

Criterios que debe tener en cuenta la justicia colombiana, para conocer la verdad en los procesos penales, en los cuales los declarantes son los niños y niñas víctimas de delitos sexuales

Hecho por:

Laura María Maya Cardona

Sebastián Giraldo Bravo

Asesor Docente:

Margarita María Gaviria

Universidad de Manizales

Manizales, mayo del 2017

Índice

Resumen.....	3
Abstract.....	4
Introducción.....	5
Justificación.....	6
Estado del Arte.....	7
Planteamiento del problema.....	11
Metodología de la Investigación.....	12
Pregunta de Investigación.....	13
Objetivo General.....	14
Objetivos Específicos.....	14
Marco Teórico.....	15
Resultados.....	23
Conclusiones.....	25
Recomendaciones.....	26
Referente Bibliográfico.....	27

Criterios que debe tener en cuenta la justicia colombiana, para conocer la verdad en los procesos penales, en los cuales los declarantes son los niños y niñas víctimas de delitos sexuales.

Laura María Maya Cardona

Sebastián Giraldo Bravo

Resumen

El presente trabajo está encaminado a establecer los criterios que debe tener la justicia penal colombiana, para obtener la verdad a partir de la valoración de los testimonios de niños y niñas en procesos en los cuales son víctimas, especialmente los de tipo sexual. De igual manera contiene una mirada global acerca de los avances que se han dado en pos del respeto y protección de los derechos de los niños y niñas, tanto a nivel internacional con la convención sobre los derechos de los niños promulgada por la Organización de Naciones Unidas, como por los Estado Parte, entre los que se cuenta a Colombia, el cual ha hecho cambios en su legislación, a fin de proteger los derechos de los niños (art. 44 de la Constitución Nacional), en especial derechos como el debido proceso y el derecho que tienen a ser escuchados entre otros.

Igualmente, son analizados diversos textos que tratan el tema de las declaraciones infantiles y atacan vehementemente la posición retrograda y obsoleta, que asegura que los menores tienden a mentir porque fusionan la fantasía con la realidad y no saben en donde está los límites de cada una, por tanto se fundan elementos que apoyan al juez en su dura labor de valorar este tipo de declaraciones.

Así entonces se abordada la naturaleza del testimonio, sus elementos y clasificaciones, para finalmente llegar a comprender ampliamente lo que entrama el testimonio de los niños y niñas, víctimas en delitos sexuales, apoyado en jurisprudencia de las altas cortes, doctrina jurídica y algunos textos relacionados especialmente con las declaraciones rendidas por menores de edad víctimas de abuso sexual y sus resultados.

Palabras claves: Prueba testimonial, delito sexual, niños y niñas, jurisprudencia y doctrina.

Abstract

The present work is aimed at establishing the criteria that the Colombian criminal justice system must have, in order to obtain the truth based on the evaluation of the testimonies of children in processes in which they are victims, especially of the sexual type. It also contains an overview of the progress made towards respect for and protection of the rights of children, both internationally and with the Convention on the Rights of the Child promulgated by the United Nations, As well as by the State party, including Colombia, which has made changes in its legislation, in order to protect the rights of children (Article 44 of the National Constitution), especially rights such as due process And the right to be heard among others.

Likewise, various texts are analyzed that deal with the issue of children's statements and vehemently attack the retrograde and obsolete position, which ensures that minors tend to lie because they fuse fantasy with reality and do not know where the limits of each, Therefore elements are found that support the judge in his hard work to value this type of declarations.

In this way, the nature of the testimony, its elements and classifications were approached, in order to arrive at a comprehensive understanding of what constitutes the testimony of children, victims of sexual crimes, supported by high court jurisprudence, legal doctrine and some related texts Especially with statements made by minors of sexual abuse victims and their results.

Key words: Proof of testimony, sexual offense, boys and girls, jurisprudence and doctrine.

Introducción.

La presente investigación es el resultado de un estudio analítico sobre los criterios que debe tener en cuenta la justicia Colombiana para hallar la verdad en los procesos penales en los cuales los declarantes son los niños y niñas víctimas de delitos sexuales.

Este análisis se centra en hacer un estudio detallado del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales, para llegar a establecer los criterios que debe tener en cuenta la justicia colombiana, especialmente la jurisdicción penal, frente a la valoración que debe dársele a las declaraciones de los menores; para llegar al resultado final fue necesario, primero abordar el testimonio en su definición más simple y desde su utilización como elemento probatorio a la mano del juez, para darse idea veraz de lo ocurrido en el hecho litigioso.

