez, puesto que lo exonera de tomar una decisión de la cual no tiene convencimiento, más aún cuando se trata de un proceso penal en el que convergen derechos de tanta trascendencia. De modo que el juez no tiene que cargar con la duda de si tomó o no la posición correcta, pues la regla de juicio lo libera

de ese peso, indicándole desde antes del proceso, cuál debe ser su decisión cuando se encuentre en este estado.

En el proceso penal, la regla de juicio es el *in dubio pro reo*, principio que indica que cuando exista duda esta debe resolverse a favor del acusado (*reo*). En este aforismo encontramos dos conceptos que lo componen: duda y *reo*, por tal motivo vamos a clarificarlos. Como señala Sentís Melendo:

Estar en duda significa carecer de certeza, estar en la incertidumbre, Carnelutti considera la duda como el “presupuesto de juicio” y nos lo explica así: “la duda es una bifurcación; de los dos caminos (*dubium de duo*) no sabe cuál tomar. Esta imposibilidad de la elección se expresa mediante la palabra incertidumbre, *cernere* no significa solo ver sino también elegir. La función del juicio es esta: superar la incertidumbre. (Sentís Melendo, 1971):

Ahora bien, el segundo sustantivo incluido en este aforismo es *reo*, término que atribuimos al acusado en un proceso penal, sin embargo, como señala Sentís Melendo este es un concepto aplicable a todos los ámbitos del derecho a causa de que:

Es una palabra genérica, y no solo en el campo jurídico; pero sobre todo en este, ha significado, desde sus orígenes “una de las partes litigantes” y, en plural, “las partes litigantes” aunque específicamente se haya entendido plenamente el acusado, culpado, delincuente. (Sentís Melendo, 1971).

Una de las discusiones más álgidas que ha existido respecto de este principio, es su diferencia con la presunción de inocencia, ya que algunos autores concluyen que hace parte de este, entretanto otros consideran que son conceptos disímiles. Aunque en el desarrollo del primer interrogante hicimos alusión a la presunción de inocencia, es importante analizarlo desde su función como regla de juicio.

La presunción de inocencia como regla probatoria supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria. De otro lado, y si bien la consecuencia es la misma (declaración de inocencia del acusado). **La función de regla de juicio asume un papel relevante en un momento posterior, concretamente cuando tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías (esto es, cuando ha sido superada la presunción de inocencia desde el punto de vista de su función como regla probatoria), el resultado de que ella se derive no es concluyente y, por tanto, impide que el órgano judicial resuelva conforme a él** (Negrilla no hace parte del texto original). (Fernández López, 2004).

El Tribunal Constitucional Español ha diferenciado estos conceptos afirmando que:

Por un lado, la presunción de inocencia es aplicable en los supuestos en que hay una total ausencia de prueba de cargo o, en su caso, cuando las pruebas practicadas carecen de las garantías procesales exigidas, situaciones que, por sus efectos, vienen a ser idénticas. Por otro lado, el principio *in dubio pro reo* constituye una regla de valoración dirigida al juez de instancia y aplicable únicamente cuando, llevada a cabo actividad probatoria que pueda entenderse de cargo, al órgano judicial le surgen dudas acerca de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito cuya presencia es indispensable para declarar la culpabilidad del acusado (Fernández López, 2004).

“La distinción entre el derecho de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* se suele fundamentar principalmente en el distinto rango del que gozan. Se dice que **mientras la presunción de inocencia es un derecho elevado a la categoría de fundamental, el principio *in dubio pro reo* no pasa de ser un mero criterio informador de la actividad valorativa de las pruebas de los órganos jurisdiccionales**” (Negrilla no parte del texto original). (Fernández López, 2004).

Esta diferenciación se ha hecho con fundamento en la exclusividad del recurso de casación español para alegar desconocimiento de la presunción de inocencia, pero no del *in dubio pro reo*, aunque la jurisprudencia más actualizada ha permitido que sí sea susceptible de control en sede de casación. No obstante, el orden jurídico colombiano permite interponer el recurso de casación por violación del *in dubio pro reo* mediante la causal primera y con la técnica por ella requerida.

Se considera que el *in dubio pro reo* hace parte de la garantía fundamental a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio, de esta forma se entiende la protección que le brinda las altas cortes a este principio. También, coincidimos con Fernández López cuando plantea que “la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* son expresiones distintas llamadas a resolver una misma situación: la duda acerca de las cuestiones fácticas” (Fernández López, 2004).

