

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

Probative value from testimony of a minor in a criminal prosecution of sexual abuse

Cómo referenciar 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
lupolo2@hotmail.com

Adolfo Mario Cabarcas Avila
adolcaba01@hotmail.com

Resumen

Este artículo es producto de nuestro trabajo de grado para optar el título de especialistas en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre – Seccional Barranquilla, en el cual abordamos un aspecto sumamente problemático en el ámbito de la relación Derecho Penal y Psicología, adentrándonos en la capacidad de discernimiento de un menor no solo partiendo de su condición propia de la edad, sino también cuando ha sido víctima de un abuso sexual, lo cual nos exige mirar con cautela qué tan racional o veraz resulta su versión, qué tanto puede influir en él, sentirse victimizado ante una conducta que finalmente se convierten en tragedias personales, íntimas y secretas que jamás se olvidan y dejan heridas indelebles en el alma, ya que en su esencia, el abuso sexual es un maltrato psicológico, es una traición fundamental de la confianza y las consecuencias del abuso sexual infantil muchas veces se arrastran de por vida.

Palabras clave

Psicología, Protección especial, Abuso, Maltrato, Valoración probatoria, Política criminal, Víctima.

Abstract

This item is the result of our work degree to qualify the title of specialist in Criminal Law and Criminology, Free University - Sectional Barranquilla, where we boarded a highly problematic in the field of Criminal Law and Psychology aspect ratio, entering the capacity for discernment of a child not only based on its own condition of age, but when you have been a victim of sexual abuse, which requires us to look carefully how rational or truthful is his version, both can influence it , feeling victimized to conduct that eventually become personal, intimate and secret tragedies never forget and leave indelible wounds to the soul, because in its essence, sexual abuse is psychological, it is a fundamental betrayal of trust and consequences of child sexual abuse often creep lifetime.

Key words

Psychology, Special Protection, Abuse, Abuse, Rating probation, Criminal policy, Victim.

Introducción

El objeto de este artículo, es adentrarnos hacia la reflexión crítica y material del análisis sobre el valor probatorio del testimonio del menor en los procesos penales de abuso sexual en los que han resultado víctimas, así como la protección especial de orden constitucional y del bloque de constitucionalidad, que propende por proteger la integridad moral y psicológica del menor desde diversos ángulos, regulando procedimientos especiales para su recepción dentro de

la investigación penal, por lo que el tema reviste singular importancia, cuando este testimonio se convierte prácticamente en la prueba reina que sirve de sustento al togado para imponer una sentencia condenatoria.

La psicóloga Elvira Berardi, titular de la Fundación Educando para Prevenir la Violencia (Funprevi) sostiene que es muy difícil establecer qué porcentaje de casos realmente se denuncian y a quién.

** Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre – Barranquilla

** Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre – Barranquilla
Artículo recibido: Octubre 9/2012. Aceptado: Febrero 5/2013.

Pero según su experiencia los niños a veces, inventan personajes, porque no pueden decir quién los está abusando. Pero hay que creerles. Los niños no mienten cuando se trata del maltrato sexual, cuando se conoce un abuso, hay que pedir ayuda profesional, y jamás silenciarlo.

Por estas razones, consideramos que estamos en presencia de un tema de trascendental importancia, el cual reviste un profundo y minucioso análisis a nivel del problema valorativo de la prueba testimonial de los menores afectados por conductas punibles de abuso sexual, por lo que nos dimos a la tarea de extraer, para alimentar la discusión doctrinal, las diversas posturas, que en nuestro país, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia han adoptado al momento de abordar el tema, colocando siempre de presente la prevalencia del respeto al menor, respecto de los derechos de los demás.

La presunción de verdad es el fundamento y presupuesto ideológico del testimonio; pero éste como expresión humana tiene que estudiarse en su justa dimensión y en las diversas facetas que lo hacen eficaz o ineficaz en su admisión y valoración. De allí la importancia de analizar con extremo cuidado y a la luz de la sana crítica el valor del testimonio del menor, especialmente en este tipo de conductas en donde es la víctima directa y sufrida del actuar delictivo.

