

***“ Los niños maltratados de esta generación, si sobreviven, serán los
padres que maltraten a la generación siguiente y los miembros
desadaptados de la sociedad ”***

Vincent Fontana

**VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD
VÍCTIMA DE ACTOS SEXUALES ABUSIVOS**

LUÍS FERNANDO MANOSALVA VARGAS

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2008

**EL TESTIMONIO DEL MENOR VICTIMA EN EL DELITO DE ACTO
SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS**

LUÍS FERNANDO MANOSALVA VARGAS

**Trabajo de grado como requisito parcial para optar el
Título de abogado**

Directora

Dr. MARIA ISABEL AFANADOR

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2008

A Dios todopoderoso
A mis padres y hermanos
por estar en cada
momento de mi vida.
Su apoyo incondicional fue
Fundamental para este
proyecto

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
I. GENERALIDADES SOBRE EL DELITO SEXUAL	17
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	17
1.1.1 ANTECEDENTES EN GENERAL	17
1.1.2 ANTECEDENTES EN COLOMBIA	22
II. EL DELITO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS	32
2.1 ACTO SEXUAL, ABUSO SEXUAL Y DELITO SEXUAL	32
2.1.1 DEFINICIÓN DEL DELITO SEXUAL	35
2.1.2 TIPIFICACIÓN VIGENTE DEL DELITO SEXUAL	36
2.2 ANOTACIONES SOBRE LOS ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS	51
2.2.1 TIPO BÁSICO	51
2.2.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	52
2.2.3 ASPECTOS DOGMÁTICOS	55
2.2.4 TIPO OBJETIVO	55
2.2.5 CONDUCTA	62
2.2.6 OBJETO MATERIAL	65
2.2.7 TIPO SUBJETIVO	65
2.2.8 EJECUCIÓN	66
2.2.9 PUNIBILIDAD	66
III. TESTIMONIO Y SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	68
3.1 EL TESTIMONIO EN LA HISTORIA	68
3.2 DECANTACIÓN HISTÓRICA DEL TESTIMONIO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	72

3.3.2 CONSIDERACIONES EN TORNO AL TESTIMONIO COMO MEDIO DE CONOCIMIENTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	98
IV. VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE ACTOS SEXUALES ABUSIVOS	106
4.1 GENERALIDADES DEL TESTIMONIO: CONCEPTO, NATURALEZA Y COMPLEJIDADES	106
4.1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL TESTIMONIO	106
4.2 LA VALORACIÓN O APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD	123
4.2.1. LAS GRANDES TENDENCIAS EN CUANTO AL VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD	124
4.2.2. UNA TERCERA VÍA	137
V. EL DELITO SEXUAL Y LA DOBLE VICTIMIZACIÓN DEL MENOR	139
5.1. VICTIMIZACIÓN DEL MENOR EN LOS DELITOS SEXUALES	139
5.2 LA REVICTIMIZACIÓN O DOBLE VICTIMIZACIÓN DEL MENOR	152
5.2.3 LA VICTIMIZACIÓN CAUSADA POR LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO	154
CONCLUSIONES	172
BIBLIOGRAFÍA	181

RESUMEN

TÍTULO: VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE ACTOS SEXUALES ABUSIVOS*.

AUTOR: LUIS FERNANDO MANOSALVA**

PALABRAS CLAVES: Testimonio, abuso sexual, menor, víctima, doble victimización, acto sexual, delito sexual, dignidad.

DESCRIPCIÓN

Con el presente proyecto se estudia el valor probatorio del testimonio de un menor, víctima de acto sexual abusivo en menor de 14 años (artículo 109 código penal). Teniendo en cuenta la ley de la infancia y la adolescencia, así mismo el sistema penal acusatorio y las convenciones internacionales sobre el niño.

Se resalta como ha venido evolucionando este valor, desde no creérsele nada al niño, hasta, hoy día darle toda la credibilidad posible, claro teniendo en cuenta los criterios de la sana crítica y principios como la contradicción, legítima defensa, debido proceso y dignidad humana. Todo enmarcado sobre la premisa del interés superior de los derechos del niño.

Se hace una comparación sobre la crítica del testimonio, basándose en Gorphe , y terminando en la psicología actual, donde presenta al niño como una persona que tiene igual de capacidades a un mayor. De igual forma se acude a mecanismos utilizados a nivel mundial, en procura de darle un mejor tratamiento al testimonio, esto es las audiencias infantiles o la cámara Gessel, entre otras.

Como conclusión se presenta una forma de llevar a cabo el testimonio, donde se le ofrecen garantías tanto a la víctima como al victimario, de manera que pueda contar los hechos tal cual como sucedieron y de ello resulte la verdad real para que el juez pueda valorar libre y objetivamente, y así dar la sentencia más acertada, siempre bajo el imperativo categórico de no cometer la doble victimización, pero también llevar el debido proceso y la presunción de inocencia a su máxima expresión.

