

CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS EN
ACTOS SEXUALES ABUSIVOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA
PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

MONICA ESPERANZA ABRIL BUITRAGO
FREDY GIOVANY CALIXTO RAIRAN
HENRY HERNANDEZ GRANADOS

UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTA
2017

CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS EN
ACTOS SEXUALES ABUSIVOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA
PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

MONICA ESPERANZA ABRIL BUITRAGO
FREDY GIOVANY CALIXTO RAIAN
HENRY HERNANDEZ GRANADOS

Trabajo de grado realizado para obtener el título de Magister en Derecho Penal

Asesor:

Doctor ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTA
2017

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

La libertad nunca es dada voluntariamente por el opresor:

Debe ser

Demandada por el oprimido

MARTIN LUTHER KING

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
1. ASPECTOS PRELIMINARES	3
1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
1.1.1. Problema de la investigación	3
1.1.2. Pregunta a resolver	4
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	4
1.3. OBJETIVOS.....	5
1.3.1. Objetivo general	5
1.3.2. Objetivos específicos	7
CAPITULO II	8
2. MARCO TEORICO	8
2.1.1. La verdad narrativa en el mundo	10
2.1.2. Análisis crítico de la narrativa del menor.....	11
2.1.3. El Psicoanálisis y la verdad narrativa.....	13
2.1.4. El desarrollo cognitivo.....	13
CAPITULO III	16
3. MÉTODO	16
CAPITULO IV.....	18
4. RESULTADOS	18
4.1. LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS SOBRE CUALQUIER DERECHO EN LA NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL QUE LOS PROTEGEN.	18
4.1.1. Los derechos de los niños en la jurisprudencia internacional	18
4.1.2. Los derechos de los niños en el ámbito jurídico nacional	21
4.1.3. Legislación internacional.....	26
4.2. ESTUDIOS Y ESTIMACIONES REALIZADOS POR EXPERTOS	

(CIENTÍFICOS, PSICÓLOGOS, PSIQUIATRAS) RESPECTO A DETERMINAR CÓMO SE DEBE VALORAR EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS EN DELITOS DE ACTOS SEXUALES ABUSIVOS, LA ENTREVISTA COGNITIVA SUS ALCANCES Y EXPLORACIÓN PSICOLÓGICA.	32
4.2.1. La entrevista cognitiva como método de obtención de información.....	37
4.2.2. Criterios para valorar el testimonio de la víctima menor de 14 años	41
4.3. APRECIACIONES PREVIAS A PARTIR DE OPUESTAS DECISIONES ENCAMINADAS A DETERMINAR SI ¿A LA VÍCTIMA DE ABUSOS SEXUALES MENOR DE 14 AÑOS SE LE DEBE DAR CREDIBILIDAD O NO CON RESPECTO A SU TESTIMONIO?.....	45
4.3.1. Apreciación del testimonio de los menores en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	47
4.4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL.....	47
4.4.1. La recepción y valoración del testimonio del menor como obligación que impone el principio de interés superior: CSJ.....	48
4.4.2. Criterio dominante respecto de la estimación del testimonio rendido por el menor víctima.....	54
CONCLUSIONES	61
RECOMENDACIONES FINALES	64
BIBLIOGRAFÍA.....	65

INTRODUCCIÓN

«La apreciación de la prueba, no comporta solo un análisis subjetivo del operador jurídico, comporta un cambio social y de interpretación normativo que permea el proceso».

Fernando Redondo García

Las decisiones judiciales se toman a partir de la interpretación y apreciación que le da el operador jurídico a las pruebas que obran en el proceso, actualmente enmarcadas en el marco procesal penal regido bajo la Ley 906 de 2004 que consagró la libertad probatoria, brindado el mismo valor a las pruebas y analizándolas en contexto con todo el cumulo probatorio obrante en el proceso, contrario al marco procesal de la Ley 600 del 2000¹ (el cual contemplaba la tarifa legal de la prueba).

No obstante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su función de órgano de cierre de la jurisdicción penal, ha tomado importantes decisiones frente a la apreciación de los testimonios de los menores, víctimas de delitos sexuales, en unos casos, brindándole un valor apreciativo importante por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, y en otros casos, valorándose estos testimonios como un medio de prueba al que no siempre debe dársele credibilidad.

Ubicados en ese contexto ideológico, esta investigación analizara cuáles han sido los parámetros que ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la apreciación de los testimonios de los menores de 14 años víctimas de delitos sexuales.

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 (24 de julio, 2000). Diario oficial. Bogotá D.C. 2000. No. 44097

Para resolver el anterior problema, se analizará, mediante un método de investigación cualitativo de enfoque hermenéutico de línea jurisprudencial, lo concerniente a los testimonios de los menores y los criterios que ha tenido la Sala de Casación Penal en la apreciación de estas pruebas y su trascendencia a la decisión final, bien sea de absolver o condenar; de esta forma, se indica la manera en que la Sala interpreta la prevalencia de los derechos de los niños y niñas con respecto a la normatividad nacional e internacional.

Del anterior desarrollo, se determinarán los estudios y estimaciones realizados por expertos (científicos, psicólogos, psiquiatras) respecto a determinar cómo se debe valorar el testimonio de la persona menor de 14 años en delitos de actos sexuales abusivos, la entrevista cognitiva, sus alcances y exploración psicológica.

Todo este análisis jurisprudencial nos permitirá analizar las sentencias en sede de casación penal, sobre la credibilidad del testimonio del menor de 14 años en delitos sexuales, a partir de opuestas decisiones encaminadas a defender o condicionar la credibilidad de los menores de 14 años y los parámetros a seguir en estos testimonios.

De esta forma se concluirá de forma propositiva, aportando a través de esta investigación, criterios académicos sobre los cambios jurisprudenciales de las altas cortes, enfocados en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y los cambios de paradigma en torno a la interpretación de estas pruebas testimoniales en los procesos penales por delitos sexuales donde intervienen como víctimas menores de edad.

CAPITULO I

1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1. Problema de la investigación

En Colombia la Constitución Política de 1991 estableció, a partir del título VIII las altas cortes que conforman la rama judicial, que la Corte Suprema de Justicia será el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria², teniendo entre sus principales funciones, no solo actuar como tribunal de casación, sino también unificar la jurisprudencia nacional, tomando decisiones definitivas sobre los litigios puestos a su consideración. Esta alta máxima corporación ordinaria, se encuentra conformada por 23 magistrados para períodos individuales de ocho (8) años, elegidos por la misma corporación de listas superiores a cinco candidatos, enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura. La conforman cinco salas dentro de las cuales está la Sala de Casación Penal conformada por nueve magistrados, quienes tienen como funciones principales conocer de (i) la casación (ii) de la acción de revisión cuando la sentencia o la preclusión ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia³ entre otras funciones, como las que consagra el artículo 180 y siguientes de la ley 906 de 2004 como son conocer de las demandas de casación.

Dentro de su actuar como tribunal de casación durante los últimos 10 años se ha evidenciado una dicotomía de la Sala de Casación Penal sobre algunas sentencias que se refieren a temas relacionados con la apreciación del testimonio

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política (07, Julio de 1991). Gaceta constitucional. Bogotá. D.C., 2004. No. 116. Artículo 234.

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31, agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 2004. No. 45658. Capítulo II, De la competencia, Artículo 32.

del menor víctima de delitos sexuales, casos que teniendo similar situación fáctica y jurídica difieren en las decisiones tomadas en sede de casación; esta situación genera, como pronóstico principal del problema, inseguridad jurídica debido a los cambios de criterio de la Sala con respecto a la apreciación de los testimonios de los menores frente a los delitos sexuales.

Finalmente, frente al presente problema se tiene como pronóstico, la ausencia de una línea jurisprudencial que permita analizar los fallos más relevantes en materia de prueba testimonial de menores en los casos de delitos sexuales; por último, como control a dicho pronóstico, se pretende desarrollar un análisis jurisprudencial que permita entrever las dicotomías de la Sala de Casación Penal en las decisiones tomadas frente a casos que contemplan semejanzas factico-jurídicas puestas a su consideración.

1.1.2. Pregunta a resolver

¿Cuáles han sido los parámetros que ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la apreciación de los testimonios de los menores de 14 años víctimas de delitos sexuales?

1.2. JUSTIFICACIÓN

Los derechos de los niños y niñas son prevalentes sobre cualquier derecho, así lo han establecido los instrumentos internacionales y nuestra normatividad en el artículo 44 de la Constitución Nacional; por dicha razón, es deber de todos los funcionarios garantizar que no se vulneren dichos postulados.

En la práctica jurídica procesal, en tratándose de delitos sexuales, especialmente los contemplados en el artículo 209 del código penal “Actos sexuales con menor de 14 años”, donde en la mayoría de los casos los únicos testigos son el victimario

y la víctima, se carece de prueba técnica y en la práctica, probatoria, pues solo se cuenta con el dicho de la presunta víctima que, en últimas, se constituye en la única prueba para condenar. Y es así como en la práctica judicial, muchos jueces condenan solo con esta prueba al darle absoluta credibilidad al testimonio de la víctima menor de 14 años o, por el contrario, absuelven al victimario cuando se cumplen las instancias jurídico-procesales, al no darle credibilidad a dicho testimonio.

En sede de Casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, durante los últimos 10 años los magistrados han tenido posiciones opuestas frente a la credibilidad de dicho testimonio, partiendo de dos supuestos generales: a) los niños(as) dicen siempre la verdad; b) por otra parte manifestando todo lo contrario, en razón a que los niños (as) pueden ser objeto de manipulación por su condición de inimputables o por el llamado síndrome de alienación parental, tendencia última acogida por la Corte Suprema de Justicia.

El problema jurídico a desarrollar, cuando en sede de casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha condenado a una persona por darle credibilidad a esa única prueba del testimonio de la persona menor de 14 años, o se ha absuelto por no darle credibilidad, se traduce en ¿Qué pasa con el precedente judicial?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

Establecer el cambio jurisprudencial que ha existido por parte de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en cuanto a la credibilidad del testimonio de víctima menor de 14 años en actos sexuales abusivos y si estos cambios vulneran el precedente judicial.

1.3.2. Objetivos específicos

Indicar qué tipo de prevalencia tienen los derechos de los niños y niñas frente a cualquier otro derecho en la normatividad nacional e internacional.

Determinar los estudios y estimaciones realizados por expertos (científicos, psicólogos, psiquiatras) respecto a cómo se debe valorar el testimonio de la víctima menor de 14 años en delitos de actos sexuales abusivos, la entrevista cognitiva sus alcances y exploración psicológica.

Analizar las sentencias en sede de casación penal, sobre la credibilidad del testimonio de la víctima menor de 14 años en delitos sexuales, a partir de opuestas decisiones encaminadas a establecer si a este testimonio se le debe o no dar credibilidad.

CAPITULO II

2. MARCO TEORICO

En la importancia y relevancia del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos contra la integridad sexual se encuentran varios referentes de interpretación sobre la apreciación de sus manifestaciones.