En el marco teórico se aborda la temática del testimonio infantil, básicamente cuando los testigos son víctimas de abusos sexuales, se eliminan mitos que se han tejido alrededor de la credibilidad de sus declaraciones, se estudian teorías que fortalecen los resultados de las entrevistas, a partir de métodos que involucran la ciencia de la psicología y psiquiatría infantil, con muy buenos resultados, más otros estudios encaminados a perturbar lo menos posible la integridad física y mental de la víctima - testigo y al final recolectar criterios, métodos, instrumentos y estrategias, que ayuden a la justicia penal colombiana a resolver satisfactoriamente investigaciones por delitos sexuales contra menores.

Al final del estudio se consignan las conclusiones y recomendaciones respecto a la valoración de la prueba testimonial en aquellos procesos penales de carácter sexual en los cuales se ven involucrados los niños y niñas en Colombia.

Justificación.

El estudio relacionado con el análisis de los testimonios por parte de los jueces en Colombia respecto de los niños y niñas que han sido víctimas de abuso sexual, es de vital importancia, toda vez que permitió fijar los elementos, criterios, métodos e instrumentos de los que se debe valer el aparato judicial penal colombiano, para realizar una adecuada valoración de los resultados de este tipo de entrevistas. De igual manera es un área innovadora, pues todo el tema que rodea la protección de los niños, el respeto de sus garantías y el reconocimiento de sus derechos es un asunto nuevo en la legislación de nuestro país y todavía falta mucha experimentación y experiencia para darle un tratamiento óptimo a las entrevistas rendidas por niños y niñas víctimas de delitos sexuales, en tanto aún hoy con la tecnología existente y los métodos que se aplican, se siguen filtrando errores que perjudican al menor víctima, errores que siendo humanos son susceptibles de corregir.

De igual manera este estudio contextualiza al lector en las últimas tendencias científicas que sobre el tema existen, permiten fijar los parámetros para comprender la esencia del testimonio infantil y establecer los criterios para lograr su adecuada valoración, por parte del aparato judicial penal colombiano.

Estado del Arte

Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual.

Como referencia este artículo: Polo L. & Cabarcas. A. (2013). Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual. Pensamiento Americano. 71-81. Luis Alberto Polo Castillo. Abogado Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre-Barranquilla.

Este artículo pretende desentrañar la problemática presentada al momento de enfrentar un testimonio infantil, no solo por las variables que la rodean por concepto de su edad y desarrollo tanto físico como mental, si no por los traumas causados por la exposición de los menores a abusos sexuales.

Es necesario hacer primero un reconocimiento a los avances jurídicos que en materia de derechos de los niños se ha logrado a nivel internacional, con la Convención Sobre los Derechos de los Niños –CSDN-, adoptada por la ONU el 20 de noviembre de 1989, en la declaración de ginebra de 1924, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entre otros, y a nivel nacional el artículo 44 de la Constitución Nacional, la Ley 12 de 1991 que aprobó la CSDN, la Ley 1098 de 2006, la Ley 906 de 2004 (Capítulo IV. Artículos 132 a 137 y artículo 383 Inc 2°). La norma nacional con base en la internacional ha definido la minoría de edad de 0 a 18 años, siendo la jurisprudencia la que ha resaltado que no importa si se es un impúber (0-6 años), infante (7-12 años), adolescente (12-16 años) o menor adulto (17-18 años), tienen los mismos derechos y se les trata a todos con equidad, conforme el desarrollo cronológico de cada niño. Los niños reciben derechos procesales, lo que les permite asumir este rol, aunque en condiciones totalmente diferentes a los adultos, pues el trato que se les da va encaminado a proteger su integridad presente y futura.

Si se dice que los niños en estado normal tienen a fusionar la realidad con la ficción, con mayor razón se duda de los niños víctimas de abuso sexual, el problema radica que su testimonio es sumamente importante pues la connotación de los delitos sexuales es que no son abiertos, es decir solo sabe de su ocurrencia la víctima y su agresor, por lo que es evidente intervenir para proteger al menor y respetarle sus garantías y derechos. Por esta razón en Colombia se usa el método de la “Cámara Gesell”, el cual aísla al menor del estrés propio de un proceso penal, donde es sometido hábilmente a un interrogatorio por un profesional psicólogo o psiquiatra infantil, el cual le hace preguntas previamente enlistadas, estudiadas y aprobadas por este.

En conclusión, la entrevista que se realice al menor abusado debe estar a cargo de un profesional del campo de la medicina infantil, con estudios en comunicación cognoscitiva, gestos y expresiones de los niños, en un espacio que imprima en el menor confianza para hablar sobre lo sucedido, pues un testimonio espontáneo es sinónimo de confiabilidad.

Niño víctima de abusos sexuales

“Cámara Gesell”

Por María Angélica Ávila (Junio de 2008), www.saij.jus.gov.ar id. SAIJ: DAOF080041.