Metodología

Con este trabajo de investigación, intentamos dar explicación respecto del problema psicológico y jurídico que se afronta cuando un menor debe rendir testimonio en el proceso penal por abuso sexual del que el mismo es víctima.

Asimismo, buscamos recoger e identificar antecedentes generales, números y cuantificaciones, temas y tópicos respecto de este problema investigado, sugerencias de aspectos relacionados que deberían examinarse en profundidad en futuras investigaciones.

Orientamos nuestro objetivo en documentar ciertas experiencias, examinar este tema poco estudiado para hallar el verdadero valor probatorio de estos testimonios en el proceso penal e identificar relaciones entre variables jurídicas y psicológicas

para investigaciones futuras más rigurosas.

De la protección especial de los menores y bloque de constitucionalidad.

Sería insulso adentrarnos en este tema, si no analizamos de contexto todo el temario atinente a la protección de los menores desde el ángulo de los tratados internacionales y de la perspectiva de la protección constitucional en nuestro país. El reconocimiento de esta especial necesidad tuitiva aparece en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Tal como lo pone de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la ley 12 de 1991.

Esta Convención expresa en su artículo 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Vale decir, mientras la legislación interna de los países signatarios no establezca un tope inferior para la mayoría de edad de sus naturales, en el contexto de la Convención de 1989 se estima como menor de edad a toda persona que no haya cumplido dieciocho años de existencia. Y en cualquier caso, se entiende por niño todo ser humano que se halle en la condición de menor de edad.

Esta calidad cronológica fue reiterada en la Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en Colombia mediante la ley 470 de 1998, a cuyos efectos dispuso en

su artículo 2º: “Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente Convención:

a) “Menor” significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años”.

En este orden de ideas, dado que se trata de un saber jurídico que admite conceptos diversos y teniendo en cuenta la falta de claridad respecto de las edades límites para diferenciar cada una de las expresiones (niño, adolescente, menor, etc.), la Corte Constitucional, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

“Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

“El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

Con base en lo anterior, la Corte ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)”. En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años”.

Por lo tanto, al tenor del bloque de constitucionalidad se considera niño a todo ser humano que no haya accedido a la mayoría de edad, con los

privilegios y facultades que otorga el artículo 44 superior.

La Corte Constitucional en diversos fallos ha reiterado la especial protección del menor, nos permitiremos citar la Sentencia C-055/10, en donde de manera categórica sentó lo siguiente: “La ordenación constitucional sobre niños y adolescentes, se encuentra determinada tanto por la propia Carta de 1991, como por Tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, a más de otras previsiones normativas reconocidas por la jurisprudencia como parámetros de constitucionalidad en esta materia. Se alude, por una parte, al artículo 44 constitucional, en el cual se consagran con carácter iusfundamental expreso, los derechos de los niños, la máxima pluralidad de sujetos obligados a la asistencia y protección del niño (familia, sociedad, Estado), la exigibilidad de las posiciones jurídicas de los derechos consagradas, y, finalmente, su carácter prevaleciente respecto de los derechos de los demás. En sentido semejante, el artículo 45 establece respecto del adolescente su derecho a la protección y la formación integral, así como el de participar en todas las instituciones que tengan bajo su responsabilidad la protección, educación y progreso de la juventud. De la interpretación de estas disposiciones se destaca, en primer lugar, la consideración según la cual los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección, cuyo origen se encuentra, entre otras razones, en su falta de madurez física y mental, en la consiguiente vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran frente a todo tipo de riesgos, en la necesidad que por consiguiente se deriva, de proveerlos de las condiciones que se requieran para convertirlos en miembros libres, autónomos y partícipes de la sociedad democrática y del orden en ella establecido. Son, en fin, sujetos de especial protección, como forma de consolidar el futuro de la nación y la sostenibilidad de su existencia basada en los valores y principios del constitucionalismo”.