* Monografía

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Directora María Isabel Afanador.

SUMMARY

TITLE: PROBATIVE VALUE OF THE TESTIMONY OF A MINOR WHO HAS BEEN VICTIM OF CHILD ABUSE.*

AUTHOR: LUIS FERNANDO MANOSALVA.**

KEY WORDS: Testimony, child abuse, minor, victim, double victimisation, sexual intercourse, sex crime, dignity.

DESCRIPTION: This project studies the probative value of a 14-year-old minor's testimony who has been victim of child abuse (Article 209 of Colombia's Penal Code), taking in account Infancy and Adolescence Law, likewise, Colombia's Accusatory System and the international conventions on the rights of the child.

The project highlights the evolution of probative value of minors' testimony who have suffered from this sort of abuse, starting from the initial scepticism until the current problematic issues that focus on the importance of minor's testimony. For this purpose I have taken in account the judgments of constructive criticism and some principles such as contradiction, self-defence, correct trial, human dignity that are aimed at making respect the rights of the child.

A comparison is made on the critique of the testimony, based on Gorphe, ending in psychology today, which presents the child as a person who has the same capacity at a higher. The same shall come to mechanisms used worldwide in an effort to give better treatment to the minor witness, this is the child or camera hearings Gessel, among others.

In conclusion, this project shows a way to obtain the testimony in which victim, and also victimizer, is given some guarantees in order to get the truth, and to allow judge to evaluate freely and objectively. To pass the right sentence without committing double victimization is the main reason why we suggest this project, but we also suggest a way in which a right process and the presumption of innocence will be carried out deeply.

* Monograph

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Sciences. Law. Director: María Isabel Afanador.

INTRODUCCIÓN

La violencia sexual está reconocida en el mundo como un atentado contra la dignidad humana y los derechos básicos fundamentales de las personas: vida, libertad e integridad. En ese sentido, la atención a las víctimas de este delito constituye una prioridad nacional (Preámbulo y artículo 1 superiores).

El delito sexual es una de las múltiples manifestaciones de la violencia que existe en Colombia¹ y que causa gran impacto en la sociedad, en especial porque coloca en entredicho sus estructuras básicas, por las circunstancias en que éstos se cometen, respecto de las víctimas, involucra mayoritariamente a menores de edad de ambos sexos, y en cuanto a los victimarios, son en gran parte personas cercanas al círculo familiar y social².

Esta clase de violencia es una de las más dañinas, incluso más que la violencia política que agobia nuestro país, en especial pues es la misma sociedad la que calla y oculta esta violencia que corroe lentamente y causa daño a los seres más importantes dentro de una sociedad, los niños, el futuro de nuestro país. Los niños a partir de la Constitución Política de 1991 en virtud del artículo 44 superior son reconocidos dentro del Estado Social de Derecho colombiano como los seres más vulnerables, y en consecuencia, están cobijados por una protección estatal especial.

¹ Se ha determinado que la violencia sexual ocurre en un alto porcentaje al interior de la familia y el 77 por ciento de las víctimas son menores de edad. Según datos del Instituto Nacional de Medicina Legal, cada dos horas hay tres casos de violación a menores. En el 2007 se realizaron 14.239 dictámenes de violencia sexual, de los cuales el 84,4 por ciento fue a mujeres con un promedio de edad de 13 años. Durante el mismo año, el ICBF reportó 26.824 casos de maltrato infantil, de los cuales el 4,88 por ciento (1.309) correspondieron a abuso sexual.

² “En el 90% de los casos el agresor estaba identificado, de estos en el 10% no se precisó en el reconocimiento médico legal el parentesco con el menor. Los porcentajes más altos son para el padrastro con el “21%, el padre con el 13% y primo con 8 %”. FORENSIS 2004. DATOS PARA LA VIDA. Centro de referencia nacional sobre violencia. I edición. IML y CF. 2007.

Lamentablemente el delito sexual nos remite a la idea de impunidad, las estadísticas que a continuación se presentan así lo evidencian: En Colombia se estima que las investigaciones por delitos sexuales representan sólo entre el 5 y el 10 por ciento de los casos que ocurren. Así mismo, se ha establecido que el 70 por ciento de los hechos no son denunciados y que la mayoría de las veces, el 90 por ciento, se presenta al interior de la familia, siendo los más afectados los menores de edad³.