Luego, para el fin de nuestro análisis, que es establecer la materialización de los derechos del niño en la carga de la prueba como regla de juicio, no es necesario profundizar en las razones de diferenciación.

Como se ha señalado hasta el momento, el *in dubio pro reo* como expresión de la presunción de inocencia, está llamado a resolver la duda en el juez, no obstante, el interés superior del niño como piedra angular para resolver las controversias en las cuales se vea inmiscuido un menor, debe concretarse en todos los aspectos del proceso penal, incluyendo la función material de la carga de la prueba. Como veíamos anteriormente, existe una carga dinámica en estos casos, pues el testimonio del menor como única prueba de cargo es suficiente para enervar la presunción de inocencia y por tanto, obliga al procesado a presentar pruebas que controviertan ese testimonio y debiliten el convencimiento del juez sobre la culpabilidad del acusado; una vez terminada la labor activa por parte de la defensa de presentar pruebas, el juez se encuentra, ya no solo con el

testimonio del menor, sino con las pruebas presentadas por la defensa del acusado, escenario en el que pueden surgir dudas de la decisión que debe tomar.

En principio, podríamos decir que bajo estas condiciones el juez debe absolver al procesado, porque se le impuso la carga a la defensa de presentar pruebas para desvirtuar las de la acusación y esas pruebas lograron el objetivo perseguido: generar la duda en el juez, y reza el Código de Procedimiento Penal que la duda se resolverá a favor del acusado. Empero, es importante recordar que la finalidad perseguida por la carga dinámica de la prueba en los delitos sexuales contra menores de edad no era otra que lograr la materialización del interés superior del niño. Partiendo de esta idea, tendríamos que decir entonces que el juez no puede, a la hora de tomar su decisión cuando se encuentra en estado de duda, olvidar este propósito, puesto que carecerían de sentido todos los esfuerzos dirigidos en el proceso hasta ese momento por salvaguardar la prevalencia constitucional de los derechos del menor. Estimamos entonces que la aplicación de la regla de juicio por parte del juez en estos casos no es la misma a la realizada en cualquier proceso penal, a razón de que el interés superior del niño obliga al juez a que al resolver la duda no sólo considere el *in dubio pro reo*, sino que lo pondere con una nueva regla de orden constitucional: el principio *pro infans*.

El principio *pro infans* es un postulado que emana de la Constitución Política y que ha sido desarrollado en la jurisprudencia constitucional para favorecer al niño cuando sus derechos se ven involucrados en un litigio. La mayoría de jurisprudencia en la que se encuentra una referencia expresa a este principio es en sentencias de tutela que protegen derechos como la salud, la seguridad social y la educación de los niños, por ser los más comunes, sin embargo, la forma en que desarrollan el principio es aplicable a todos los ámbitos en los cuales se vea afectado un menor.

En la sentencia T-268 de 2004 la Corte Constitucional tutela los derechos a la salud y a la seguridad social de una menor de edad, hace referencia a la aplicación del principio *pro infans* cuando se trata de garantías prestacionales. En esta oportunidad la Corte afirmó:

Bajo esta perspectiva, es evidente que la Carta contiene una opción positiva dirigida a salvaguardar, de forma preferente, los derechos de los menores. La jurisprudencia constitucional ha analizado esta disposición en el sentido de advertir la existencia de un principio *pro infans* en el Estatuto Superior, del cual deviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, **el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad** (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia T-268, 2004).

En la sentencia T-289 de 2007 la Corte Constitucional ampara el derecho fundamental a la salud de dos menores de edad a los cuales la EPS Coomeva les había negado el suministro del suplemento alimenticio Pediasure por no estar incluido en el POS (plan obligatorio de salud), en las consideraciones de la Corte, esta se refiere al principio pro infans y a su aplicación reiterando lo expresado en la sentencia T-268 de 2004 en el sentido de que, cuando entran en colisión garantías fundamentales, debe adoptarse la solución que sea más favorable a los intereses del niño.

En la sentencia C-170 de 2004, la Corte Constitucional se inhibe de fallar sobre la constitucionalidad del artículo 238 del decreto 2737 de 1989 (Código del Menor). Hace referencia a los derechos de los niños y específicamente a la protección consagrada en el artículo 44 superior.