Los denominados delitos contra la integridad sexual han sido denominados de complejidad probatoria en el desarrollo del proceso penal, esto se debe, según Valeria Pipino, al hecho de que:

“Es considerado e identificado como un **delito de alcoba**, donde el victimario aprovecha la intimidad o privacidad en que se desarrollan los hechos y la ausencia de testigos o terceros para realizar su obra criminal, su desfogue sexual. Asimismo, la vulnerabilidad de las víctimas –niños y niñas– que presentando signos de angustia, vergüenza, pudor, sentimientos de culpas, deben narrar y dar conocer públicamente ante los estrados de la justicia el o los episodios que los tuvo como protagonistas, con las secuelas de estigmatización y victimización sexual que ello representa, lleva aún más la dificultad probatoria de este tipo de delitos”⁴

De lo anteriormente expuesto se puede inferir que la índole de los delitos de alcoba no es igual a los delitos cometidos en sitio público o al aire libre, dificultando cualquier condición externa que pueda interrumpir o impedir la comisión de este tipo de delitos, ya sean testigos, hechos de fuerza mayor, presencia de autoridades públicas entre otros sucesos.

⁴ PIPINO, Valeria. Psicología jurídica forense. La importancia y relevancia del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos contra la integridad sexual. [En línea] Disponible en < <http://psicologiajuridica.org/archives/4113> > [Consultado el 15/05/2017]

La dificultad probatoria no solo radica en la manera oculta o clandestina en que ocurre el delito, también en la dificultad que tienen las víctimas de delitos sexuales por cuanto estas, temen a ser rechazadas o estigmatizadas por la sociedad, más aún cuando se trata de una persona que está empezando a dimensionar la vida, es decir los menores de edad, generando dificultad al momento de utilizar las declaraciones de las víctimas como medio de prueba en audiencia en un eventual proceso penal.

2.1. EL TESTIMONIO DE LOS MENORES Y SU APRECIACIÓN EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Teniendo en cuenta la anterior apreciación sobre los delitos sexuales que tienen como víctimas a menores de edad, se observa que en la actualidad frente a la dificultad probatoria se ha logrado alcanzar objetivos tales como:

“Una mejor capacitación de magistrados y funcionarios judiciales en materia de investigación de este delito, y mayor experiencia de aprendizaje en la visualización y adecuada valoración de los indicadores de sospecha de abuso sexual por parte de los peritos oficiales médicos psiquiatras y psicólogos”⁵

“El interés por el tema de la credibilidad de las personas se evidencia en el desarrollo de numerosos estudios experimentales realizados por renombrados psicólogos como el francés Albert Binet, pionero en el estudio de la inteligencia humana, y el alemán William Stern. Estos estudios fueron estimulados por el despertar del interés en las diferencias individuales y por los esfuerzos por medir estas diferencias”⁶

⁵ Ibid. p.88

⁶ NAVARRO MEDEL, Carolina. Evaluación de la credibilidad discursiva de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales. Tesis para optar al grado de magíster en psicología mención Psicología clínica infanto juvenil Chile. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales. 2006.

A pesar de las dificultades de carácter probatorio en torno a los delitos sexuales, hay que recalcar el progreso que se ha tenido en este tema, por lo menos, a lo que en derecho comparado respecta, utilizando medidas como: capacitación a magistrados y jueces para conocer conceptos novedosos y técnicos con el fin de lograr una mejor apreciación de los medios de prueba en caso de delitos sexuales, generando claridad para el sentenciador y disminuir la influencia de los problemas de índole probatoria.

También hay interés por parte de científicos en temas psicológicos, a los cuales atañe la credibilidad del testimonio de las víctimas de delitos, enfocado a brindar algunos factores objetivos cuando de evaluar un testimonio o declaración de víctima se trate.

2.1.1. La verdad narrativa en el mundo

Dentro de las nociones del testimonio se acoge la de «narración», consistente en contar algo que ha sucedido realmente, o un hecho o una historia ficticios, de palabra o por escrito.

En la interpretación de uno de los pioneros de la revolución epistemológica en psicoanálisis como lo ha sido Spence, quien realiza un análisis de la verdad narrativa, comienza afirmando que:

“Freud, en *La interpretación de los sueños* y en la exposición de sus casos clínicos, nos hizo ser conscientes de la forma en que una reconstrucción acertadamente elegida puede llenar el vacío existente entre el relato de dos hechos aparentemente no relacionados entre sí y puede extraer sentido del

sinsentido”⁷

“Spence enfatiza que una historia bien construida posee una especie de verdad narrativa que opera de forma real e inmediata en el proceso de cambio; no obstante en cuanto a la influencia de la tradición narrativa en el tratamiento analítico, Spence resalta, en primer lugar, la influencia en la habilidad de los analistas como observadores, haciendo que presten más atención a la continuidad y la coherencia que a sus contrarios”⁸

Se puede analizar dentro del testimonio lo que se conoce como la verdad narrativa, siempre y cuando dicho análisis preste especial atención a los factores que determinan la construcción narrativa y que estos corresponden a la verdad procesal, expuesta ante él, por los medios de prueba, ya que en muchas ocasiones el ser humano cuando da una declaración que no corresponde a la realidad o verdad, tiende a complementar estas declaraciones con otro tipo de anécdotas o situaciones vividas por él, es allí donde el papel del observador es clave para determinar los signos que afecten la coherencia y la situación fáctica relevante dentro de la audiencia.

2.1.2. Análisis crítico de la narrativa del menor

Dentro de este análisis, se resaltan los principales estudios que se han realizado en el ámbito de la psicología sobre el testimonio de los menores.

“La escuela criminal positiva nos dice que, tanto el testigo como el delincuente cuentan con su propia psicología, siendo tan especial que debe ser estudiada individualmente para así obtener una mejor valoración; La escuela positiva nos

⁷ MUÑOZ-GRANDES LÓPEZ DE LAMADRID, María. Verdad narrativa, verdad histórica [Spence, D., 1982]. [En línea] disponible en: <<http://www.aperturas.org/articulos.php?id=0000618>> [Consultado el 15/05/2017]

⁸ Ibid.

dice que no se puede olvidar que el testigo no debe entenderse como una máquina capaz de reproducir exactamente cada cosa que visualizó u oyó, por el contrario, es una persona pensante y juzgadora y que de manera inconsciente podrá deformar su relato de los hechos, esto independientemente de si la intención es decir la verdad, o fantasear una historia, que se traduce en mentir”⁹

La forma de pensar de la víctima y el victimario no es igual, generando así la necesidad de que esta sea estudiada por separado. Existiendo así una diferencia de tratamiento a los aportes probatorios que provengan directamente de las partes, en este sentido cuando se trate de la víctima, se busca que en la medida de lo posible exponga y recuerde todos los detalles para el esclarecimiento de los hechos teniendo como limite el mismo testimonio, pues en su condición de víctima no se buscará persuadir para hallar la verdad, en caso de que se trate de la declaración del delincuente esta puede variar en este aspecto en la actuación por ejemplo de la fiscalía dentro del derecho fundamental al debido proceso.

La condición de víctima podría interferir con el ánimo de expresar en totalidad y con totalidad de detalles puesto que en especial cuando se trata de delitos sexuales las secuelas son tan traumáticas que podrían cambiar, aumentar u omitir detalles en su narración.

Dentro de la interpretación del testimonio se encuentran importes antecedentes, como los que brinda Hans Gross¹⁰, en 1893, el llamado padre de la psicología sobre estudios de comportamientos de las personas cuando brindan un testimonio, quien sostiene que ellos dan indicios de mentir; posteriormente, el

⁹ MERCHÁN CARPINTERO, Nataly Julieth. el testimonio del menor en el derecho de familia: un estudio sobre su instrumentalización por los actores del proceso, Universidad católica de Colombia, Bogotá, 2015.

¹⁰ GROSS, Johann Baptist Gustav. Manual del juez como sistema de criminalística. Madrid: La España Moderna, 1893

Profesor Ferrari y el profesor Camilo Tovo¹¹ quienes en 1907 publicaron un resumen del *Congreso de Antropología Criminal* el cual se reunió en Turín el año de 1906 y donde numerosos expertos trataron sobre este tema, los resultados de los estudios obtenidos por la psicología experimental impulsaron notablemente la investigación cada vez más detallada sobre el testimonio.

2.1.3. El Psicoanálisis y la verdad narrativa

Según Kirshner:

“La existencia de experiencias sexuales traumáticas tempranas cuyo recuerdo se encontraba reprimido, sería el elemento central de su teoría de la seducción en la génesis de las neurosis, desde cuya formulación ha generado en la teoría psicoanalítica fuertes interrogantes acerca de la realidad: qué sabemos de lo que es real o verdadero y cómo es que lo sabemos”¹²

2.1.4. El desarrollo cognitivo

Si bien, ya se desarrollaron los promedios o porcentajes de error en las declaraciones de los menores, es pertinente analizar el desarrollo cognitivo de los menores, donde se citará como máximo exponente de este estudio a Jean Piaget, reconocido por investigar la evolución del conocimiento y los patrones de pensamiento, dependiendo su etapa de crecimiento.

Piaget justifica y analiza que los aspectos cognitivos, evolucionan con rapidez durante los primeros años de la vida, afirma que las capacidades mentales

¹¹ OLMO, Rosa del. América Latina y su criminología. México: Siglo veintiuno, 1981. ISBN: 9789682310379

¹² KIRSHNER, Lewis A. El concepto de Realidad y Realidad Psíquica en el Psicoanálisis como ejemplo de las diferencias entre Freud y Ferenczi. [En línea] Disponible en: <<http://www.alsf-chile.org/Indepsi/Articulos/Ferenczi-Autores/El-Concepto-de-Realidad-y-Realidad-Psiquica-en-el-Psicoanalisis-como-ejemplo-de-las-diferencias-entre-Freud-y-Ferenczi.pdf>>

evolucionan a través de una serie de fases, encontradas en las etapas del desarrollo cognitivo, se encuentra:

“ **a) Etapa sensorio - motora o sensomotriz:** primera fase del desarrollo cognitivo, tiene lugar entre el momento del nacimiento y la aparición del lenguaje articulado en oraciones simples (hacia los dos años de edad), esta etapa define la obtención de conocimiento a partir de la interacción física con el entorno inmediato, articula mediante juegos, muchas veces involuntarios, donde existe interacción con objetos, personas y animales cercanos; Se identifica comportamiento egocéntrico, juegan para satisfacer sus necesidades mediante transacciones entre ellos mismos y el entorno; **b) Etapa preoperacional:** esta segunda etapa, aparece entre los dos y los siete años, las personas empiezan a ganar la capacidad de ponerse en el lugar de los demás, actuar y jugar siguiendo roles ficticios y utilizar objetos de carácter simbólico, sin embargo, el egocentrismo sigue estando muy presente en esta fase, lo cual se traduce en serias dificultades para acceder a pensamientos y reflexiones de tipo relativamente abstracto; además, en esta fase aún no se ha ganado la capacidad para manipular información siguiendo las normas de la lógica para extraer conclusiones formalmente válidas; **c) Etapa de las operaciones concretas:** existe entre los siete y los doce años de edad, es una etapa de desarrollo cognitivo en el que empieza a usarse la lógica para llegar a conclusiones válidas, siempre y cuando las premisas desde las que se parte tengan que ver con situaciones concretas y no abstractas, el pensamiento deja de ser tan marcadamente egocéntrico; **d) Etapa de las operaciones formales:** es la última de las etapas de desarrollo cognitivo, y aparece desde los doce años de edad en adelante, incluyendo la vida adulta, en este período en el que se gana la capacidad para utilizar la lógica para llegar a conclusiones abstractas que no están ligadas a casos concretos que se han experimentado de primera mano, a partir de este momento es posible «pensar sobre pensar», hasta sus últimas consecuencias, y analizar y manipular deliberadamente

esquemas de pensamiento, y también puede utilizarse el *razonamiento hipotético deductivo*¹³

Es importante determinar en qué etapa del desarrollo cognitivo o del conocimiento se encuentra la víctima del delito sexual, dependiendo de estas se puede considerar que se cambia, aumentan o disminuyen detalles relevantes en la investigación penal.