Del siglo pasado al presente, se cambió la imagen que se tenía del niño, paso de una consideración de los menores como objetos de tutela y represión a la consideración de niños y adolescentes como sujetos de plenos derechos. Desde la ONU y pasando por los esfuerzos de las Naciones parte e internamente de las provincias, el cambio más significativo en la legislación nacional Argentina es la implementación obligatoria de la utilización de la “Camara Gesell”, como método para tomar las declaraciones a niños y en especial a niños víctimas de abusos sexuales, para proteger su integridad y evitar la revictimización, la cual se presenta en 3 facetas que pueden ser o no concurrentes, causadas por las instituciones (primaria), la familia (secundaria) y la sociedad (terciaria), que no es más que la estigmatización que a su manera

puede hacerse en contra de la víctima y por ende empeorar la situación de por si traumática del menor abusado.

La Cámara Gesell tiene asidero en la Ley argentina (art. 250 bis y 250 ter del Código Procesal Penal), dado que se busca someter lo menos posible al menor a la situación incómoda que puede parecer una entrevista, por tal motivo y con base en el principio de concentración, se busca que sea una sola vez que se interrogue al menor víctima. El delito del abuso sexual genera gran traumatismo en sus víctimas y será más grande si se trata de niños, por tanto se ha buscado minimizar este flagelo con la concientización de la sociedad, que si al menos no se puede acabarlo de raíz, si se puede interiorizar en la sociedad la obligación legal de denunciar a los infractores y de minimizar las oportunidades que estos utilizan para someter a los menores a sus aberraciones sexuales.

En Argentina también se ha visto el cambio normativo en beneficio de los niños y niñas de manera general y es especial con las víctimas de abusos sexuales, y como innovación jurídica la implementación del instrumento de la Cámara Gesell como único método de interrogación de niños víctimas en procesos penales, con énfasis en aquellos sometidos a traumas provocados por delitos sexuales.

La Prueba Testimonial del Adolescente.

Berny Katherine De Ávila Berrio.

Yeny Carolina Villamil Santamaría.

Trabajo de Grado-Facultad de Derecho-Universidad Militar Nueva Granada-Bogotá. (2011).

El problema que surge frente al testimonio de los niños, radica en el grado de impugnación en su contra por la baja credibilidad que presenta, dado que se dice que los menores

son fácilmente sugestionables, son egoístas, egocéntricos, fantasiosos, celosos y no distinguen la verdad de la mentira. Vazquez Mesquita (Psicóloga en Juzgados de Familia de Madrid-España), afirma que los celos, el egocentrismo y los egoísmos son conductas propias de la edad adulta, y no por eso el testimonio de los adultos es atacado, además la fantasía es una actitud presente en el ser humano incluso hasta sus muertes.

Está comprobado que los niños después de los 4 años, saben la diferencia entre mentiras y verdades, pero sin la malicia propia del adulto, por lo que sus dichos son puros, simples y espontáneos, lo que los hace creíbles, lo que sucede es que el niño desarrolla su capacidad de lenguaje lentamente por lo que la entrevista debe ser realizada por un psicólogo o médico psiquiatra, que comprenda las limitaciones lingüísticas del niño y le ayude a comunicarse apoyado en el dibujo o los juegos.

El método más utilizado, es la Cámara de Gesell, para la protección del menor, evitando la revictimización causada por las instituciones, la familia y la sociedad, por tanto es también importante la intervención del grupo familiar.

A pesar de los mitos que se ciernen sobre la credibilidad que se le puede dar al testimonio rendido por un niño víctima en delitos sexuales, la ciencia de la psicología y psiquiatría infantil, han concluido que los niños no mienten cuando se trata de abusos sexuales, en parte porque el mismo trauma que causa en ellos, hace que dominen temas impropios y ajenos a su desarrollo cronológico mental.

Planteamiento del Problema

El problema para los jueces penales colombianos frente al manejo de los testimonios rendidos por niños y niñas víctimas de delitos sexuales, radica en la dificultad para interpretar sus gestos y dichos, pues carecen totalmente de conocimientos científicos en pedagogía infantil, psicología infantil y psiquiatría infantil, por tanto deben aceptar la colaboración de profesionales en estos campos, pues de lo contrario será una tarea ardua y difícil, la cual sin un manejo adecuado, se convierte en un instrumento destructivo, que en ultimas perjudicará a los niños y niñas implicados.

De ahí que se insista en la calidad que tienen que tener los funcionarios encargados de asumir este tipo de entrevistas, el cual debe reunir un perfil profesional especializado, no solo en temas como la psicología, psiquiatría y pedagogía infantil, sino además, de otros conocimientos afines a esta ciencia, los cuales no sobran a la hora de enfrentar estas diligencias.

Metodología de la investigación.