“ A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales vinculantes sobre la materia, se incluye: i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de la adopción de medidas de protección que su condición requiere; y iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y social-

mente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad. Este conjunto de elementos evidencian no sólo la singularidad sino también la importancia del tema en el discurso constitucional y en la forma de razonar en Derecho. Por ello, frente a los poderes públicos, tal régimen constitucional del infante y del adolescente, al mismo tiempo potencia y limita las habilitaciones y competencias de los poderes públicos. Para el legislador y la administración, representa tanto obligaciones imperativas como facultades que impulsan los procesos de creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas y también los de formulación, implementación, análisis y evaluación de las políticas públicas. En este sentido, generan una vinculación positiva para regular en diferentes ámbitos y para actuar con discrecionalidad a fin de adecuar el derecho a la situación concreta del niño, niña o adolescente; y una vinculación negativa que los limita en su poder de configuración normativa y de reglamentación.

Para el juez constitucional ocurre algo semejante. De allí que tanto en las decisiones de constitucionalidad como en las de tutela en las que se encuentren involucrados los menores de edad, aparecen como criterios hermenéuticos fuertes, de modo que el juicio abstracto o concreto debe efectuarse en clave de lo aquí visto: ser sujetos de especial protección, el imperativo jurídico de buscar el interés superior del menor, el carácter *prima facie* prevaleciente de sus derechos, el reconocimiento de las garantías de protección para el desarrollo armónico, que generan obligaciones constitucionales verticales y también horizontales, la exigibilidad de los derechos y por consiguiente de las obligaciones, basadas en el carácter subjetivo y colectivo de los derechos e intereses protegidos. Condicionamiento que, es evidente, afecta igualmente a los poderes de los jueces con competencias ordinarias para conocer de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes”

Análisis Doctrinal sobre el testimonio de los menores abusados sexualmente

El abuso sexual es una de las más devastadoras experiencias que puede sufrir el ser humano. Las consecuencias de este acto perduran en el tiempo, destruyendo en los niños la expectativa de

vida saludable, horizonte vital y su alegría. Para Garrido y Masip (2004), en la ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, estimaron que existen una serie de características del abuso sexual infantil que hace su confirmación-desconfirmación extremadamente difícil. No suele haber testigos visuales, el culpable no confiesa, en ocasiones los padres niegan el abuso, los procedimientos policiales o los empleados por los servicios sociales son insuficientes, los indicadores conductuales tienen un valor diagnóstico irrelevante, a menudo no hay evidencias físicas del abuso, cuando las hay desaparecen en breve, algunas parecen ser poco específicas, y además la evidencia médica raras veces permite identificar a un agresor específico. Estas limitaciones dejan pocas alternativas. La víctima es la única fuente de información restante. No queda, por lo tanto, sino atender a su declaración. Se plantean, no obstante, dos preguntas. Primera, ¿tiene el menor la capacidad suficiente para narrar el episodio? Quizás un niño con limitadas capacidades cognitivas, o muy sugestionable, no pueda narrar adecuadamente el episodio de abuso. Segunda, ¿tiene el menor la intención de narrar el episodio? Es posible que el niño conozca lo sucedido y esté capacitado para contarlo pero que, por una u otra razón, no quiera hacerlo y mienta deliberadamente.

Se refieren igualmente a las dificultades de naturaleza cognitiva y a los problemas de competencia, considerando que estas dificultades serían aquellas que impiden que el niño pueda ofrecer un testimonio preciso de lo acontecido, pero que no llevan a una alteración deliberada de los hechos. Más bien se deberían a problemas de memoria, sugestionabilidad, etc., que alterarían la calidad del recuerdo.

Lo que parece desprenderse de las páginas anteriores es que los niños son testigos extremadamente incompetentes y sugestionables. No es esta la idea que deseamos transmitir, porque se aleja de la realidad. En todos los estudios revisados en este apartado, los niños del grupo control (que fueron entrevistados adecuadamente), recordaron los acontecimientos de forma correcta. Las investigaciones que han tratado la validez de algunas técnicas de entrevista han demostrado, también, que los niños, correctamente interrogados, hacen declaraciones precisas (Garrido y Ma-

sip, 2001; Holliday, 2003). De hecho, los niños, desde edades muy tempranas (desde 3 años) son testigos válidos, siempre y cuando se les entrevistó adecuadamente.