La forma de analizar los medios de prueba dados directamente por la víctima menor debe ser por parte del juzgador no puede ser igual en todas las etapas cognitivas del menor de edad.

¹³ TRIGLIA, Adrian. Las 4 etapas del desarrollo cognitivo de Jean Piaget. [En línea] disponible en: <<https://psicologiymente.net/desarrollo/etapas-desarrollo-cognitivo-jean-piaget>> [Consultado el 13/05/2017]

CAPITULO III

3. MÉTODO

Para el desarrollo de este trabajo de investigación se hará un estudio de tipo cualitativo de análisis básico jurídico (jurídico-descriptivo) donde destacamos fuentes como las interpretaciones hechas en el ámbito jurídico, por parte de órganos de cierre, específicamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al tratamiento que le ha dado a la credibilidad del testimonio del menor de 14 años en delitos de índole sexual.

Para el análisis se escruta la credibilidad del testimonio del menor en el operador judicial desde su aplicación jurídica bajo el esquema adaptado de las propuestas metodológicas de Jalil Alejandro Magaldi Serna¹⁴ y Diego Eduardo López Medina¹⁵, que en líneas generales consiste en: situar polos de análisis, identificar sentencias arquemédicas y llevar a cabo el análisis jurisprudencial.

El esquema general para el análisis de las sentencias se muestra a continuación:

a) Radicado	Número de identificación de la sentencia
b) Fecha	En que se publicó la sentencia.
c) Magistrado ponente	Magistrado a cargo de elaborar la ponencia para la discusión con los otros magistrados.
d) Tema	General del que trata la sentencia.
e) Hechos	Del caso puntual por el que se ha presentado la demanda.
f) Argumentos de la demanda	Resumen puntual de los argumentos relevantes.
g) Normas jurídicas aplicables	Constitucionales, legales, internacionales, reglamentarias.
h) Problema jurídico	El enunciado por la Corte en la sentencia analizada.
i) Decisión de primera instancia	Cómo decidió el operador jurídico.
j) Decisión de segunda instancia	Cómo decidió el operador jurídico.
k) <i>Obiter Dictum</i>	Parte considerativa de la sentencia.
l) Decisión	De la sentencia frente a lo demandado.
m) Ratio Decidendi	Argumentos de la decisión.
n) Citas	Sentencias citadas.
o) Comentario	Final sobre la sentencia frente al tema abordado.
p) Salvamento de voto	Identificación del magistrado y breve <i>ratio Decidendi</i> .

Nota: Además, será apoyado con fuentes tales como la ley, Constitución, bloque de Constitucionalidad,

¹⁴ MAGALDI SERNA y JALIL ALEJANDRO. Propuesta metodológica para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

¹⁵ LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2016.

doctrina, costumbre, derecho comparado, estudios sociales.

CAPITULO IV

4. RESULTADOS

4.1. LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS SOBRE CUALQUIER DERECHO EN LA NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL QUE LOS PROTEGEN.

Para abordar el presente objetivo, se analizar en primer lugar el ámbito internacional reseñando aquellas legislaciones que han acogido sus estatutos la protección de los menores, realizado esto, se procederá a internarse la investigación en el área nacional de los derechos de los menores.

4.1.1. Los derechos de los niños en la jurisprudencia internacional

“En 1948, la recién fundada Naciones Unidas, la mayor organización internacional existente, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, un documento que contenía implícitamente los derechos del niño, aunque sin concederles una relevancia significativa”¹⁶

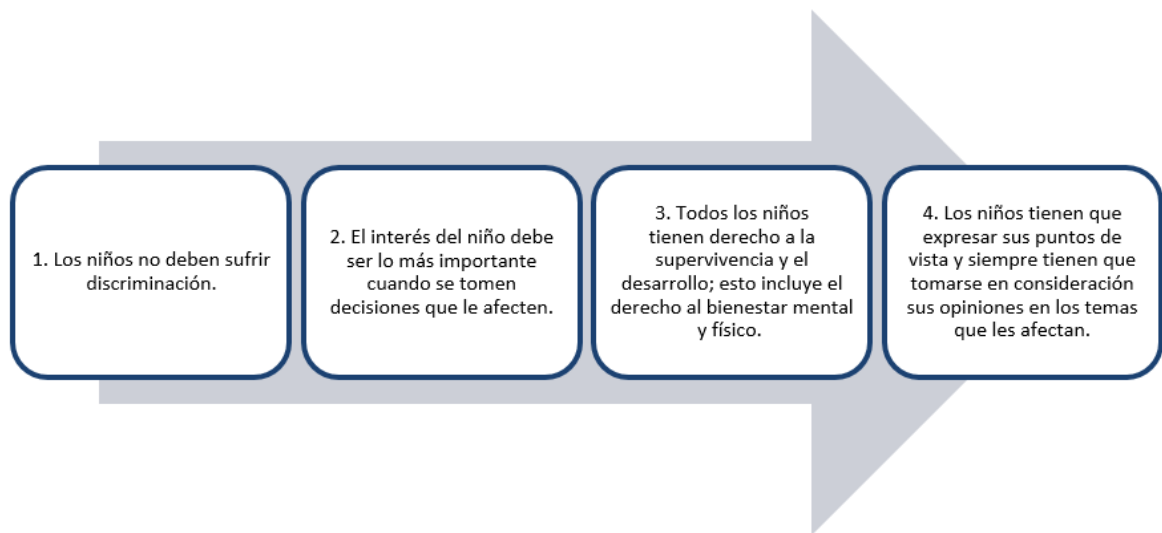
En la protección de los niños, se resalta la convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 20 de noviembre de 1989 para proteger los derechos de los niños de todo el mundo y mejorar sus condiciones de vida.

Este estatuto contempla dentro de la protección de los menores, en su primer artículo, el campo de su acción el cual comprende:

¹⁶ Guía Infantil. El reconocimiento de los Derechos del Niño. [En línea] disponible en: <<https://www.guiainfantil.com/1491/dia-internacional-de-los-derechos-del-nino.html>> [consultado el 03/05/2017]

Artículo 1 – *Definición de niño*. La convención afecta a todos los niños. Si tienes menos de 18 años de edad, eres un niño, y por lo tanto te encuentras protegido por esta convención.

En esa misma ideología protectora de los derechos de los menores, se establecieron en el mundo, cuatro principios fundamentales en la protección de los niños, estos son:



Toda esta gama de principios internacionales que propenden a la protección de los menores, ha sido cogida por la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando casos como el emblemático «niños de la calle» (Villagrán Morales y otros vs Guatemala¹⁷). Este caso corresponde a la detención, tortura y ejecución de cinco personas, tres menores de 18 años de edad, uno de 18 y otro de 20, que por su situación eran conocidos como «niños de la calle». En la sentencia la Corte señaló que:

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. [En línea] disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf> [consultado el 11/05/2017]. Serie C No. 63, párr. 188.

“El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como *niño*. Sin embargo, el Tribunal se remite al Sistema Universal indicando que la Convención sobre los Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹⁸

Cabe destacar que la Corte Interamericana declaró por primera vez en este caso la violación del Artículo 19 de la Convención Americana el cual establece que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”¹⁹, siendo necesario que en cada Estado, los gobiernos se propongan un mayor margen de protección a los menores.

Frente al ámbito internacional, también se resalta interpretaciones en torno a la toma del testimonio de los menores, si bien la cita que se hará a continuación se refiere a menores como sujetos activos.

Se considera pertinente resaltar las reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores donde la Corte manifestó que:

...“2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada

¹⁸ Organización de los Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 [En línea] disponible en< https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>

¹⁹ Ibid.

caso sean idóneas y proporcionales”²⁰...

Todas estas medidas de protección de rango internacional de los menores, son acogidas por la normatividad nacional. En el siguiente capítulo se analizará la protección de los menores en Colombia, país que ha tenido como base las interpretaciones internacionales que propenden a los derechos humanos en forma general y específicamente a las obligaciones de los Estados a proteger los menores y en particular a los derechos de los menores.

4.1.2. Los derechos de los niños en el ámbito jurídico nacional

“La protección de los derechos de los niños ha sido objeto de análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19²¹ (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen *“límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados”* en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana”²²

Los derechos de los menores han sido protagonistas en la temática de los instrumentos internacionales para protección de Derechos Humanos, reflejando

²⁰ ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990 y Reglas de Beijing.

²¹ El artículo 19 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor, requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

²² Organización de los Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Op. Cit.

así la preocupación mundial para que no sean vulnerados los derechos de los menores, generando garantías mínimas aplicadas en los países que hacen parte del tratado, desarrollando garantías reflejadas en el accionar de la jurisdicción internacional.

Si bien Colombia ya había consagrado un marco de protección Constitucional a los derechos de los menores a través del artículo 44 de la Constitución de 1991 que expresa:

“Art 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”²³

Se encuentra que Colombia ha seguido los parámetros internacionales que fijan conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromisos internacionales a los que se ha obligado.

²³COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política (07, Julio de 1991). Op. Cit.

No obstante, a nivel nacional el órgano encargado de la guarda e interpretación de la Constitución política de 1991, en lo referente a los derechos de los menores, es decir, a la norma consagrada en el artículo 44 ha manifestado que:

“El artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación [incluyendo] el principio de preservación del interés superior del menor, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional”²⁴

Colombia respetando el principio de *pacta sunt servanda* y siendo miembro de los tratados concernientes al tema de la violación de los derechos de los menores de edad, adopta las medidas para la prevención y promoción de los derechos de los menores; Colombia por su parte toma como complemento estos instrumentos para la protección de los derechos humanos.

Dicho principio, constituido a partir del artículo 44 en mención y su interpretación por parte de la Corte Constitucional, refleja:

“Una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, donde la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en su artículo 3-1 que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar atención prioritaria a los intereses superiores de los niños; de esta forma, a los menores se les debe otorgar un trato

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-206 (16, enero de 2012). M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C., 2012.

preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad”²⁵

Teniendo en cuenta lo anterior, Colombia acata las corrientes y recomendaciones dadas por las organizaciones internacionales y al cumplimiento de las convenciones que tienen como objeto la protección de los derechos humanos de los menores, reflejado en el actuar de la administración o los agentes del Estado en cada a actuación siendo este garante del cumplimiento de esas obligaciones de carácter internacional protegiendo así el desarrollo del menor.

Primando los intereses de los menores sobre los demás; al respecto la Corte Constitucional manifestó que:

“No implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos”²⁶

De toda esta gama protectora, se resalta:

“La protección legal que ha dado el legislador a los derechos de los menores y que ha tenido por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y

²⁵ Ibid.

²⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-408 (3, abril, 1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., 1995

comprensión”²⁷

En lo que corresponde a los testimonios de los menores, este estatuto legal prevé que:

“Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez”²⁸

El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior, donde:

“Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente, Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente”²⁹

La no obligación de que el menor este presente de cuerpo en la audiencia puede llegar a ser útil, siempre y cuando existan los recursos para garantizar la idoneidad para la administración de justicia, el funcionario del Estado que estuvo presente en el testimonio o entrevista no vaya a cambiar o tergiversar lo relatado por el menor

²⁷ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8, noviembre, 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá D.C., no. 46.446. Artículo 1.

²⁸ Ibid. Artículo 151.

²⁹ Ibid.

y lo analizado por este, en su experiencia y profesionalismo como auxiliar de la justicia.

“De igual forma, el estatuto legal en mención prevé un capítulo especial para referirse a cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos. Donde se expresa que en los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley. Estableciendo igualmente que en los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley”³⁰

El fundamento para que el menor que vaya a dar el testimonio acompañado del comisario de familia o auxiliar de la justicia (psicólogo calificado o defensor de familia) es que la prevalencia de sus derechos requiere un cuidado especial más cuando se es víctima de delito sexual garantizando el Estado su compromiso con los derechos de los menores.

4.1.3. Legislación internacional

Teniendo en cuenta la convención sobre los derechos del niño donde reza en su Artículo 19:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de

³⁰ Ibid.

perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo” se encuentran varios ejemplos en materia de legislación y jurisprudencia internacional.

4.1.3.1. Argentina

Legislación

Código penal de la nación argentina ley 11.179 artículo 119:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción; La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima; La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”³¹

Jurisprudencia Argentina

³¹ ARGENTINA. CONGRESO DE LA NACIÓN. LEY 11.179 (21, diciembre, 1984). Código de la nación argentina. Buenos Aires, 1984

La Corte decide³²:

Que la hipótesis acusatoria quedara suficientemente probada por que se estaba soportando el caso con el dicho del menor; los peritos del caso (Psicólogos, médico legista y psiquiatra del cuerpo médico forense) atribuyeron credibilidad integral al dicho del menor; valorado en testimonio del menor encuentra ajustado a la edad del menor; aparece con claridad la participación del acusado en la conducta punible que se le endilga.

Se muestra el análisis de una jurisprudencia argentina que tiene las mismas connotaciones que las situaciones analizadas por la Sala Penal de Casación en Colombia, esto es: delito sexual con menor de 14 años, donde en primera instancia se condena al victimario por la valoración del testimonio del menor, y en segunda instancia se echa atrás la sentencia con el argumento de la no credibilidad del testimonio del menor, pasando el hecho a ser casado por el máximo tribunal respectivo.

4.1.3.1. Bolivia

Código de procedimiento penal Bolivia Ley 1970 de 25/03/1999

Menciona³³ los tramites especiales y como deben llevarse a cabo los testimonios de los menores en un proceso

Artículo 203º.- (Testimonios especiales).

³² ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Radicado CCC1820/2009/T01/2/RH2 (19, septiembre, 2017). M.P. Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires, 2017.

³³ BOLIVIA. CONGRESO NACIONAL. Ley 1970 (25, marzo, 1999) Código de procedimiento penal Bolivia. La paz, 1999.

Las personas que no puedan concurrir al tribunal por estar físicamente impedidas, serán interrogadas en su domicilio o en el lugar de su hospitalización.

Cuando deba recibirse testimonio de personas agredidas sexualmente o de menores de dieciséis años, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el juez o tribunal, dispondrá su recepción en privado con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas para garantizar el respeto a las condiciones inherentes al declarante.

Artículo 353 (Testimonio de menores). El testigo menor de dieciséis años será interrogado por el juez o presidente del tribunal en base a las preguntas presentadas por las partes en forma escrita. En el interrogatorio el juez o el presidente del tribunal será asistido por un pariente del menor o un experto en psicología siguiendo las normas previstas por el Artículo 203º de este Código.

En relación a credibilidad del testimonio de las menores víctimas de delitos sexuales la jurisprudencia de este país tiene en cuenta para dictar sentencia sobre estos casos el testimonio de la víctima, las pruebas parciales (certificado médico forense) y el juez fallar en concordancia con el principio de congruencia

Jurisprudencia Bolivia

El testimonio de la menor víctima en privado y con auxilio de sus familiares, en contra de los derechos de los niños, que están protegidos por convenios y tratados internacionales, que establecen la necesidad de evitar contacto directo entre las víctimas menores de edad con los infractores.

...“Cuando deba recibirse testimonio de personas agredidas sexualmente o de menores de dieciséis años, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso el juez o tribunal, dispondrá su recepción en privado con el auxilio de familiares o

peritos especializados en el tratamiento de esas personas para garantizar el respeto a las condiciones inherentes al declarante” según la sentencia³⁴:

4.1.3.2. Ecuador

En el ordenamiento de Ecuador se destaca el Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014³⁵

En su Artículo 510. Hace mención de la siguiente manera:

“Reglas para el testimonio de la víctima. - La recepción del testimonio de la víctima deberá seguir las siguientes reglas: 1) La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a conainterrogar; 2) La o el juzgador deberá cerciorarse de la identidad de la persona que rinde el testimonio a través de este medio; 3) La o el juzgador dispondrá, a pedido de la o el fiscal, de la o el defensor público o privado o de la víctima, medidas especiales orientadas a facilitar el testimonio de la víctima y en particular de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores o víctimas de delitos contra la integridad sexual o reproductiva, trata de personas, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”³⁶

4. La o el juzgador, adoptará las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación a la víctima, especialmente en casos de delitos

³⁴ BOLIVIA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. AUTO SUPREMO N° 099/2013-RRC (15, abril, 2013) M.R. Maritza Suntura Juaniquina. Cochabamba, 2013.

³⁵ ECUADOR. CONGRESO NACIONAL. Código Orgánico Integral Penal (22, enero, 1971). Registro Oficial Suplemento 147, Quito, 1971.

³⁶ Ibid.

contra la integridad sexual o reproductiva, trata de personas, violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

5. Siempre que la víctima lo solicite o cuando la o el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepte, el testimonio será receptado con el acompañamiento de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros. Esta norma se aplicará especialmente en los casos en que la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o persona con discapacidad.

Jurisprudencia Ecuador

En la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en el juicio número 2014-0219 Resolución No 0264-2014 Juez ponente Dra. Espinoza Valdivieso María del Carmen

“El tribunal ha manifestado en anteriores ocasiones que, tratándose de delitos sexuales cometidos en menores de edad, el testimonio que prestaren los ofendidos cobra un importantísimo valor para la comprobación de la infracción y del autor, claro está que el testimonio de la víctima deberá ser valorado de acuerdo a su consistencia durante el transcurso del proceso, en conjunto con las demás pruebas debidamente actuadas en el contradictorio oral”³⁷

Juicio No 2012-0019, resolución no.0029-2012-SP juez ponente: Dr. Merino Sánchez Wilson

... “Quinto: análisis y resolución de la sala. i) Los delitos sexuales, son delitos que, de ordinario, se ejecutan en la intimidad sin dejar testigos, máxime cuando han

³⁷ ECUADOR. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. Sentencia No 0264-2014 (14, noviembre, 2014). J.P. Espinoza Valdivieso María del Carmen. Quito, 1971

sido cometidos, como en la especie, por personas cercanas a la víctima, padrastra en este caso, lo cual hace necesario que el Juzgador de crédito a la testimonial de la ofendida, quien ha sido, en la etapa de juicio, categórica en afirmar que el sentenciado la ha accedido carnalmente, desde que tenía trece años, y de forma repetitiva”³⁸

Esta corporación reitera que es necesario el testimonio de las victimas pues son delitos clandestinos, sin dejar de lado las pruebas periciales que con la valoración del juez en las etapas probatorias se tomara la decisión.

4.2. ESTUDIOS Y ESTIMACIONES REALIZADOS POR EXPERTOS (CIENTÍFICOS, PSICÓLOGOS, PSIQUIATRAS) RESPECTO A DETERMINAR CÓMO SE DEBE VALORAR EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA MENOR DE 14 AÑOS EN DELITOS DE ACTOS SEXUALES ABUSIVOS, LA ENTREVISTA COGNITIVA SUS ALCANCES Y EXPLORACIÓN PSICOLÓGICA.

Para el desarrollo de este capítulo, se tendrá en cuenta una primera diferenciación que hace la ley procesal penal, regida bajo el marco de la Ley 906 de 2004; dicha diferenciación es entre los menores de 12 años y los mayores de 12 años, pero menores de 14 al momento de rendir testimonio en un proceso penal, frente a esto estipula la norma que:

“Art 383. Obligación de rendir testimonio. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales”³⁹

Indicando además que el menor de doce años está exento de que presentar

³⁸
³⁹Ley 906, 2004, Op. cit. Art. 383

declaración jurada y que el testimonio puede darse fuera de la sala de audiencias, pero siempre con presencia de las partes involucradas.

Analizado el anterior aspecto preliminar, se encuentra en primer lugar que los menores de 12 años no deben prestar juramento, no obstante a los mayores de esta edad, si debe requerirse la juramentación por parte del juez, esto como medida de protección a los derechos del menor los cuales priman sobre los derechos de los demás, debiéndose establecer un marco protector de la identidad de los mismos, es así como el estatuto procesal contempla que: “En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa”⁴⁰.

No solo el estatuto penal contempla medidas en torno al testimonio de los menores, sino que también a su turno lo hace el código de infancia y adolescencia el cual expresa que los menores pueden ser citados como testigos pero con reservas como su testimonio ser recibido por un Defensor de Familia con cuestionario previo y por fuera de la audiencia, haciendo uso de medios como el audio, el video de modo que no sea necesaria la presencia del menor⁴¹.

Norma que guarda concordancia en el sistema jurídico, no solo a partir de la protección constitucional de los menores, sino también de la sanción y expedición de estatutos legales, ya que dentro de otros estadios procesales como en el código de extinción de dominio, se manifiesta que:

“Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, por su representante legal o por un pariente mayor de

⁴⁰ Ibid. Art. 151

⁴¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8, noviembre, 2006). Op. Cit. Artículo 150.

edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia”⁴²

De igual forma, este código contempla el criterio para el desarrollo del proceso judicial en delitos donde existan como víctimas los niños, las niñas y los adolescentes. Dónde: “en los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley”⁴³

De acuerdo a lo anterior se muestra la vital importancia que tiene el profesional de la sicología en el desarrollo y presentación de los testimonios de los menores en las audiencias penales, lo cual hace parte de las: “recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual”, por ejemplo, en los casos de delitos sexuales con ocasión el conflicto armado “No se desestimaré el testimonio de la víctima de violencia sexual, en especial cuando se trata de una víctima menor de edad”⁴⁴

Esta norma brinda un modelo de tarifa legal de interpretación a los operadores jurídicos, ordenando no desestimar los testimonios de los menores, es decir, recalcando que estos son sujetos de especial protección constitucional, es así, como ha existido un marco más enfocado a la esfera testimonial de los menores y su participación en los proceso penales, donde no solo se ha regulado los testimonios en las audiencias orales, sino también las entrevistas, estas últimas estipuladas para con una persona menor de edad así:

“Se llevará a cabo una entrevista que ha de ser grabada o fijada por medios

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 (30, enero, 2014). Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Diario Oficial. Bogotá D.C., no.49.039, 2014. Artículo 174.