La metodología utilizada en el presente estudio es de carácter cualitativo de tipo histórico hermenéutico ya que se llevó a cabo un rastreo jurisprudencial de las sentencias de las altas cortes, en especial de la Honorable Corte Constitucional sobre el tema de la valoración del testimonio infantil.

El método utilizado fue el descriptivo dado que el estudio se apoya en ~~de~~ textos que estudian a profundidad los resultados de entrevistas diversas a niños y niñas víctimas de abusos sexuales, y los avances que se han obtenido respecto a la salvaguarda de los derechos del menor.

Pregunta de Investigación.

- ¿Cuáles son los criterios que debe tener en cuenta la justicia colombiana para conocer la verdad en los procesos penales, en los cuales los declarantes son los niños y niñas víctimas de delitos sexuales?,

Objetivo general.

- Establecer cuáles son los criterios que debe tener en cuenta la justicia colombiana, para conocer la verdad en los procesos penales, en los cuales los declarantes son niños y niñas víctimas de delitos sexuales y la posición jurisprudencial y doctrinal con relación a los testimonios de menores

Objetivos específicos.

- Identificar los criterios que tiene en cuenta la justicia colombiana en la búsqueda de la verdad en los procesos penales donde se investigan delitos sexuales en contra de los niños y las niñas.
- Determinar los elementos y criterios que se han desarrollado desde la jurisprudencia y la doctrina, frente a la valoración que debe tener el Juez al momento de practicar una prueba testimonial infantil en delitos sexuales contra menores o que involucren a uno.

Marco teórico

Uno de los elementos de prueba consagrado en el derecho probatorio colombiano y aprovechado por las diferentes ramas del derecho, entre las que se mencionan el derecho penal, es el testimonio, el cual se define como el relato espontáneo que una persona hace de un hecho, del que obtuvo su conocimiento, bien sea por la apreciación directa de sus sentidos o porque lo escucho de un tercero.

Ahora bien, se dice que el testimonio, con el documento, la inspección judicial y el dictamen pericial, hacen parte del grupo selecto que conforman los elementos probatorios, cuyo único fin es esclarecer los hechos materia de litigio. Para lograrlo debe el funcionario seguir ciertas reglas; (i). Solicitud y aporte de pruebas por cada una de los sujetos procesales, (ii). Decreto de las pruebas por parte del funcionario judicial, (iii). Práctica y oportunidad de oposición a ellas por las partes y, (iv) conclusión, que es la oportunidad que tienen los sujetos procesales de explicar con el resultado de las pruebas la ocurrencia de su teoría del caso.

Atendiendo a la forma como estos testigos han obtenido el conocimiento de los hechos, pueden clasificarse en directo o indirecto, dependiendo de si ha obtenido el conocimiento del hecho por la apreciación directa de sus sentidos o porque lo escucho de alguien más, este último también se le conoce como testigo de oídas, pero no es muy fuerte a la hora de valorarse, pues en algunas ocasiones se toma como un “chisme”, de igual manera presenta subclases, atípico que cuando no conoció el hecho pero fue mencionado en el proceso, único o plural, como su nombre lo indica si conoció el hecho solo o acompañado, y común o técnico, cuando el conocimiento radica en conocimiento espontáneo de lo que vio o supo y el segundo es cuando habla de conocimientos científicos o técnicos que posee.

La prueba testimonial, debe cumplir ciertos requisitos que la envisten de legalidad y la validan para ser usada de apoyo en la decisión final, así por ejemplo; a). Su práctica es potestativa del juez, b). El testigo relata de lo que tuvo conocimiento, C). No puede mentir y la

declaración es bajo la gravedad del juramento que es tomado por el juez, saltarse esta regla genera la violación de la norma penal (Artículo 442 del Código Penal “Delito de falso testimonio). d). La excepción a esta regla es el caso de los menores de 12 años, la ley estipula que no se les debe tomar juramento, en tanto ese ser humano todavía no ha desarrollado la suficiente madurez mental como para comprender las implicaciones, consecuencias y perjuicios que puede causar faltar a la verdad; en la diligencia debe estar asistido por su representante legal, o en su defecto la defensora de familia, presupuesto que ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial; “(...)...*El argumento más sorprendente de las decisiones impugnadas, es aquel emitido por la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, que echa de menos la falta de declaración sin juramento de la menor, olvidando que los menores de 12 años no están obligados a declarar bajo juramento. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, se tiene que tanto en la Ley 600 de 2000 (artículo 266), como en la Ley 906 de 2004 (383, inciso segundo) se establece que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.*” (Sentencia T-078/10. MP. Luis Ernesto Vargas Silva), e). Se le deben respetar todos los derechos legales constitucionales al testigo, sin importar diferencias por razones de religión, raza, inclinación sexual, nacionalidad, antecedentes, condición social, etc., por ello las preguntas que se le formulen, deben estar totalmente desprovistas de insinuaciones que llegaren a vulnerar su dignidad humana y f). Cuando el testigo es un menor de edad, sea adolescente o infante, por orden del artículo 44 de la Constitución Nacional, todos sus derechos pasan a ser fundamentales y por ende de protección especial, por lo que es obligación del director del interrogatorio, tomar las medidas necesarias para evitar la vulneración de sus derechos.