En relación con esta disposición, la Corte mediante sentencias C-041 y T-283 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), manifestó que la Constitución, más allá de pretender reconocer la naturaleza fundamental de los derechos de los niños, la cual se deriva de su propia existencia como sujetos a quienes la familia, la sociedad y el Estado les debe atención y cuidado; pretendió establecer una nueva categoría de sujeto constitucional de protección especial, frente al cual, en aplicación de la regla pro infans, siempre debe ampararse de cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral, y frente a quien deben establecerse medidas especiales de amparo y defensa, como manifestación del carácter corrector del Estado Social de Derecho, hacía sujetos privilegiados que demandan cuidados específicos y especiales. (Sentencia C-170, 2004).

Aunque los casos que se resuelven en la jurisprudencia anteriormente citada son de naturaleza muy distinta a nuestro tema, se establecen unos parámetros básicos del principio pro infans y su alcance, de los cuales podemos concluir que es una regla aplicable a toda controversia donde entren el debate los derechos de un menor, pues estos prevalecen en cualquier circunstancia. De tal forma, que el principio pro infans hará presencia en todo tipo de procesos, incluyendo el proceso penal. Ahora bien, su aplicación en este ámbito genera las más diversas posturas, ya que la tradición ha sido velar por la intocabilidad de las garantías procesales que favorecen al acusado, entre ellas la presunción de inocencia y el in dubio pro reo. No obstante, consideramos que es una discusión que necesita llevarse a cabo, debido a que la prevalencia de los derechos de los niños no tiene excepciones, por el contrario, debe manifestarse como criterio orientador de toda decisión judicial. Reputamos imprescindible, un replanteamiento del carácter absoluto del in dubio pro reo como regla de juicio en estos casos, en razón de que esta determinación desconoce las diferencias propias del proceso, en el cual es víctima un menor de edad, porque en virtud de su categorización como sujeto prevalente amerita que la garantía del in dubio pro reo sea contrastada con el principio pro infans, de forma tal que la decisión que asuma el juez sea una consecuencia lógica de la ponderación de estos principios en el caso concreto.



El desarrollo del principio *pro infans* aparece mayoritariamente en sentencias de temas diversos a la investigación, sin embargo, existen precedentes de la Corte Constitucional que desarrollan su aplicación en el ámbito penal y su relación con el *in dubio pro reo*, a continuación veremos tres de los más importantes:

*2.2.1. Sentencia T-554 de 2003.*

En esta sentencia, el amparo es solicitado para una menor de edad víctima de abuso sexual. La Corte en sus consideraciones esboza la necesidad de sopesar las garantías a favor del acusado con el principio constitucional del interés superior del niño afirmando que:

Cuando el proceso penal se dirige a investigar sucesos relacionados con lesiones a la libertad e integridad sexual de los menores, y al castigo de los responsables de este tipo de conductas, **el principio de presunción de inocencia cede parte de su poder normativo para acompañarse con las obligaciones de las autoridades de brindar una protección especial al menor** (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia T-554, 2003).

Por tanto, no puede el juez hacer una aplicación arbitraria del *in dubio pro reo* en estos casos, pues la prevalencia constitucional del niño le exige una labor más exhaustiva en la búsqueda de la verdad,

**en tal sentido, las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, ab initio en beneficio de éstos y en desmedro de los derechos del menor sino que es menester, en estos casos, profundizar aún más en la investigación a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto** (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia T-554, 2003).

Lo que significa que el juez no puede aplicar como primera medida el *in dubio pro reo*, por el contrario, este solo puede aplicarse:

Luego de haber adelantado una investigación realmente exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio. (Sentencia T-554, 2003).

Así mismo, la Corte en la sentencia T-1015 de 2010 sintetiza este fallo expresando que se establece un marco de protección al menor, que entre otros criterios, incluye: **“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**” (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia T-554, 2003).

### 2.2.2. Sentencia C-177 de 2014.

El 26 de marzo la Sala Plena de la Corte Constitucional se manifiesta sobre la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el articulado de la ley 1652 de 2013, la cual se encarga de regular algunos aspectos de la entrevista, interrogatorio y contrainterrogatorio de los menores de edad víctimas de delitos sexuales. El accionante asevera que el procedimiento propuesto se contraponen a la eficacia de los principios penales de inmediación y contradicción, igualmente, los derechos a la igualdad y el acceso a la administración de justicia. El Magistrado Ponente encuentra ceñido a la Carta Magna los preceptos consagrados en dicha ley, después de desarrollar un balance o ponderación del límite permitido a los principios que conforman la columna vertebral del sistema penal acusatorio: inmediación, contradicción y defensa. La Corte Constitucional reputa indispensable la restricción de estos aforismos legales frente a la obligatoriedad del Estado, mediante las ramas del poder público, de proveer una salvaguardia a las cualidades físicas, mentales y espirituales del infante involucrado en una conducta punible de tan nefastas consecuencias<sup>20</sup>.