El problema no está en que los niños tengan ciertas limitaciones, sino en interrogar a los niños de forma que no puedan mostrar sus capacidades. Es necesario hacer bien la entrevista, evitando todos los procedimientos sugerentes enumerados anteriormente. En palabras de Saywitz y Camparo (1998): “las declaraciones de los niños pueden contener omisiones, inconsistencias y distorsiones que son más función de la incompetencia del entrevistador que de la incompetencia del niño” (p. 826).

El profesor Querejeta (1999), en su artículo Validez y credibilidad del testimonio, sostuvo lo siguiente: Cuando orientamos la valoración hacia la credibilidad del testimonio de un niño, el problema se complica notablemente desde la perspectiva del niño que declara como víctima, generalmente bajo la sospecha de un abuso sexual. Son delitos definidos por la privacidad. En estos casos, sobre todo en las formas crónicas, los hallazgos físicos no se presentan y la cuestión, inevitablemente, discurre sobre el delicado filo de creer más o menos a un menor que a un adulto: víctima y agresor.

Llegados a este extremo, la Psicología Forense afirma tener métodos e instrumentos útiles: El análisis de la realidad de las declaraciones (sra). Diges y Alonso-Quecuty afirman que “Esta técnica permite al psicólogo forense experimental conocer si la narración que hace el niño de los hechos corresponde o no con una experiencia vivida realmente por el menor o si, por el contrario, es fruto de su imaginación o de la manipulación de un adulto”.

Para Alonso-Quecuty (1999), al abordar el tema consideró: En primer lugar está la creación de un clima de simpatía y confianza, el objetivo es que el niño se sienta tan cómodo y relajado como sea posible. Durante esta primera fase hay que tomar una serie de precauciones que van desde explicar al niño el motivo de la entrevista y quiénes somos, hasta dejar claro que no se va a decidir sobre su credibilidad o su culpabilidad en el episodio que ha sido objeto de denuncia. Uno de los

aspectos más importantes es proporcionar al niño las diversas opciones de que dispone para responder a nuestras preguntas durante la entrevista. Entre ellas se encuentran advertencias como: que existen muchas formas de responder a las preguntas, que lo mejor es decir siempre la verdad, si la sabe, o decirnos que no conoce la respuesta si no la sabe; advertirle de que si se le pregunta sobre algo que sí pasó o algo de lo que conoce la respuesta pero no quiere hablar de ello en ese momento, no debe decirnos que no sucedió o que no lo recuerda; aclarar que, es esos casos, le basta con decirnos que no tiene ganas de hablar de eso ahora, o que le asusta hablar de eso, o simplemente que no le gusta esa pregunta... etcétera (ver Bull, 1992). Sólo tras haber obtenido un clima de confianza y haber aclarado todas y cada una de las múltiples opciones de que dispone para responder a nuestras preguntas, estaremos en condiciones de comenzar a hablar con el menor sobre el episodio crítico.

Del testimonio de los menores en procesos penales y su valor probatorio

Es imperativo para la cabal protección de los derechos de los niños víctimas de abuso sexual, que ellos no sean sometidos a rendir testimonio. La confrontación que debe hacer la víctima contra el acusado agrava el fenómeno de retractación, ya explicado, por el que pasa todo niño víctima. Son numerosos los casos en que el juez de conocimiento absuelve al abusador, pues considera que pierde toda la fuerza el acervo probatorio presentado por la Fiscalía, tras escuchar el testimonio de la víctima que se retracta.

Por lo anterior, en lugar de practicarse el interrogatorio de los niños víctimas, ellos deben ser sometidos a una entrevista hecha por un profesional. La entrevista del niño víctima será introducida como prueba dentro del proceso penal. Lo mismo sucederá con el informe pericial sobre la misma y el testimonio del experto que condujo la entrevista. De esta manera, se excluye el testimonio de los niños víctimas, sin negarles el derecho a ser oído y presentar su versión de los hechos. La defensa, a través del contrainterrogatorio del experto y tachando el informe, tiene la oportunidad de controvertir la prueba. De esta manera, se protege al niño víctima evitando la retractación sin perjudicarle al imputado el derecho a la defensa.