La calidad de ser testigo se adquiere por el solo hecho de ser persona, solo correspondiéndole al Juez determinar su capacidad para rendir dicho testimonio, pues no podría hacerlo quien esté bajo los efectos de drogas alucinógenas, alcohol o alguna perturbación mental que sea palpable; rendir testimonio es un deber legal ordenado por el artículo 33 de la Constitución Nacional “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*”, normatividad que fue tenida en cuenta por el artículo 383

de la Ley 906 de 2004 *“Obligación de rendir testimonio. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del artículo 146 de este código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público”*.

Pese a lo anterior también se permite del testigo ciertas ayudas, por así decirlo, en tanto la memorial puede fallar, cuando se rinde testimonio frente a hechos de muchos años atrás y se itera, aquí prima la habilidad del juez para interrogar al testigo, un caso claro es la prueba de referencia, como cuando un testigo dice que recuerda ese hecho, porque por esa época fue el nacimiento de su hijo y él se encontraba en ese hospital, precisamente acompañando a su esposa en esa situación.

Básicamente el testimonio siempre ha sido muy básico, el testigo habla sobre lo que sabe o de lo que se acuerda, lógicamente utiliza puntos de referencia para recordar fechas o lugares, incluso puede acudir a los videos o las fotografías (cuando un perito técnico en fotografía se le permite observar unas imágenes para refrescar la memoria), pero en últimas siempre va a relatar lo que le consta.

Al juez le queda la tarea de decidir si la prueba testimonial le sirve o no, cuidando de no caer en erros como el fenómeno denominado *“defecto factico”* que es el resultado de una inadecuada valoración de la prueba por parte del juzgador, (Sentencia T-538 de 1994):

“Recientemente en sentencia T-086 de 2007 se explicó de la siguiente manera: “(ii) Se produce un defecto fáctico en una providencia, cuando de la actividad probatoria ejercida por el juez se desprende, - en una dimensión negativa -, que se omitió la “valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. En esta situación se incurre cuando se produce “la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”. En una dimensión positiva, el defecto fáctico tiene lugar, cuando “la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no se puede apreciar, sin desconocer la Constitución”. Ello ocurre generalmente cuando el juez “aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.). En estos casos, sin embargo, sólo es factible fundar una acción de tutela por vía de hecho cuando se “observa que de una manera

manifiesta, aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”, y por ende violan el debido proceso (art. 29 C.N).

Así las cosas, este fenómeno tiene dos maneras de verlo, una negativa y otra positiva, la primera, sucede cuando el juez niega la prueba sin razón lógica o sustento normativo vigente y la segunda, es cuando el juez apoya su valoración en pruebas que resultan viciadas, nulas o improcedentes, como cuando se decretan y practican pruebas resultantes de una cadena de custodia viciada que no cumple los requisitos legales; aunado a ello del defecto factico se conocen 3 modalidades, (i). Por la nula valoración del acervo probatorio, que se presenta cuando el juez omite tener en cuenta pruebas legalmente practicadas dentro del proceso y de haberlas valorado adecuadamente, el final habría sido diferente (Ver Sentencias T-814/99, T-902/05 y T-162/07); (ii). Por la valoración errónea del acervo probatorio, cuando el funcionario judicial desconoce los resultados probatorios y decide alejarse de ellos tomando una decisión a motu proprio (Ver sentencias T442/92, T-450/01, T-1065/02, T-457/07 y T-162/07.) y, (ii). Por el desconocimiento de las reglas de la sana critica (Ver sentencias T442/92, T-450/01, T-1065/02, T-457/07 y T-162/07).

Sumado a lo anterior, el testigo puede tener doble calidad, es decir puede declarar sobre unos hechos que le constan y puede ser la víctima en ellos, connotación que ha venido tomando fuerza con la Constitución de 1991 en la cual la víctima entendida como el sujeto pasivo del acto dañino, vino a tomar importancia, se dice que tanto los adultos como los niños son susceptibles de esta categoría, la cual fue reforzada con la materialización de la expedición de la Ley 906 de 2004 (Ver sentencias T442/92, T-450/01, T-1065/02, T-457/07 y T-162/07). Hoy en día, la víctima juega un papel importante en la vida jurídica colombiana, en el proceso penal (Ver Código de Procedimiento Penal. Capítulo IV. Artículos 132 a 137), después de la condena de responsabilidad penal contra el imputado, se inicia a petición de parte, un trámite que se conoce como “*proceso de reparación integral a la víctima*” (Código de Procedimiento Penal, Capítulo IV. Artículos 103-108.), independiente del que pueda perseguir en la escena civil o en la contenciosa administrativa.