⁴³ Ibid. Art 193 Numeral 12

⁴⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1719 (18, junio, 2014). Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., no.49.186, 2014. Artículo 19 Numeral 6.

audiovisuales; será realizada por personal del CTI especializado en este tipo de entrevistas; habrá cuestionario previo revisado por el Defensor de Familia; el menor podrá estar acompañado por su apoderado o un pariente mayor de edad; la entrevista se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o un espacio que cumpla las condiciones adecuadas para este tipo de entrevistas; los especialistas en entrevistas a menores, luego de hacer la entrevista, presentarán un informe que debe cumplir lo dispuesto en el artículo 209 del Código Penal; el especialista podrá ser llamado a rendir testimonio sobre la entrevista realizada; finalmente, el parágrafo 1 artículo 206 de la ley 906 de 2006, indica que «la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad»⁴⁵

Frente a la anterior normatividad, teniendo en cuenta que es una norma que hace parte del estatuto procesal y regula varios aspectos de las entrevistas de los menores, la Corte constitucional, ha manifestado frente a la protección especial de los menores, respeto a su formación sexual, que:

“Por mandato constitucional consagrado en el artículo 44, sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás, siendo entonces sujetos de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”⁴⁶

De acuerdo a lo anterior, se puede establecer que dentro de los derechos fundamentales de los niños se encuentran, entre otros:

⁴⁵ Ley 906, 2004. Op. Cit. Artículo 206^a.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 (26, marzo, 2014). M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá. D.C., 2014

“La vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el cuidado y el amor, serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual y explotación, específicamente el marco penal de los delitos sexuales, donde: el papel de las víctimas dentro del proceso penal ha ganado creciente protagonismo, en desarrollo de una tendencia internacional; que se recoge y decanta en Colombia dentro del contexto trazado por la Constitución de 1991 y los postulados fundamentales del Estado social de derecho. En desarrollo de lo anterior, la Corte ha delineado una sólida doctrina sobre el tema, que si bien empieza antes de la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002 cobra especial relevancia a partir de su entrada en vigor y de la subsiguiente implementación procesal penal del sistema acusatorio; Es decir, que tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas, claro está, sin que ello lleve indefectiblemente al detrimento de otros valores o principios constitucionales, como ya se indicó”⁴⁷

Existe una diferencia en cuanto a la obligación de rendir testimonio, respecto a la edad en la cual está exenta la persona de dar testimonio, este es 12 años, aquí se evidencia la aplicación del principio expuesto al comienzo de esta investigación en lo concerniente a las etapas cognitivas del menor de edad y sus detalles diferenciadores.

Otro punto importante para tener en cuenta es otra forma de protección de los derechos humanos de los menores víctimas, de delitos sexuales, es el de la

⁴⁷ El interés por el tema en el entorno internacional se ve reflejado, por ejemplo, en la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 40/34 de noviembre 29 de 1985, sobre “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.

protección a su intimidad e identidad por ejemplo en la práctica de audiencia pública, no será revelado su nombre completo y podrá ser identificado con otras formas cuando se haga referencia a este menor tratando de ocultar a la luz pública su identidad.

La ley impone al juez no desestimar de entrada el testimonio de menor de edad en los casos que trata sobre conflicto armado, dando un carácter subjetivo a la apreciación del juez sin tener en cuenta particularidades y eventualidades en cada caso concreto que puedan desvirtuar esta premisa.

Acorde con lo anterior, la Ley 1098 de 2006 establece:

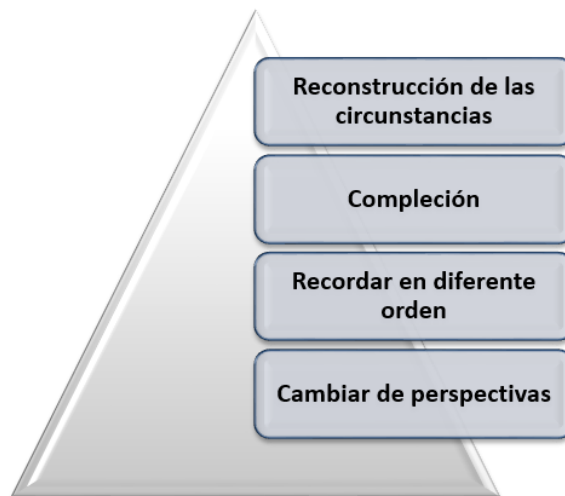
“Los procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos», y en desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores de edad y a los jóvenes, el artículo 192 preceptúa que los procesos por delitos en los cuales los menores de edad sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta el interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución y en las leyes colombianas, finalmente, del anterior análisis se puede encontrar que la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión”⁴⁸

4.2.1. La entrevista cognitiva como método de obtención de información

⁴⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8, noviembre, 2006). Op. Cit.

La entrevista cognitiva es un medio de recolección de información que consta de cinco técnicas que tiene como finalidad el estudio de la memoria, esto, acompañado de varios métodos específicos con los cuales propender a aumentar el recuerdo del testigo de los sucesos.

En la entrevista cognitiva se sigue un formato general para la recolección de información, sea esto en adultos o menores; dentro de los métodos se resaltan los siguientes:



Respecto a la reconstrucción de las circunstancias, es una etapa en la que se solicita a la víctima o testigo que intente reconstruir en su mente el contexto que rodeó al incidente, o el caso para el cual ha sido requerida su intervención.

La completación es una solicitud que se le instruye a la víctima o testigo a ser muy completa en su narración, no eliminando nada en su relato, incluso cosas que crea que no son importantes y que abarquen todo lo concerniente a los factores internos y externos, es decir, que: “El individuo es estimulado a decir todo lo que pueda recordar, con independencia del nivel de confianza subjetiva asociada a la

información”⁴⁹

El recordar en diferente orden, es una fase en la cual se le solicita al entrevistado que narre nuevamente la historia, pero partiendo desde un punto temporal diferente, esta forma de recolección de información a través de dicha técnica, tiene como finalidad teórica que:

“Para esta regla mnemónica puede derivarse de los modelos de memoria que argumenta a favor de la formación de descripciones (Norman y Bobrow, 1978; Morton, Hammersley y Bekerian, 1985). De acuerdo con estos modelos, cambiando el orden del recuerdo se posibilitaría el uso de una descripción de la recuperación diferente. Una nueva descripción incrementaría la probabilidad de recuperar nueva información”⁵⁰

Finalmente, el cambio de perspectivas busca analizar, luego de indicar al testigo o víctima que intente recordar el incidente desde distintas perspectivas que haya podido tener, o adopte la perspectiva de otros que estaban presentes durante el incidente, dentro de sus fundamentos, se encuentra que:

“Los cambios de perspectiva forzarían a un cambio en la dirección de la recuperación, posiblemente haciendo de este modo que esté disponible nueva información. No obstante, algunos defensores de la EC Revisada, sugieren que esta estrategia no debería ser utilizada, otros que se debería sustituir y estimular a la persona a llevar a cabo más de un intento de recuerdo”⁵¹

“Estas técnicas de asistencia a la memoria se pueden incorporar con facilidad a

⁴⁹ IBAÑEZ PEINADO, José. La entrevista cognitiva: una revisión teórica. En: Psicopatología Clínica Legal y Forense, 2008. (8). p.129-159

⁵⁰ Ibid. p.133

⁵¹ Ibid. p.134

la entrevista policial o estándar. En la entrevista estándar, primero se pide a la víctima o testigo que de un informe narrado de lo que pasó. El informe narrado se sigue de preguntas específicas que sirven para aumentar la compleción del informe”⁵²

Según Rui Paulo “La entrevista cognitiva está considerada como una de las técnicas más eficaces para mejorar la calidad de la declaración de un testigo”⁵³; Según, Geiselman⁵⁴, desarrollaron la entrevista cognitiva, que en la actualidad es aceptada como una de las técnicas más efectivas para mejorar la declaración de un testigo. Diferentes investigaciones han mostrado que esta técnica aumenta la cantidad de información correcta recordada por el testigo, sin que a su vez aumente significativamente la cantidad de información incorrecta; a su vez José Ibáñez Peinado ha manifestado que la entrevista cognitiva es: “una de las más eficaces aplicadas a investigaciones, especialmente a las policiales, para ayudar a las personas a recordar, incrementa la cantidad total de información correcta sin que se incremente el número de errores o invenciones”⁵⁵

Según el autor, de las investigaciones de Geiselman en 1984 se obtiene de sus conclusiones sobre la entrevista cognitiva indicando que aquellos sujetos a quienes se les aplicaron:

“a) produjeron significativamente más información correcta, tanto sobre personas como acontecimientos, que los sujetos de la entrevista control; b) no produjo más errores que la entrevista control; c) Se provocó más información incorrecta sobre personas y acontecimientos con las preguntas directas que con

⁵² Ibid.

⁵³ RUI M., Paulo. La entrevista cognitiva mejorada: Cómo interrogar a un testigo de manera eficaz, 2014. [En línea] disponible en: <<http://medina-psicologia.ugr.es/~cienciacognitiva/files/2013-23.pdf>> [consultado el 15/10/017]

⁵⁴ GEISELMAN, R. Edward. et al. Enhancement of eyewitness memory: An empirical evaluation of the cognitive interview. En: Journal of Police and Science Administration, 1984. (12) p.74-80.

⁵⁵ IBAÑEZ PEINADO, José. Op cit.

las abiertas; d) Los testigos que recibieron la entrevista cognitiva fueron significativamente más seguros en sus respuestas que los del grupo control; e) El 84% de la información obtenida con la entrevista cognitiva era correcta”⁵⁶

4.2.2. Criterios para valorar el testimonio de la víctima menor de 14 años

Dentro de estos criterios se analizarán, en primer lugar, los correspondientes a los peritos estudiosos de las ciencias de psicología, los cuales brindan importantes aportes sobre la valoración de los testimonios de los menores, y la interpretación o criterios que ha tenido el aparato judicial, particularmente la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Penal, estos últimos, si bien se ahondarán en capítulo final de la investigación, es pertinente relacionar preliminarmente esta concepción.