La Ley 1098 de 2006, conocido como Código de la Infancia y la Adolescencia, establece en su artículo 150, el mecanismo que se debe utilizar para la recepción del testimonio de menores en los procesos penales que se adelantan contra adultos: Artículo 150. Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes. El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

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.

La Unicef en el informe final sobre niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal, en Chile en el año 2006, abordó este tema de la siguiente manera:

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

La Comisión redactora del Proyecto de Ley 01 de

2011, que pretendía reformar el Código de Procedimiento Penal, estableciendo un mecanismo especial en la recepción del testimonio en menores de 14 años, víctima dentro de un proceso por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, tipificados en el Título IV del Código Penal, con ponencia del Senador Juan Lozano, en su exposición de motivos, expuso las siguientes consideraciones referentes al testimonio del menor víctima de abuso sexual:

Debido a los fenómenos de ocultación y acomodación, la entrevista forense a los menores abusados se torna en el eslabón crucial de la investigación criminal. El diagnóstico de abuso sexual suele establecerse a través del relato del menor, ya que debido a la revelación retarda el examen físico no demuestra el abuso. Por la importancia inherente de la entrevista, es vital que ésta se lleve a cabo por expertos. El profesional que entreviste a un niño debe tener conocimiento especializado en psicología infantil, desarrollo psicoevolutivo -en especial con lo cognoscitivo-, técnicas de recuperación de memoria, protocolos de entrevista, procesos de la revelación y teoría del abuso sexual, entre otros.

El objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación. Esto debe llevarse a cabo dentro de un contexto conversacional en un ámbito de respeto y dignidad, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños.

El entrevistador debe conducir la entrevista teniendo en cuenta el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, nivel de razonamiento, nivel de conocimiento y emociones del niño. Esto hace que la información obtenida del menor sea de mayor confiabilidad. También es imperativo que quien conduzca la entrevista entienda que la revelación es un proceso dinámico que el niño víctima atraviesa en forma progresiva y lenta.

Por lo anterior, es necesario que las entrevistas forenses e informes periciales sobre las mismas sean realizados únicamente por expertos en psicología y medicina, con experiencia y entrenamiento en entrevista forense. La entrevista debe llevarse a cabo en una Cámara de Gesell y ser filmada, para lograr presentar en audiencia tanto

el informe como el video de la entrevista.

Con este proyecto se adelantaría una entrevista en lugar del testimonio, para lo cual se debía seguir el siguiente protocolo:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo, médico o profesional en entrevista forense de niños y/o adolescentes designado por el juez que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por el juez o las partes;

b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, conforme lo establezca el psicólogo, médico o profesional designado;

c) En el plazo que el juez disponga, el profesional actuante presentará dentro del proceso un informe detallado con las conclusiones a las que arriban. Este informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este Código, en lo que le sea aplicable. El profesional deberá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista;

d) A petición de parte y/o si el juez lo dispusiera de oficio, la entrevista podrá ser seguida desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el juez hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

En caso de no contar el juzgado con el gabinete adecuado para la entrevista, ésta se deberá llevar a cabo en otra sede que sí cuente con las instalaciones adecuadas. La entrevista será grabada en video para su posterior reproducción dentro del proceso. (Proyecto de Ley 01 de 2011).

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en fallo de Tutela 078 de 2010, dejó sentado el siguiente criterio:

La descalificación del testimonio de los niños parece hoy cosa del pasado, al tiempo que el proceso de visualización del fenómeno de abuso sexual infantil cobra trascendencia en todos los ni-

veles, particularmente en el reconocimiento que la jurisprudencia ha hecho del testimonio de los menores de edad en los casos de abusos sexuales. Es así como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicación 23706), retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar ex ante el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual. En esa ocasión la Corte sostuvo que a partir de investigaciones científicas es posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Además de lo anterior, en jurisprudencia que se mantiene hasta el presente, sobre el tópico ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutaban de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no pude colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio. (Sentencia del 26 de Enero de 2006)

La Corte suprema cita la doctrina en el fallo en mención y advierte: “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 tér-

minos 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 nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

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 so-

lamente 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...” .