Podría decirse que la Constitución Política de 1991 fue pionera en muchos aspectos, y uno de los más importantes fue el reconocimiento a las víctimas (art. 250 n° 6 y 7 de la C.N), que no es un trabajo de la noche a la mañana, pues este derecho tiene concordancia con los artículos 1, 2, 93 y 229 ibidem, además jurisprudencialmente, ha tenido un avance importante, tal es el caso, de su reconocimiento como sujeto procesal con iguales derechos y garantías de las demás partes, a fin de obtener del aparato judicial una reparación integral, que ya no se limita a la meramente económica, sino además, adicionó varios elementos; el conocimiento de la verdad y justicia, además de la obligación del Estado de garantizar la no repetición del ilícito (Ver Sentencia C-177 de 2014, MP. Nelson Pinilla Pinilla, 26 de marzo de 2014, expedientes n° D-9830 y D-9841 acumulados. En esta además de su desarrollo del temático, citan los fallos C-004 de enero 20 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-370 de mayo 18 de 2006, Ms. Ps. Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Tafur y Clara Inés Vargas; C-454 de junio 7 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-575 de julio 25 y C-1033 de mayo 12 de 2006, ambas con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis y C-209 de marzo 21 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corolario de lo anterior, cuando la víctima es un menor, los derechos que le son propios alcanzan raigambre constitucional por tanto la Ley le otorga derechos e impone obligaciones y deberes al Estado. El artículo 44 de la Constitución Nacional, dispone que los derechos de los niños “...*prevalecen por encima de los demás*”, imposición que ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial (Sentencia C-1028/02 Bloque de constitucionalidad en relación a la protección de los derechos de los niños). De igual manera la jurisprudencia nacional e internacional ha desarrollado el concepto de *interés superior del menor* (Constitución Política, art. 44; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1; Código del Menor, arts. 20 y 22. Código del Menor. Es así que el artículo 20 establece: “*Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor*”. || Código del Menor, artículo 22: “*La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor*”. Entre otras las sentencias T-408/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-551/06 M.P. Marco Gerardo

Monroy, T-189/03 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-864/05, M.P. Álvaro Tafúr Gálvis, T-041/96, M.P. Carlos Gaviria, y T-510/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, han acogido este parámetro como criterio determinante para el análisis y resolución del caso en el que se involucran los derechos de los niños), entendido como la obligación de los Estados de amparar a los niños y niñas de beneficios y garantías, en aras de proteger su proceso de formación y desarrollo de crecimiento hasta la edad adulta.

En atención a la disposición legal que obliga a las instituciones del Estado a salvaguardar las garantías y derechos de los niños y niñas, incluyendo aquellas víctimas en delitos sexuales, el legislador impuso la obligación de utilizar el método de la Cámara Gesell, para realizar entrevistas a niños y niñas víctimas de abusos sexuales. La aplicación de este método se hace en obediencia de lo dispuesto por la Convención Sobre los Derechos de los Niños, promulgada por la ONU en 1989 y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Este método se ha convertido en el más utilizado en Colombia y se trata de una cámara acondicionada con aparatos de audio y video que mantiene alejado al niño víctima del estrés procesal, en Estados Unidos también se utiliza esta técnica, pero algunos critican que los videos resultantes de las entrevistas, son apenas fragmentos que no globalizan el 100% de la situación, por ende desde varios años atrás, se adicionó la entrevista grabada en audio y video, en tiempo real ayudado de circuito cerrado de televisión, en el mismo instante de la diligencia y con la presencia de las partes, que pueden hacerle preguntas al menor a través del profesional que realiza la entrevista, quien a su manera apoyado en su conocimiento profesional, examina la conveniencia de la pregunta y la manera de dirigirla al entrevistado.