En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces. (Sentencia C-177, 2014).

Esta corporación concluye que, ante cualquier conflicto o choque de intereses de orden superior, siempre debemos acudir a la máxima proscrita en el inciso final del artículo 44, base del influyente principio pro infans, de nuestra norma fundamental: Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Acudiendo a jurisprudencia extranjera para consolidar su posición, la Corte Constitucional cita la sentencia 57 del 11 de marzo de 2013 expedida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español, cuya tesis respalda la modulación de ciertas garantías procesales, tales como el derecho de defensa y contradicción, en los casos donde encontremos como víctima de un delito sexual a un menor de edad. Las formalidades de procedimiento resultan fútiles ante la función tuitiva que exige la justicia cuando se halle a un sujeto de prevalente protección

---

<sup>20</sup> “La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas (**a los sujetos procesales**), entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, **máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas como el principio pro infans**”. (Negrilla y paréntesis no pertenecen al texto original). (Sentencia C-177, 2014).

constitucional envuelto en las aberrantes conductas de este tipo de crímenes. En dicha providencia, se resuelve un recurso de amparo promovido por Eduardo Nájera, acusado de seis delitos sobre abuso sexual, quien sostiene que fueron conculcados sus derechos a la tutela judicial efectiva en el momento en que se le impidió interrogar las menores víctimas, puesto que ninguna asistió a la etapa de instrucción ni la de juzgamiento. El Tribunal Constitucional Español se pronunció sobre los argumentos del recurrente afirmando 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.** Hemos señalado ya que en tales casos excepcionales 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 (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia N° 57, 2013).

### 2.2.3. Sentencia T-078 de 2010

La Corte Constitucional conoce en revisión de la solicitud de amparo a una niña de 3 años de edad, presunta víctima de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con incesto, a la cual la Fiscalía en primera y segunda instancia le había precluido la investigación penal desestimando varias pruebas que obraban en el expediente.

El fundamento de la preclusión se basó en el principio *in dubio pro reo*, pues a juicio de la Fiscalía accionada el material probatorio resultaba insuficiente para acreditar la ocurrencia del hecho investigado. La Sala Novena de Revisión encontró, sin embargo, que en el expediente reposaban varios dictámenes psicológicos coincidentes, así como la declaración de la menor en la que daba cuenta del abuso de manera inequívoca, e incluso un dictamen médico que refería la existencia de indicios físicos del abuso. (Sentencia T-078, 2010).

Con base a esto, la Corte Constitucional tutela los derechos de la menor al debido proceso, igualdad, acceso a la justicia y el interés superior del niño, haciendo énfasis en que en este caso la duda debió resolverse según el principio *pro infans* argumentando lo siguiente:

Tales apreciaciones que constituyen no sólo un defecto fáctico por fallar de manera contraevidente a la realidad del caso que se le presentaba, violan también directamente la Constitución por cuanto infringen los dictados del artículo 44 superior, ignoran el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una

niña víctima de un atentado sexual. Perdió de vista el fallador que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- la menor requería de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica (...) **El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño** (Negrilla no pertenece al texto original). (Sentencia T-078, 2010).

Está claro cómo, efectivamente la jurisprudencia constitucional, establece la obligación para el juez de tomar en cuenta en su decisión el principio pro infans, sin embargo, este no desplaza de forma absoluta el in dubio pro reo, entonces ¿Cuál debe ser la regla de juicio para el juzgador? De los precedentes anteriormente citados se colige, que el juez debe realizar una ponderación entre el principio in dubio pro reo y el principio pro infans,

**el juez o el fiscal que asuma el conocimiento o indagación de conductas típicas establecidas para la protección de la integridad sexual de niños y niñas debe mantener en su balanza, de una parte, el interés superior del menor, el derecho al acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva y los derechos de víctimas especialmente vulnerables; y, de otro lado, las garantías del debido proceso del investigado (imputado, sindicado, etc.) y la autonomía e independencia judicial** (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia T-1015, 2010).