Por considerarlo de singular trascendencia dentro del análisis probatorio, la postura de la sala, en consideración al testimonio de los niños abusados sexualmente, por lo tanto transcribimos apartes de sus comentarios:

Difícil la apreciación como riesgosa para equívocos es también la declaración de un menor, pero no porque lo sea, sino porque como en el de cualquier otro, entra en juego factores, situaciones y aún la normalidad o no de los sentidos, amén de lo subjetivo como es el parecer o interés propio, o la influencia ajena no sólo de terceros, sino de la misma convivencia o experiencia.

Su valor es igual al de los demás, por tanto no puede ser catalogado que por su condición especial y distinta de ser un pequeño en edad, inexperiencia y carente de conocimiento cabal, resalte como una notoria diferencia que la haga tener de entrada merecedor de rechazo o desconfianza natural. Es tema y parte de la habilidad y el conocimiento del analizador para entrar en su terreno a efectos de obtener o no su credibilidad, en las mismas condiciones de los demás testigos de un caso. (Corte Constitucional T-078-2010)

Sostuvo la Corte en la citada sentencia, que: Tampoco entra en juego una desconfianza natural al testigo por ser único, vale decir, cuando nadie más sabe o le consta algo de la verdad, caso típico es en esta clase de hechos donde no sólo por la seguridad del autor para no ser sorprendido sino

por la naturaleza humana de la intimidad, ya que no es hecho de realización en presencia de otros como el hurto, el homicidio, etc; luego es preciso y necesario ponderar con suma atención lo que entre sí cada quien refiere, ya que la verdad está entre ellos pero no es imposible conocerla sea por cortapisa legal o por espontáneo o injustificado demérito a uno de ellos, pues valga traer la invertida reflexión de que en materia de evaluación testimonial éstos no se cuentan o cifran su calidad a manera de tarifa legal, sino que se pesan. (Corte Constitucional T-078-2010).

Igualmente, la Corte Constitucional, en la sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual también adujo:

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

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de casación de fecha 10 de noviembre de 2004, radicación 19055, expresa lo siguiente:

De antemano huelga precisar que la apreciación o juicios de valor en materia de análisis probatorio no poseen una medición matemática o rígida más allá que del simple ajuste a los perfiles de la lla-

mada sana crítica y sus criterios autorizados de la experiencia, la lógica y el conocimiento para arribar con propiedad a un convencimiento propio y de acuerdo a los contenidos expuestos, sometidos a la valoración.

Así mismo trae a consideración una decisión de la Corte Suprema de Justicia que sobre el particular manifestó: La sana crítica impone al funcionario judicial valorar la prueba contrastándola con los restantes medios, y teniendo en cuenta la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada.

El examen probatorio, individual y de conjunto, además de los criterios señalados, acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita.

En consecuencia, el razonamiento para determinar en un proceso penal si un hecho dado ocurrió o no (facticidad), y, en la primer eventualidad, las posibilidades en que se ejecutó, solo puede apoyarse en premisas argumentativas que apliquen las reglas de la sana crítica, en los términos que vienen de explicarse, no a través de la personal o subjetiva forma de ver cada sujeto la realidad procesal examinada.

“El juez tiene cierto grado de libertad frente a las pruebas para arribar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos y de la responsabilidad penal; y nada obsta para que la convicción destinada a resolver un caso la derive de un testimonio único, siempre que el raciocinio del funcionario judicial no desborde el margen racional sugerido por los postulados de las ciencias, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.”

Resultados

Luego de este análisis doctrinal y jurisprudencia, que humildemente quisimos enriquecer en la larga discusión sobre la realidad, autenticidad, objetividad y veracidad del testimonio de los menores víctimas de abuso sexual, nos atrevemos a concluir, que efectivamente debe dársele todo el

valor probatorio, no solo en procura de castigar con severidad a quienes resulten responsables de estas conductas, sino también, porque se encuentra plenamente demostrado que los menores víctimas de estas vejaciones, por lo general demuestran veracidad al momento de dar su testimonio y suelen decir la verdad sin siquiera ser influidos.