Otros métodos que se utilizan para la valoración de los testimonios de niños víctimas de abuso sexual, el método del Comité de Pigot, aplicado en Inglaterra que son una serie de videos para estudiar el desarrollo de la declaración infantil, también existe el llamado Procedimiento Youg (1986-1992), el cual se compone de 3 etapas; la primera es la evaluación del testimonio del niño, tomando en cuenta elementos como la claridad o la inseguridad al responder y la demora en denunciar lo sucedido, el segundo es canalizar estas variables y hacer un análisis sistemático y riguroso de los detalles aportados acerca del abuso sexual acontecido, y la tercera; se centra en especificar los síntomas del niño como indicadores de una posible causación del

abuso sexual. Finalmente está el protocolo conocido como SVA (Sistema de Análisis de Valides), el cual se caracteriza por estar estructurado en tres elementos, la evaluación psicológica del niño, el análisis de su declaración de acuerdo con determinados criterios y la comprobación de su validez, como lo dice el autor (Gabriel, Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, 2005)

Con todo lo anterior y sin importar el método escogido, es claro que la entrevista del menor, debe estar a cargo de un médico psiquiatra o de un psicólogo, nunca de una persona sin conocimientos profesionales en medicina infantil, pues si los primeros se les exigen además conocimientos relacionados con la ciencia infantil, encaminados a entender las señas, gestos y comunicación lingüística del niño que declara, con mayor razón se debe impedir la participación a una persona ignorante en el tema, pues con seguridad va a generar más problemas que soluciones.

Debe entonces este profesional, iniciar con un estudio a profundidad del menor próximo a someter a entrevista, a fin de identificar su dominio del lenguaje, sus conocimientos de términos y frases comunes, los niveles de confianza depositada en el entrevistador, en todo caso el método que escoja debe afianzar la confianza entre el niño y su interlocutor, puede este valerse de la sugestión de una persona de confianza para él, en la mayoría de los casos, un familiar cercano sirve de enlace entre este y el menor.

Ahora bien, la valoración de las declaraciones rendidas por niños y niñas víctimas de delitos sexuales, son el producto de un análisis a conciencia no solo de los elementos legales que existen, sino también de los resultados arrojados por la entrevista en manos de un profesional, por ello se insiste en la importancia de que este funcionario cumpla con las características propias del tema, es decir debe ser un profesional integral que además de su título profesional cuente con especializaciones en la ciencia de la medicina infantil, pero especialmente con énfasis en la comunicación cognoscitiva, interpretación de gestos, actitudes y comunicación lingüística de los niños.

Son estos estudios y la experiencia la que brinda al juez elementos suficientes para fijar los criterios necesarios para una adecuada valoración de las declaraciones de niños y niñas víctimas de abuso sexual, la cual debe estar cimentada en la asesoría del profesional en psicología infantil.

Resultados.

Después de efectuar el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, de la doctrina jurídica y de los textos científicos que sobre el tema relacionado al testimonio en niños y niñas víctimas de abuso sexual, se lograron varios resultados.

Así las cosas el juez debe atender ciertas reglas pues es el encargado de aplicar los resultados de la entrevista e introducirlos como parte de la sustentación jurídica de la decisión que tome al final del procesos penal. En consecuencia y como primer requisito debe velar porque al menor víctima que será interrogado se le protejan y respeten los derechos y además se le mantengan sus garantías procesales, por tanto debe exigir que la declaración se haga en “Cámara Gesell”. Por otro lado, debe vigilar que la entrevista este a cargo de un médico psiquiatra o en su defecto de un profesional en psicología, los cuales deben acreditar conocimientos científicos en pedagogía infantil y/o psicología infantil, con énfasis en conocimiento lingüístico, lenguaje verbal y corporal, señales, comportamientos y actitudes.

Estos conocimientos se exigen, porque antes de iniciar la entrevista y/o interrogatorio, el profesional encargado de realizarla, debe establecer actitudes del menor que irán en últimas a determinar el perfil psicológico que comprende el lenguaje verbal y el no verbal, para darse una idea de su situación psicológica y así poder escoger el método o la estrategia más adecuada para realizar el interrogatorio, pues no hay que olvidar que una de las metas que tiene este funcionario, es adecuar el cuestionario que se espera sean resueltas por el menor testigo, preguntas que hacen parte de un listado entregado por los sujetos procesales al juez y este al psicólogo, así este podrá escoger y adecuar las inquietudes que considere adecuadas al para el niño o niña y desechar aquellas, que de una manera u otra, pueden vulnerar sus derechos y desconocer sus garantías. Corolario de lo anterior, el método escogido, puede lograr respuestas en del testigo por medio de juegos, muñecos sexuados, dibujos o incluso figuras y sonidos.

Aunado a lo anterior, es importante que el entrevistador se gane la confianza del niño o niña entrevistada, pues cuando estos se sienten en confianza, imprimen espontaneidad a sus respuestas y la espontaneidad es sinónimo de veracidad y este es finalmente, el resultado esperado por el juez penal, para valorar la prueba y tomar una decisión al respecto, que en la mayoría de los casos, hay ausencia de más testigos, quedando únicamente la víctima y su victimario en razón, a que la característica principal de este tipo de delitos, es que sean cometidos alejado de las miradas y de los reproches de la sociedad.