4.2.2.1. Criterios de psicológicos para la valoración del testimonio.

No solo en el ámbito nacional, también en el internacional, existe gran interés por la veracidad de las denuncias en los casos de abuso sexual infantil, y más teniendo en cuenta la repercusión penal que tiene este flagelo en las víctimas, así como en los victimarios que se ven abordados por el aparato estatal punitivo del Estado, lo cual obedece en esencia, según Juan José Cañas Serrano a dos circunstancias:

“1) La gravedad de las consecuencias derivadas de la existencia de este tipo de delitos, desde las perspectivas psicológica y social; 2) El incremento de las denuncias falsas (Torres, 1995) la evaluación de la veracidad del testimonio en menores víctimas de abuso sexual constituye un auténtico reto en la práctica

⁵⁶ Ibid. Pág. 132.

clínico-forense”⁵⁷

Dentro de los casos de abuso sexual infantil y los criterios para la valoración de su testimonio es de resaltar que dentro de los procesos penales el problema para llevar un caso ante el juez y demostrar los hechos jurídicos planteados por la Fiscalía, se presenta cuando:

“No existe evidencia física, en estos casos, la declaración de la víctima constituye el único recurso con el que se cuenta para probar la ocurrencia del hecho punible e impedir que quede e la impunidad cualquier acto que haya atentado contra los menores, de ahí la importancia de poder establecer el grado de credibilidad del testimonio de los menores víctimas; por lo general, la autoridad a cuyo cargo está la investigación del caso, dependiendo de las características del mismo, remite a la presunta víctima al psicólogo forense para que determine si su testimonio es creíble y válido”⁵⁸

Si bien, La mayor parte de los especialistas coinciden en que:

“En el 95% de los casos de abuso sexual infantil se presenta en el entorno familiar que el agresor usualmente es alguien próximo al niño (padre, abuelo, tío, padrastro, hermano), un adulto con el que la víctima mantiene relaciones afectivas estrechas y continuas”⁵⁹

No obstante, manifiesta el mencionado autor siguiendo los estudios de Elterman y Ehrenberg (1991) que «el número de denuncias falsas de abuso sexual se ha incrementado en forma significativa (...) se presentan especialmente en el

⁵⁷ CAÑAS CERRANO, Juan José. Propuesta de valoración psicológica forense de la veracidad del testimonio de víctimas de abuso sexual infantil. [En línea] Disponible en: <<http://psicologiajuridica.org/psj166.html>> [Consultado en 17/05/2017]

⁵⁸Ibid.

⁵⁹ Ibid. p.11

contexto de conflictos conyugales, investigar el beneficio que pudiera reportarle la denuncia al cónyuge denunciante constituye un paso obligado siempre que se evalúe un caso de abuso sexual infantil intrafamiliar⁶⁰.

Frente a la anterior apreciación, agrega Cañas Cerrano que “en las estadísticas norteamericanas se presentan seis veces más acusaciones de abuso sexual en familias en las que hay disputas de divorcio, tenencia y visitas, que en las que esto no está sucediendo”⁶¹; es de resaltar que existen unos factores que pueden afectar la interpretación de los menores al momento de rendir sus declaraciones, entre estas encontramos la edad, la capacidad de fabulación, la limitación de la memoria y la posible sugestionabilidad.

Los anteriores aspectos psicológicos del menor han sido aceptados por la comunidad jurídica, ya que permiten avanzar en la interpretación interna y motivacional que puede tener una persona menor de edad, desde el punto de vista de su desarrollo, en la entrega de hechos relevantes para un proceso penal, esto se puede observar a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la cual manifiesta que la doctrina de los fallos de la Corte Suprema de Justicia:

“Coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido”⁶²

⁶⁰ Ibid. p.12

⁶¹ Ibid.

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 (11, febrero, 2010) M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., 2010.

Finalmente,

“Entre los niños menores y mayores existen diferencias claras en memoria (por la diferencia cerebral son diferentes los procesos amnésicos de acuerdo a la edad), conocimientos previos (fundamental al momento de contextualizar la experiencia y poder relatarla), lenguaje (los niños pequeños tienen mayor dificultad para poner en palabras los hechos), juicio (los niños pequeños tienen mayor dificultad para distinguir fantasía de realidad), y persistencia (los niños mayores tiene mayor obstinación en persistir con un relato); La fabulación, la incapacidad para distinguir entre los sucesos percibidos (vividos) y los inventados (imaginados), es menos habitual de lo que se cree. Los niños no suelen fantasear sobre lo que no han vivido, cuando un niño describe en forma detallada y vívida una actividad sexual, no es posible atribuirlo a su imaginación; En relación con la memoria, «la diferencia entre los menores y los adultos es más cuantitativa que cualitativa, el recuerdo de los menores de corta edad (3 años) es bastante exacto, aunque menos detallado que el de los niños mayores (8 años)»⁶³. A partir de los 10 años no existen diferencias entre el relato de los menores y el de los adultos”⁶⁴.

⁶³ CAÑAS CERRANO, Juan José. Op. Cit. Pág. 12

⁶⁴ Ibid.

4.3. APRECIACIONES PREVIAS A PARTIR DE OPUESTAS DECISIONES ENCAMINADAS A DETERMINAR SI ¿A LA VÍCTIMA DE ABUSOS SEXUALES MENOR DE 14 AÑOS SE LE DEBE DAR CREDIBILIDAD O NO CON RESPECTO A SU TESTIMONIO?

En todo proceso penal, la decisión del juez está arraigada en la apreciación de las pruebas presentadas por las partes durante el proceso en general y en la etapa de juicio en particular. En Colombia, entre las pruebas a presentar al operador jurídico, tenemos dos etapas:

Primera etapa: la conforma la tarifa legal de la prueba, rige en la Ley 600 del 2000 y anteriores marcos normativos procesales penales de Colombia. En un sistema de tarifa legal la valoración está determinada por una norma jurídica, es decir, se establece la obligación del Juez de mensurar la eficacia probatoria del medio de prueba indicado, según el valor que previamente se ha asignado por la norma jurídica.

Según Devis Echeandía este sistema:

“Sujeta al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba”⁶⁵

Lo que correspondería a que la ley le atribuye un valor a determinado medio probatorio y el Juez no tiene otro camino que admitirlo. En este sistema la actividad del Juez se hace mecánica, porque el juzgador se encuentra impedido de formarse un criterio personal sobre los medios de prueba y, consecuentemente,

⁶⁵ DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 16.

sobre los hechos acreditados, encontrándose eventualmente obligado a aceptar valoraciones en contra de su propio convencimiento razonado.

Segunda etapa: está conformada por la libre valoración de la prueba y rige a partir de la Ley 906 de 2004; en este sistema el juez está sujeto a criterios generales de lógica y racionalidad, valorando el grado de apoyo de cada prueba y del conjunto probatorio. Ha manifestado la Corte Constitucional que:

“La apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley”⁶⁶

En lo que corresponde al marco de la sana crítica, lo conforma la lógica, ciencia y experiencia como criterios de valoración probatoria, esto significa que:

“El juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. No obstante, este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas”⁶⁷

Ubicados en este contexto ideológico, encontramos dentro de ambos sistemas penales conexidad, en la necesidad de la prueba para la toma de una decisión existiendo entre otras unas pruebas de tarifa legal, como se vio en la primera parte que se hizo referencia a la Ley 600 del 2000 y una libre apreciación de la prueba como lo vimos en la segunda parte, que corresponde a la Ley 906 de 2004.

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-594 (9, febrero, 2009) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., 2009.

⁶⁷ Ibid.

Esta investigación parte de un problema jurídico que conexas la apreciación de la prueba, en particular los testimonios de los menores en los delitos sexuales, lo cual, como se verá más adelante, se analizará si esta apreciación sigue apegada a un sistema de tarifa legal o de libre apreciación e igualdad probatoria con las demás pruebas dentro de un proceso penal. Para lograr este análisis se procederá a recopilar las diferentes interpretaciones y apreciaciones que se les ha dado a los testimonios de los menores dentro del sistema procesal penal por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4.3.1. Apreciación del testimonio de los menores en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Dentro de la siguiente recopilación encontraremos una dicotomía de interpretaciones, donde, se tiende a interpretar el testimonio del menor a partir de dos polos:

- 1) El testimonio del menor tiene especiales condiciones de credibilidad, el cual no puede ser desechado solo por la edad, siendo esta una especie de tarifa legal interpretativa y valoratoria de esta prueba en particular.
- 2) El testimonio del menor se interpreta como cualquier otro medio de prueba, y no siempre debe dársele credibilidad, ya que se debe analizar el contexto con las demás pruebas obrantes en el expediente.

Teniendo en cuenta lo anterior agruparemos en dos partes la recopilación jurisprudencial.

4.4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

4.4.1. La recepción y valoración del testimonio del menor como obligación que impone el principio de interés superior: CSJ

Sentencia del 26 de enero de 2006, rad. 23706, MP Marina Pulido de Barón⁶⁸

El primer antecedente jurisprudencial en materia de valoración de la prueba testimonial cuando el declarante es menor de catorce años víctima de afrentas de índole sexual es la sentencia proferida en sede de Casación Penal por la Corte Suprema de Justicia el 26 de enero de 2006, Rad. 23706, con ponencia de la magistrada Marina Pulido de Barón.

En esta providencia la Corte pone en perspectiva un debate de capital importancia en el campo probatorio: la credibilidad del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. La controversia radica en su validez para efectos de servir como prueba en el proceso penal, ya que se cuestiona su capacidad para ilustrar objetivamente los hechos objeto de prueba.

La Corte inicia su razonamiento citando algunas sentencias emitidas por la misma corporación que avalan y reconocen plena validez al testimonio rendido por el menor de edad⁶⁹. De esta manera concluye:

“De modo que, como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23706 (26, enero, 2006). M.P. Marina Pulido de Barón. Bogotá D.C., 2006

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 03 de octubre de 1994, rad. 8700 y sentencia del 29 de julio de 1999, rad. 10615

encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental⁷⁰ (se subraya)

Otro aspecto por el cual se pretendió descalificar la confiabilidad y por consiguiente la aptitud probatoria del testimonio rendido por menores de edad es la exoneración del deber de prestar juramento⁷¹. Al respecto razonó la Corte:

“El juramento del testigo es apenas una facultad de compulsión que la ley autoriza para procurar su vinculación con la verdad de lo percibido, lo cual permite amonestarlo sobre la importancia moral y legal del acto, al igual que de las sanciones penales a que se haría acreedor si declarare falsamente o incumple lo prometido (art. 285 C.P.P.). En el caso del menor de 12 años, precisamente por su corta edad, la ley optó por no compelerlo con una formalidad por la cual aún no está en capacidad de responder, porque, en últimas, jurídicamente no interesa tanto que el testigo haya faltado al compromiso moral, sino que haya violado un vínculo legal para ocultar o desdibujar la verdad que conoce, conducta que es la que lo podría conducir a una sanción penal. Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. De igual manera, si la importancia del juramento es más funcional que de regularidad de la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando no se le trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23706 (26, enero, 2006). Op cit.

⁷¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 (24 de julio, 2000). Op. Cit. artículo 266 de la Ley 600 de 2000 y 383, inciso segundo de la Ley 906 de 2004.

testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el artículo 282 del código de procedimiento penal y no por voluntad judicial. Igualmente, como la exoneración que la ley hace del juramento al menor de 12 años tiene que ver con el riesgo asumido para que el testigo diga espontáneamente la verdad, si lo quiere, también con toda relatividad se prevé que aquél pueda estar asistido para garantía de un trato libre y no compulsivo, en lo posible, por el representante legal o un pariente cercano”⁷²

Con todo, la Corte reprueba el argumento que sostiene la inadmisibilidad de la prueba testimonial basándose en una falsa premisa que conduce a aseverar que la exclusión de prestar juramento por parte de los menores le resta veracidad a la versión vertida por éstos toda vez que no existe una consecuencia jurídico penal que los conmine a decir la verdad y por esa vía los habilite para mentir.