Los menores en su testimonio, a pesar del inmenso daño recibido, son claros, tranquilos, francos y espontáneos. Y científicamente está demostrado que no pueden ser objeto de exclusión, por lo que no podríamos incurrir, tal como lo dijo la Corte, en la impropiedad de descalificar ex ante el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual. No obstante, se hace necesario que en nuestro país se cumpla con una serie de protocolos que permitan brindar al menor todas las garantías necesarias y suficientes para escucharle su versión de lo ocurrido. Por eso propendemos que se reviva el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal, que intentó establecer disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales.

Consideramos que la utilización de la Cámara Gesell en las investigaciones penales de abuso sexual en menores, no sea un simple protocolo formal sin fuerza coercitiva, sino que debe convertirse en un procedimiento de obligatorio cumplimiento, lógico está con el acompañamiento de personal profesional capacitado, cuyo fin primordial conduzca a garantizar al menor sus derechos, tal como lo dispuso la Convención Internacional de los derechos del Niño (aprobada por las Naciones Unidas en el año 1989), que impone a los Estados que la hubiesen ratificado la obligación de aplicar sus normas en sus territorios, incurriendo en responsabilidad internacional de acuerdo al trato que cada Estado le dé a los niños. Como aspectos principales de esta norma, los cuales deben ser incluidos en el derecho interno del estado suscriptor, debemos mencionar el tener que concebir a los niños como sujetos de derecho otorgándoles una protección integral.

“El Interés Superior del Niño” ha sido aludido por el Art. 12 de la misma Convención disponiendo: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas

de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”.

Referencias

Alonso-Quecuty, M. (1999). Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual. Catedrática de Psicología del Testimonio, (73).

Código Penal Colombiano.

Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

Constitución Nacional de Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia C-055/10.

Corte Constitucional, Sentencia T-078/2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de enero de 2006 radicado 23706.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de Julio de 2008 radicado 29117.

Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño.

Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24).

El testimonio en la práctica jurídica. En M. A. Soria (Ed.), Manual de psicología jurídica e investigación criminal (pp. 97-113). Madrid: Pirámide. (PS/343.95 MAN sor).

Garrido, E., y Massip, J. (Mayo de 2004). La evaluación del abuso sexual infantil. Ponencia presentada en el 1 Congreso de Psicología

- Jurídica y forense en Red, Universidad de Salamanca.
- Manzanero, A. (2010). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre memoria*. Madrid: Pirámide. (PS/343.14 MAN psi).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10).
- Pozo, C. (2005). *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide. (PS/343.14 MAN mem).
- Proyecto de Ley 01 de 2011 SENADO DE LA REPUBLICA. “por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales.”
- Toro, O., y Cajica, E. *Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley 906 de 2004*. Ediciones Nueva Jurídica-Décima Edición Actualizada.
- UNICEF. (2006). *Informe final sobre niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal*. Chile.
- Zanetta, Mariela. *La cámara gesell en la investigación de delitos sexuales*. Universidad Católica de Córdoba.
- (1999). *Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, (13).
- (1998). *Abuso sexual infantil*. En Viar y Lamberti (Ed.), *Violencia familiar y abuso sexual*. Universidad del Museo Social de Argentina.
- Psicología Del Testimonio*, Jaume Masip, Department of Social Psychology and Anthropology. Universidad de Salamanca; Manzanero, A. (2008).

Notas

1. Citado por, Eugenio Garrido y Jaume Masip, Ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red- Mayo 2004.

2 “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

El dispositivo de la Cámara Gesell (CG) fue creado por el estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), psicólogo que se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los niños. Básicamente, la CG consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que hay un vidrio de gran tamaño que permite ver desde una de las habitaciones lo que ocurre en la otra –donde se realiza la entrevista-, pero no al revés. Gesell la creó para observar las conductas de los chicos sin que éstos se sintieran presionados por la mirada de un observador. (Tomado del artículo la cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales, de Mariela Zanetta Magi-abogada, docente de Derecho Romano y Práctica Profesional, Universidad Católica de Córdoba).