Así las cosas, los resultados logrados por el profesional encargado de realizar la entrevista al menor víctima de un delito sexual, son los que finalmente va a valorar el juez penal en el proceso que se esté desarrollando, quien con base en las reglas de la sana crítica y en la apreciación de la prueba ordenada por el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, tomara la decisión final, de ahí que nos permitimos asegurar, que en materia de delitos sexuales contra niños y niñas, la justicia penal colombiana debe trabajar en equipo con la ciencia de la psicología y de la psiquiatría infantil, y estudios afines, pues no puede darse el lujo el juez de valorar este tipo de entrevistas, sin su colaboración, pues estarían en riesgo los derechos y las garantías de los niños y niñas víctimas y testigos, y no se puede empeorar su situación.

Finalmente, ha de decirse que el juez penal debe ponderar los riesgos en que se encuentran los menores involucrados, pues si con el acervo probatorio existente se prueba o se descarta la participación del imputado en el hecho, debe prescindirse de la declaración del menor, pues priman los derechos de los niños y sus garantías, por encima de los resultados mismos del proceso penal, para hacerlo la justicia penal cuenta con mucha normatividad que apoya cualquier decisión que a bien lo tenga tomar el fallador.

Conclusiones.

Con base en el análisis de los textos analizados, todos en alguna medida relacionados con el tema del testimonio de niños y niñas víctimas de abuso sexual, se llegan a las siguientes conclusiones:

Lo primero que se debe verificar cuando se quiere practicar una prueba testimonial infantil, es la protección y prevención de daños posibles a causarse en el menor. De aquí se desprende que la labor de la justicia colombiana y en especial la jurisdicción penal, debe ser una fusión entre técnica jurídica, conocimiento de la ley general procesal y de las leyes especiales que regulan la protección y brindan garantías a los niños y niñas, con la ciencia de la psicología infantil y de todas aquellas ramas afines que ahondan en el estudio del comportamiento de niños y niñas víctimas de abusos sexuales.

Conforme a lo anterior, debe el juez penal vigilar que el tratamiento recibido por el menor víctima, antes, durante y después del proceso penal, esté en manos de profesionales capacitados en la materia, de lo contrario cualquier daño provocado en la integridad física y mental del niño o niña, será su entera responsabilidad.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina jurídica y la ciencia del testimonio infantil, concuerdan en que el mejor método para salvaguardar la integridad personal del menor, al paso que se obtienen resultados satisfactorios para el proceso, es la “Cámara Gesell”, apoyada con medios audiovisuales imperceptibles y en circuito cerrado de televisión para proteger la espontaneidad del menor y la oportunidad procesal.

Recomendaciones.

Todavía existen muchas poblaciones carentes de métodos tecnológicos, por lo que se siguen realizando las entrevistas a los menores víctimas de delitos sexuales, como se hacía en la antigüedad, con las consecuencias desastrosas para su desarrollo futuro, por tanto la primera recomendación es impulsar desde el Gobierno Nacional, la implementación del método de la Cámara Gesell, que apoye la impartición de verdadera justicia en todo los rincones del territorio nacional.

De igual manera, se recomienda afianzar los conocimientos en lo que a la ciencia de infancia y adolescencia se refiere, no solo de los funcionarios con estudios afines, sino de todos los funcionarios tanto de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, como del I.C.B.F y de otros entes que por su competencia, pueden llegar a tener contacto con el menor afectado, pues todavía se siguen presentando errores humanos que se pueden prevenir y que finalmente terminan por afectar al niño o niña víctima.

Referente bibliográfico.

- Constitución Nacional de Colombia.
- Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal Colombiano).
- Leyes 1098 de 2006, 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) y 1652 de 2013.
- Ley 12 de 1991.
- IV Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio y Primer Conversatorio del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes. -Impacto de las Leyes 1098 de 2006 y 1142 y 1153 de 2007 en el Sistema Penal Acusatorio- Autores: Carlos Moreno Arboleda, Javier García Prieto y Emely Mailing Salcedo Borja (pag 57).
- La prueba testimonial | La guía de Derecho <http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/la-prueba-testimonial>.
- Penal y Derecho Procesal Constitucional (pag. 3) Introducción.
- Psicología e Investigación Criminal: El Testimonio. José Ibáñez Peinado 2009. (pag 248).
- Sentencia T-078/10. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. 11/02/2010. Expediente T-2418585.
- Teoría de la Sana Crítica Dr. Boris Barrios González Catedrático de Derecho Procesal.
- Texto “De los testimonios de niños y niñas, Análisis y Propuestas” Gabriel M A. Vitale. Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea) Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com>. – Jornades de Foment de la Investigación “Evaluación de los testimonios infantiles en caso de abuso sexual”. Elena Escribano y Vanessa Vallespín.
- Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual. Polo L & Cabarcas A (2013). Pensamiento Americano 71-81).