De manera que podemos concluir, respecto de este punto, que tanto el principio in dubio pro reo como el pro infans son criterios orientadores en la solución de la duda del juez sin que podamos hablar de que exista una regla de juicio general en materia de delitos sexuales contra menores de edad, pues la regla de juicio es determinada por el operador judicial a partir de la ponderación que realiza de estos dos principios en cada caso concreto. Claro está,

**el resultado de esa constante ponderación entre principios cardinales del estado social de derecho debe realizarse dentro del sendero marcado por la jurisprudencia de las altas cortes, y ser plasmado en la motivación judicial, explicando las razones que permiten configurar la premisa fáctica, en el marco de la sana crítica y las normas sustantivas pertinentes** (Negrilla no hace parte del texto original). (Sentencia T-1015, 2010).

### 3. CONCLUSIONES

Dando solución al interrogante base de la presente investigación se concluye que las implicaciones del interés superior del niño sobre la carga de la prueba en los delitos sexuales contra menores de edad son las siguientes:

#### 3.1. Aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

A la Fiscalía y a la defensa les corresponde probar los hechos que favorezcan su teoría del caso. El testimonio del menor se convierte en la prueba fundamental de estos procesos al constituirse en prueba de cargo suficiente para sustentar una sentencia condenatoria, lo que se traduce en la imposición de una carga a la defensa: la de presentar pruebas de descargo para controvertirlo o desvirtuarlo. Consideramos que, respecto de la carga de la prueba en su función formal, la presunción de inocencia claudica ante la prevalencia constitucional del menor impidiendo que la defensa pueda asumir un rol pasivo en la etapa probatoria.

#### 3.2. Ponderación entre el principio in dubio pro reo y el principio pro infans como reglas de juicio.

El principio in dubio pro reo deja de ser la regla de juicio absoluta en el proceso penal, pues en la investigación y el juzgamiento de los delitos sexuales contra menores de edad, en virtud de la prevalencia constitucional del niño, el principio pro infans como herramienta hermenéutica juega un papel indispensable, de manera que cuando del acervo probatorio le surgen dudas al juez de la decisión que ha de tomar, este debe ponderar estos dos principios constitucionales para vislumbrar su decisión. No obstante, el in dubio pro reo, fundamento imprescindible de cualquier sistema procesal penal, persiste como la última ratio en estos procesos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZULA CAMACHO, Jaime (2008) *Manual de derecho Procesal*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.
- BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (2006). *Reglas de la Sana Crítica*. Rosario, Argentina: Universidad Nacional del Rosario.
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando (2008). *La prueba en el Proceso Penal Colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Fiscalía General de la Nación.
- BETANCOURT RESTREPO, Sebastián. (2010). La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las Reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal. *Ratio Iuris* (1) 25-44.
- BOEK PULECIO, Daniel (2012). *Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en la Materia Procesal Jurisprudencial*. Bogotá D.C., Colombia: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.
- ROZANSKI, Carlos Alberto (2003). *Abuso sexual infantil. ¿Denunciar o silenciar?* Buenos Aires, Argentina: Ediciones B.
- CHIESA APONTE, Ernesto L. (1995). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Bogotá D.C., Colombia: Fórum. Volumen III.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala administrativa (2008). *Niños, niñas y adolescentes víctimas del abuso sexual*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Cruz Bolívar, L. (2005). La carga de la prueba y exclusión de responsabilidad en el nuevo sistema procesal. *Derecho penal y criminología* (1) 145-170.
- DEVIS HECHANDÍA, Hernando (2000). *Compendio de la Prueba Judicial*. Bogotá D.C., Colombia: Rubinzal- Culzini, Tomo I.
- ESCOLA, Héctor Jorge (1990). *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, Volumen I.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2004). *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Alicante, España: Universidad de Alicante.

- HUMBERTO GONZÁLEZ, D. (2005). Otra visión sobre las cargas probatorias dinámicas. *Doctrina y jurisprudencia procesal civil comercial* (1) 45-72.
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES (2009). *Aspectos Específicos de la Entrevista Médico-Forense a Menores de Edad*. Bogotá D.C., Colombia: Escuela de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Edición 3.
- LAMBERTI, Silvio (1998). *Violencia Intrafamiliar y Abuso Sexual*. Buenos Aires, Argentina: Universidad del Museo Social de Argentina.
- Ley 1652 (12 de julio de 2013). Congreso de la República. *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*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial N° 48849 del 12 de julio de 2013. Obtenido de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1652\\_2013.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1652_2013.html).
- Ley 1098 (8 de noviembre de 2006). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial N° 46446 del 8 de noviembre de 2006. Obtenido de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html).
- Ley 906 (1 de septiembre de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial N° 45658 del 1 de septiembre de 2004. Obtenido de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html).
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís (2009). Apuntes sobre la posible incidencia del artículo 217.7 de la Ley Enjuiciamiento Civil en la presunción de inocencia. *Revista jurídica de Catalunya España* (4) 1133-1138.
- Opinión Consultiva OC-17/02 (2002). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica (Opinión Consultiva).
- PARRA QUIJANO, Jairo (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C., Colombia: ABC, décima quinta edición.
- PARRA QUIJANO, Jairo. (2007). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá D.C.: Librería ediciones del profesional LTDA.
- PASTOR ALCOY, Francisco (2003). *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Sentencia C-041-94 (3 de febrero de 1994) Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Demanda N° D-365. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-041-94.htm>.