Descartadas las premisas que pretendían dejar sin efectos el testimonio de las víctimas menores de edad no queda duda acerca de la validez de esta prueba para acreditar los hechos que se debaten en el proceso porque –se insiste- lo que interesa es que la persona, sin importar su condición, esté en la capacidad de explicar en qué circunstancias estuvo en contacto con los hechos pasados y es el juez quien -con base en el principio de libertad probatoria- le corresponde valorar su contenido y establecer sus alcances en conjunto con otros medios probatorios obrantes en el expediente:

...“El testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los

⁷² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 10615 (29, julio, 1999). Mp. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá D.C., 1999

acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica”⁷³ (se subraya)

Los argumentos expuestos por la Corte encuentran apoyo en estudios de psicología experimental que desmienten la incapacidad de los menores víctimas de violencia sexual de suministrar un relato claro y coherente de los hechos. Al respecto dice: “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”

Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

“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. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o pueden emerger

⁷³ Ibid.

nueva información”⁷⁴

Luego es enfática en resaltar –como lo señalan los estudios- que la obtención de información altamente sensible debe ser presidida con el mayor cuidado por especialistas que puedan aprehender, comprender y construir la realidad histórica de tal suerte que pueda determinarse con exactitud la existencia o no de una conducta lesiva de los derechos del menor:

“Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto; por lo tanto, es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que *un perro volaba* sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar; el diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva”⁷⁵

Adicionalmente, en esta sentencia la Corte recoge criterios jurisprudenciales en clave constitucional que obligan a acoger y dar especial tratamiento a la prueba testimonial dada la posición jurídica de que gozan los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico interno e internacional:

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23706 (26, enero, 2006). Op cit.

⁷⁵ Viar y Lamberti, como se cita en CSJ sentencia del 26 de enero de 2006, rad 23706

...“Desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición – por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere 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”⁷⁶

La Corte Constitucional puntualizó en la sentencia T-408/95⁷⁷ el denominado **"interés superior"** es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. (...) Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo.” (negritas fuera del texto original)

Siguiendo las pautas internacionales acogidas en nuestro ordenamiento jurídico y recogidas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema destaca en punto de las conductas delictivas que atentan contra los intereses jurídicamente tutelados de los niños, niñas y adolescentes que éstos no pueden ser discriminados y que constituyen actos de discriminación, entre otros, que el funcionario judicial prescinda de sus declaraciones como medio de prueba o asuma una conducta pasiva frente al material probatorio:

...“constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-408 (3, abril de 1995). Op. Cit.

encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa”⁷⁸ (Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003)

En suma, con esta sentencia la Corte asumen una postura proteccionista del interés superior del niño, niña o adolescente víctima de violencia sexual por cuanto: i) las premisas que sustentan la inadmisibilidad del testimonio rendido por el menor afectado (incapacidad de los menores para aportar un relato objetivo de los hechos y exoneración del deber legal de prestar juramento) resultan inaceptables en la medida en que no proceden de un criterio científico que soporte tales afirmaciones y, por el contrario existen estudios que confirman lo opuesto; y ii) el marco jurídico nacional e internacional que protege y promueve la defensa del interés jurídico del menor crea la obligación a cargo del Estado, en este caso a través de sus funcionarios judiciales, de evitar todo tipo de discriminación que devenga en reducción del ámbito de protección de los derechos del niño, niña o adolescente y, específicamente proscriba cualquier conducta omisiva o pasiva frente a la valoración de pruebas. En consecuencia, minar la eficacia de la prueba testimonial deviene en un acto de discriminación inaceptable.

4.4.2. Criterio dominante respecto de la estimación del testimonio rendido por el menor víctima

⁷⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-554 (10, julio de 2003). M.P Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C., 2003

Son numerosas las sentencias que han tratado el tema y en general el criterio que gobierna el proceder de la Corte Suprema de Justicia para fundamentar sus decisiones es uniforme desde la expedición de la sentencia 23706 del 26 de enero de 2006. Un ejemplo de sentencia seguidora de línea es la sentencia del 24 de julio de 2017, rad. 43917, con ponencia del magistrado Luis Guillermo Salazar Otero, cuya *ratio decidendi* es del siguiente tenor:

“la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental”⁷⁹

En el mismo sentido la sentencia de fecha 22 de marzo de 2017, rad. 44441, con ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho contiene la misma regla jurisprudencial:

“No sobra reseñar el criterio que ha decantado la jurisprudencia de la Sala en este sentido: La exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la sicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales”⁸⁰. (se subraya)

⁷⁹ CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131

⁸⁰ Ibid.

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 confiabilidad⁸¹

En sentencia del 01 de junio de 2016, Rad. 45585, MP José Luis Barceló Camacho, la Corte reitera la postura, pero introduce una excepción con el propósito de que no sea malinterpretada y por ende indebidamente aplicada la regla jurisprudencial fijada en precedencia en relación con el principio de interés superior y su prevalencia en el marco del proceso penal:

“La Corte se ha ocupado a espacio de precisar que en los niños víctimas de abuso sexual puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran; pero esa precisión en modo alguno significa, y la Sala no lo ha dicho así, que los niños no puedan faltar a la verdad y que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación. Por el contrario, se ha explicado que sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate; debe admitirse que los niños, incluso desde una edad precaria, pueden cambiar la realidad percibida al relatarla, máxime si de ello existe la posibilidad de percibir algún beneficio; como lo anota el magistrado que salvó su voto, algunos estudios, soportados en pruebas de campo, concluyen que los niños mienten y lo hacen con tanta tranquilidad que a veces resulta imposible distinguir su comportamiento verbal del de aquellos que dicen la verdad”⁸²

⁸¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23706 (26, enero, 2006). Op cit.

⁸² GARRIDO MARÍN, Eugenio y Herrero, Carmen. El testimonio infantil. En “Psicología jurídica”, Eugenio Garrido, Jaime Masip y Carmen Herrero, Pearson Prentice Hall, Madrid, 2006

En el campo nacional se concluye de manera similar, esto es, que algunas investigaciones demuestran que los niños mienten, lo cual hace parte de su proceso de desarrollo, en el entendido de que en su estructura psicológica la fantasía y la realidad se entrecruzan, en lo cual influyen muchas circunstancias, como que se les dificulta atender a varios estímulos a la vez y ajustar toda la información en un relato que coincida con la realidad, o porque confunden en un todo lo concreto y lo abstracto, o reciben influencia de terceros, etc.⁸³

De lo anterior se colige que pese a los esfuerzos por obedecer el precedente, en esta oportunidad la Corte revive una discusión que lejos de acabarse se intensifica: la credibilidad del testimonio del menor, y ello es comprensible porque en el fondo es un tema que pertenece a las ciencias que estudian la conducta humana (permeada de enigmas) y éstas como casi todos los aspectos de la vida humana en el plano individual y social evolucionan y proyectan nuevos resultados que varían sustancialmente las teorías que en otrora definieron el derrotero a seguir.

No hay que perder de vista el especial valor que la sentencia 23706 del 26 de enero de 2006 concedió al relato del menor, el cual tiene especiales condiciones de credibilidad, hipótesis que apoya en distinguida doctrina frente al tema.

El viraje en el razonamiento adoptado por la Corte tiene una explicación que tiene su fuente en el desarrollo de los sucesos. El caso que ocupó la atención de la Corte esta vez consistió en el presunto abuso sexual de dos menores de edad en el contexto de un hurto llevado a cabo por éstos en la residencia de un familiar. La Corte manifestó:

⁸³ ESPINOSA BECERRA, Adriana. Aportes de la psicología forense al abordaje de los delitos sexuales. Bogotá: Defensoría del Pueblo, USAID, 2012. Tomo IV.

“Esa forma de actuar [de los menores], en sí misma, demuestra la precocidad de los menores y pone evidencia en ellos una tendencia a la comisión de conductas indebidas, de lo cual puede inferirse razonablemente que, si el adolescente ha aprendido a delinquir con especial preparación, bien puede acudir a mentir; como que, frente a lo primero, lo último resulta más fácil.”

Ahora bien, en fallo del 30 de agosto de 2017, rad. 50584, con ponencia del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández la Corte admite sin vacilación la credibilidad del testimonio del menor aun cuando se hallen contradicciones entre las declaraciones obtenidas en distintos momentos procesales, verbigracia, cuando existen discordancias entre lo dicho en la entrevista durante las fases preliminares de investigación y lo dicho en el juicio oral. La Corte sostiene que el testimonio no puede ser invalidado por este motivo y, además, no se configura un falso raciocinio por parte del sentenciador cuando le otorga completo merito probatorio en conjunto con otras pruebas:

“Siguiendo ese derrotero, la regla que el actor señala infringida («Siempre o casi siempre que se presenten contradicciones sobre aspectos principales de un testimonio se afecta su veracidad») no puede considerarse una máxima de la experiencia porque: i) no puede afirmarse que ese enunciado proceda de una experiencia de la cotidianidad que dé cuenta de la forma como casi siempre suceden las cosas (universalidad o generalidad) y ii) porque el enunciado tiene relación con el proceso valorativo de las pruebas y no con las reglas que se extraen de la observación repetida de fenómenos cotidianos; lo que destruye su valor y credibilidad (del testimonio) es la verdadera contradicción, interna o externa, sobre aspectos esenciales relevantes”⁸⁴. Los aspectos accesorios que presenten inconsistencias “no destruyen la credibilidad del testimonio, aunque

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 50584 (30, agosto, 2017) M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá D.C., 2017

sí la aminoran, sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud”.

Finalmente, existe una controversia frente al valor jurídico de la entrevista forense cuando se incorpora como prueba, previo al juicio oral sin la posibilidad de que pueda ser controvertida por el acusado en el mismo. Se trata de la prueba de referencia que es un tema enmarcado dentro de las excepciones al principio de inmediación de la prueba e implica un juicio de ponderación de derechos, ya que evidencia *prima facie* un conflicto entre los derechos del procesado (derecho de contradicción como elemento integrante del debido proceso) y el interés superior del menor. La Corte ha abordado el asunto de la siguiente manera:

“la Sala encuentra que en el plano internacional la armonización de los derechos del acusado y los de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se ha caracterizado por lo siguiente: (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria”⁸⁵

Corolario de lo anterior, el derecho al debido proceso, específicamente al derecho de contradicción del procesado encuentra una limitación razonable debido a las

⁸⁵ Ibid

normas existentes en el ámbito internacional que protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes y previene su exposición a escenarios indeseables que puedan generar una revictimización.

CONCLUSIONES

Una vez desarrollado los objetivos del trabajo de investigación y abordado todos los aspectos relevantes de los criterios del operador jurídico en la valoración de la credibilidad del testimonio de la persona menor de 14 años en actos sexuales abusivos a la luz de la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia, se concluye que:

Del anterior análisis se obtuvo, la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la apreciación del testimonio de las víctimas menores de 14 años, a lo largo del tiempo, construyéndose una línea que acoge diferentes momentos jurídicos, donde, se encuentra un aspecto dicotómico en sus decisiones, ya que en unos casos, brinda especial relevancia a los testimonios de los menores, mientras que en otros, los aprecia como una prueba más, que debe estar en especial conexidad ideológica con el estudios de las pruebas llegadas al conocimiento del juez.

No obstante se observa que en las decisiones tomadas por la Corte, en la Sala Penal, han existido dos clases de posturas, en la apreciación de los testimonios de los menores, por una parte, se ha aceptado que el análisis de las pruebas aportadas testimonialmente por los niños, niñas y adolescentes, deben ser valoradas en conjunto con los demás medios de prueba que se dispongan en el proceso, que hayan sido aportadas en la audiencia preparatoria y solicitadas para el debate oral en la audiencia de juzgamiento, las cuales permitirán analizar en conjunto todos los pormenores del caso, fundamentando los aspectos facticos a través de todo el caudal probatorio.

Otra postura que se vislumbró por parte de las decisiones anteriormente citadas, es la que corresponde a la apreciación especial del testimonio de los menores, a los cuales, se les ha dado un valor predominante en las decisiones de la sala de

casación penal, tanto así, que podría esto, ser equiparable a una tarifa legal, que comprenda que todo proceso que tenga que ver con delitos sexuales, y tenga como víctima a un menor que aporte su testimonio como prueba dentro del debate del juicio oral, debe valorarse con especial consideración su manifestación, en comparación con las demás pruebas que obran en el proceso, a partir, del valor jurídico especial de los menores en el ordenamiento jurídico Colombia, respaldado este por las normas internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, las cuales han permitido al operador jurídico penal, sobre valorar las manifestaciones de estos sujetos de especial protección en el ámbito del proceso penal.

En lo que corresponde a la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estos tiene prevalencia no solo a nivel nacional sino también internacional, donde se resalta que a nivel mundial en 1948 la Naciones Unidas dieron un gran paso en la protección de los menores al aprobar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, gestándose así un documento que contenía implícitamente los derechos del niño, aunque sin concederles toda la relevancia que se merecen.

Todos estos pronunciamientos llevaron a que la protección de los derechos de los niños ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltándose esta en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De toda esta gama protectora, se resalta la protección legal que ha dado el legislador a los derechos de los menores se ha tenido por finalidad por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En lo que corresponde a los estudios y estimaciones realizados por expertos (científicos, psicólogos, psiquiatras) respecto al valor del testimonio de la víctima menor de 14 años en delitos de actos sexuales abusivos, la entrevista cognitiva sus alcances y exploración psicológica, se encontró la vital importancia que tiene el profesional de la psicología en el desarrollo y presentación de los testimonios de los menores en las audiencias penales, lo cual hace parte de las recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual, donde la entrevista cognitiva es un medio de recolección de información que consta de cinco técnicas que tiene como finalidad el estudio de la memoria, esto, acompañado de varios métodos específicos que tienen como finalidad, propender a aumentar el recuerdo del testigo de los sucesos.

La credibilidad del testimonio de la víctima de abuso sexual de 14 años es un problema real en otras jurisprudencias, pues se suceden casos en que dicho testimonio es el material probatorio principal. Se analizó a modo ilustrativo el caso de Argentina, encontrando nuevamente argumentos para desestimar el testimonio del menor, ante lo cual la corte de más alto nivel tiene que entrar a dirimir al respecto.

Finalmente, en el análisis de las sentencias sobre la credibilidad del testimonio de la víctima menor de 14 años en delitos sexuales, se encontró que la apreciación del testimonio de los menores en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra en una dicotomía de interpretaciones, donde, se tiende a interpretar el testimonio del menor, con especiales condiciones de credibilidad, el cual no puede ser desechado solo por la edad, siendo esta una especie de tarifa legal interpretativa y valoratoria de esta prueba en particular y en segundo lugar, sentencias que interpretan los testimonios de los menores como cualquier otro medio de prueba y no siempre debe dársele credibilidad, y debe analizarse en contexto con las demás pruebas obrantes en el expediente, respondiendo finalmente este planteamiento a la pregunta problema que tenía como finalidad,

establecer cuáles han sido los parámetros que ha establecido la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia en la apreciación de los testimonios de los menores de 14 años en los delitos sexuales, donde se encontró que:

Han existido dos clases de parámetros interpretativos de los testimonios de los menores, uno enfocado en la protección especial del menores, la cual ha dado prevalencia a su testimonio como prueba dentro del proceso de una forma especial, teniendo este vínculo para la decisión final del operador judicial, existiendo a su vez parámetros de apreciación menos tarifarios de esta prueba, los cuales expresan la necesidad de valorar los testimonios como un a prueba más, obrante en el proceso y en conexión con todos los demás medios aportados al debate penal. Y esto último es lo esencial, el testimonio del menor debe interpretarse en contexto con todos los otros elementos del caso.

RECOMENDACIONES FINALES

Desarrollada este trabajo y habiendo logrado no solo darle respuesta a la pregunta de investigación, sino también habiendo logrado establecer el cambio jurisprudencial que ha existido por parte de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación penal, en cuanto a la credibilidad del testimonio de la persona menor en actos sexuales abusivos con víctima menor de 14 años, se encuentra como medida necesaria una unificación de criterios por parte de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia, que permitan orientar a la sociedad en general, a la academia y al ámbito jurídico en una sola posición respecto a la valoración de los testimonios de los menores.

Siendo más aconsejable que esta postura sea acorde con nuestro actual sistema penal acusatorio, el cual consagra la libertad probatoria y a su vez la apreciación de las pruebas bajo los criterios de la lógica, ciencia y experiencia, es decir un análisis de conjunto de todo el material probatorio, sin que existan preferencias en

torno a las pruebas llegadas a operador judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ARGENTINA. CONGRESO DE LA NACIÓN. LEY 11.179 (21, diciembre, 1984). Código de la nación argentina. Buenos Aires, 1984

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Radicado CCC1820/2009/T01/2/RH2 (19, septiembre, 2017). M.P. Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires, 2017.

BOLIVIA. CONGRESO NACIONAL. Ley 1970 (25, marzo, 1999) Código de procedimiento penal Bolivia. La paz, 1999.

BOLIVIA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. AUTO SUPREMO N° 099/2013-RRC (15, abril, 2013) M.R. Maritza Suntura Juaniquina. Cochabamba, 2013.

CAÑAS CERRANO, Juan José. Propuesta de valoración psicológica forense de la veracidad del testimonio de víctimas de abuso sexual infantil. [En línea] Disponible en: <<http://psicologiajuridica.org/psj166.html>> [Consultado en 17/05/2017]

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8, noviembre, 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá D.C., no. 46.446.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1719 (18, junio, 2014). Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., no.49.186, 2014.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-408 (3, abril, 1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., 1995.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-554 (10, julio de 2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C., 2003.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política (07, Julio de 1991). Gaceta constitucional. Bogotá. D.C., 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 (30, enero, 2014). Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Diario Oficial. Bogotá D.C., no.49.039, 2014.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 (24 de julio, 2000). Diario oficial. Bogotá D.C. 2000. No. 44097.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31, agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 2004. No. 45658.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 (26, marzo, 2014). M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá. D.C., 2014.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 (11, febrero, 2010) M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., 2010.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-206 (16, enero de 2012). M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C., 2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-594 (9, febrero, 2009) M.P.

Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., 2009.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 10615 (29, julio, 1999). Mp. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá D.C., 1999.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23706 (26, enero, 2006). M.P. Marina Pulido de Barón. Bogotá D.C., 2006.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 50584 (30, agosto, 2017) M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá D.C., 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. [En línea] disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf> [consultado el 11/05/2017].

DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

ECUADOR. CONGRESO NACIONAL. Código Orgánico Integral Penal (22, enero, 1971). Registro Oficial Suplemento 147, Quito, 1971.

ECUADOR. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. Sentencia No 0264-2014 (14, noviembre, 2014). J.P. Espinoza Valdivieso María del Carmen. Quito, 1971.

ESPINOSA BECERRA, Adriana. Aportes de la psicología forense al abordaje de los delitos sexuales. Bogotá: Defensoría del Pueblo, USAID, 2012. Tomo IV.

GARRIDO MARÍN, Eugenio y Herrero, Carmen. El testimonio infantil. En: Psicología jurídica. Madrid: Pearson Prentice Hall, 2006.

GEISELMAN, R. Edward. et al. Enhancement of eyewitness memory: An empirical evaluation of the cognitive interview. En: Journal of Police and Science Administration, 1984. (12) p.74-80.

GROSS, Johann Baptist Gustav. Manual del juez como sistema de criminalística. Madrid: La España Moderna, 1893.

Guía Infantil. El reconocimiento de los Derechos del Niño. [En línea] disponible en: <<https://www.guiainfantil.com/1491/dia-internacional-de-los-derechos-del-nino.html>> [consultado el 03/05/2017]

IBAÑEZ PEINADO, José. La entrevista cognitiva: una revisión teórica. En: Psicopatología Clínica Legal y Forense, 2008. (8). p.129-159.

KIRSHNER, Lewis A. El concepto de Realidad y Realidad Psíquica en el Psicoanálisis como ejemplo de las diferencias entre Freud y Ferenczi. [En línea] Disponible en: <<http://www.alsf-chile.org/Indepsi/Articulos/Ferenczi-Autores/El-Concepto-de-Realidad-y-Realidad-Psiquica-en-el-Psicoanalisis-como-ejemplo-de-las-diferencias-entre-Freud-y-Ferenczi.pdf>> [consultado el 03/05/2017]

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2016.

MAGALDI SERNA y JALIL ALEJANDRO. Propuesta metodológica para el análisis de las sentencias dela Corte Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

MERCHÁN CARPINTERO, Nataly Julieth. el testimonio del menor en el derecho de familia: un estudio sobre su instrumentalización por los actores del proceso, Universidad católica de Colombia, Bogotá, 2015.

MUÑOZ-GRANDES LÓPEZ DE LAMADRID, María. Verdad narrativa, verdad histórica [Spence, D., 1982]. [En línea] disponible en: <<http://www.aperturas.org/articulos.php?id=0000618>> [Consultado el 15/05/2017]

NAVARRO MEDEL, Carolina. Evaluación de la credibilidad discursiva de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales. Tesis para optar al grado de magíster en psicología mención Psicología clínica infanto juvenil Chile. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales. 2006. [En línea] disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106007/cs-navarro_c.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

OLMO, Rosa del. América Latina y su criminología. México: Siglo veintiuno, 1981. ISBN: 9789682310379

ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990 y Reglas de Beijing.

Organización de los Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 [En línea] disponible en < https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>

PIPINO, Valeria. Psicología jurídica forense. La importancia y relevancia del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos contra la integridad sexual. [En línea] Disponible en < <http://psicologiajuridica.org/archives/4113> > [Consultado el

15/05/2017]

RUI M., Paulo. La entrevista cognitiva mejorada: Cómo interrogar a un testigo de manera eficaz, 2014. [En línea] disponible en: <<http://medina-psicologia.ugr.es/~cienciacognitiva/files/2013-23.pdf>> [consultado el 15/10/017]

TRIGLIA, Adrian. Las 4 etapas del desarrollo cognitivo de Jean Piaget. [En línea] disponible en: <<https://psicologiaymente.net/desarrollo/etapas-desarrollo-cognitivo-jean-piaget>> [Consultado el 13/05/2017]