Sentencia C-273-03 (1 de abril de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente D-4274. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-273-03.htm>.

Sentencia T-510-03 (19 de junio de 2003). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *MP Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente T-722933. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>.

Sentencia T-554-13 (24 de agosto de 2013). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *MP Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Expedientes T-3.861.282 y T-3.866.553. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-554-13.htm>.

Sentencia C-591-05 (9 de junio de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente D-5415. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>.

Sentencia C-1194-05 (22 de noviembre de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente D-5727. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1194-05.htm>.

Sentencia C-118-06 (22 de febrero de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente D-5930. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-118-06.htm>.

Sentencia C-059-10 (3 de febrero de 2010). Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente D-7844. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-059-10.htm>

Sentencia T-1015-10 (7 de diciembre de 2010). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *MP Luis Ernesto Silva*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente T-2.520.834. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1015-10.htm>.

Sentencia C-876-11 (22 de noviembre de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Expediente D-8520. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-876-11.htm>.



Sentencia T-117-13 (7 de marzo de 2013). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *MP Alexei Julio Estrada*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente T-3484833. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm>.

Sentencia C-177-14 (26 de marzo de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. *MP Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expedientes D-9830 y D-9841. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-177-14.htm>.

Sentencia de Casación N° 18455 (7 de septiembre del 2005). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Jorge Luis Quintero Milanés*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado acta N° 065.

Sentencia de Casación N° 24468 (30 de marzo de 2006). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Edgar Lombana Trujillo*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Radicación 24468.

Sentencia de Casación N° 23706 (26 de enero de 2006). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Marina Pulido de Barón*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta 5.

Sentencia de Casación N° 27536 (6 de septiembre del 2007). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Daniel Hurtado Navia*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta No. 162.

Sentencia de Casación T-27478-07 (27 de junio de 2007). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Sigifredo Espinosa Pérez*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Acta No. 109.

Sentencia de Casación N° 31950 (19 de agosto de 2009). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Sigifredo Espinosa Pérez*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta No. 260.

Sentencia de Casación N° 32604 (11 de noviembre del 2009). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Sigifredo Espinosa Pérez*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Acta No. 353.

Sentencia de Casación N° 31103 (27 de marzo de 2009). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Sigifredo Espinosa Pérez*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta No. 94.

Sentencia de Casación T-32829-10 (17 de marzo de 2010). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Sigifredo Espinosa Pérez*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta 82.

Sentencia de Casación N° 33567 (19 de mayo de 2010). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Sigifredo Espinosa Pérez*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta No. 162.

Sentencia de Casación N° 28257 (29 de mayo de 2008). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Augusto J. Ibáñez Guzmán*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta N° 45.

Sentencia de Casación N° 32868 (10 de marzo de 2010). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Sigifredo Espinosa Pérez*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta N° 73.

Sentencia de Casación N° 30073 (19 de enero de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Fernando Alberto Castro Caballero*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta No. 008.

Sentencia de Casación N° 40876 (10 de julio de 2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP Gustavo Enrique Malo Fernández*. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Aprobado Acta 213.

Sentencia de Casación 353-F (9 de setiembre de 1994). Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. *MP Daniel González Álvarez*. San José D.C., Costa Rica.

Sentencia de Casación N° 1526 (22 de mayo de 2012). Tribunal Supremo Español. Sala Penal, Sección 1: *MP Juan Saavedra Ruiz*. Madrid, España.

Sentencia de Casación N° 57 (11 de marzo de 2013). Tribunal Constitucional Español. Sala Segunda: *MP Ramón Rodríguez Arribas*. Madrid, España.

SENTÍS MELENDO, Santiago (1971). *In dubio pro reo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Jurídicas.

TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*.