De acuerdo con estadísticas de la Fiscalía General de la Nación⁴, durante el año 2000 la entidad recibió 17.540 investigaciones, en el 2001 ingresaron 30.518 y en el 2002 entraron 24.323 procesos por delitos sexuales. Por otra parte, en el año 2003 a la Fiscalía ingresaron entre enero y octubre 9.366 procesos en instrucción y 14.957 investigaciones previas por delitos sexuales, así mismo se profirieron 2.769 resoluciones de acusación y se precluyeron 3.504 investigaciones por esos delitos.

Con base en las cifras se pudo determinar que en ese mismo lapso la Fiscalía recibió 5.886 (denuncias,) por el delito de acto sexual con menor de 14 años, de los cuales 600 correspondieron a la seccional Bucaramanga y 584 a la seccional Cundinamarca. Por el delito de acceso carnal violento la seccional Bucaramanga también registró el mayor número de ingresos, con 1.014 procesos, seguida de la seccional Buga con 514 investigaciones⁵

A pesar de los efectos nocivos individuales y sociales de estas conductas, la investigación y sanción del delito sexual presenta numerosas dificultades. La misma naturaleza de este delito, hace que su indagación sea un procedimiento difícil. Con frecuencia, ni siquiera se obtiene colaboración de la víctima, quien por diversas circunstancias de orden psicológico-social y cultural siente miedo, vergüenza o

³ FORENSIS 2004. DATOS PARA LA VIDA. Centro de referencia nacional sobre violencia edición. IML y CF. 2005.

⁴ Fiscalía General de la Nación. Estadísticas elaboradas a partir de la base por tipo de delito suministrada por el Centro de Información Sobre Actividades Delictivas, Cisad. Los datos fueron procesados por la Oficina de Planeación.

⁵ www.fiscalia.gov.co

simplemente la desconfianza en la oportuna y eficaz administración de justicia es de tal magnitud, que prefiere no denunciar el ilícito⁶ o si ya lo ha hecho, abandona el caso negándose a responder a los requerimientos del funcionario judicial. El manejo inadecuado que algunos funcionarios hacen de la víctima, generalmente mujer o menor, aterroriza y maltrata a la víctima.

De igual forma, el tema central del presente trabajo de monografía “valor probatorio del testimonio del menor víctima de acto sexual abusivo en menor de catorce años”, proporciona otra dificultad, como delito de “puerta cerrada” y de privacidad, lo usual es que la agresión sexual se cometa sin presencia de testigos, por lo que a menudo no hay pruebas en el cuerpo del menor⁷, - a diferencia del acceso carnal abusivo con menor de catorce años -, y la única prueba es el testimonio de la víctima, el menor, cuyo testimonio tradicionalmente ha generado controversia⁸.

Teniendo en cuenta la anterior situación, el siguiente trabajo monográfico apunta a desarrollar la problemática existente en los delitos sexuales con menores, en especial el tipo penal señalado en el artículo 209 del Código Penal, acto sexual con menor de catorce años. Las principales situaciones que generan polémica se dan en torno al testimonio del menor víctima como medio de prueba incriminante por excelencia, los posibles alcances de su credibilidad dentro de nuestro sistema de derecho penal que se predica de corte garantista y, en particular, la verdad, justicia y reparación a que

⁶ Este delito en el país no había tenido una visibilización tan frecuente como la ocurrida por estos días, la razón: solo el 5 por ciento de los casos son denunciados ante las autoridades. Fiscalía General de la Nación, Boletín de Prensa No. 323

⁷ SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. INML y CF. En la actualidad, de cada 8 exámenes sexológicos, cinco se realizan en menores de 14 años, el adulto utiliza el menor para efectuar maniobras de masturbación, roce de genitales y caricias sexuales que en la mayoría de los niños no deja huella externa, detectable a examen físico. Sin embargo, el daño psíquico es inmensurable. Lograr detectar evidencias en estos casos es difícil, pues no se observa la desfloración u otras lesiones genitales propias del acceso carnal en menores.

⁸ SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. INML y CF. En estos casos es difícil confiar en la prueba testimonial, pues en el 70% de las veces el agente activo es el padrastro, el padre biológico del menor o un familiar muy cercano que tiene gran influencia sobre el niño, y en posibles testigos (madre y hermanos) a quienes amedrenta y presiona para desviar la investigación. Más graves aún son los casos “silenciosos” donde con complicidad de la madre la(s) niña(s) es utilizada sexualmente y de manera crónica por los adultos.

apunta el proceso penal. Estos aspectos, todos enmarcados en un mandato constitucional que impone la supremacía de los derechos de los niños de conformidad con los tratados internacionales, fundados en el interés superior del menor, conforman un imperativo dirigido a preservar al menor de la doble victimización a que está expuesto por el trámite judicial.

Además, con el nuevo sistema de proceso penal orientado por el principio de contradicción de la prueba se ponen en tensión dos derechos o valores constitucionales, el debido proceso (defensa y contradicción e inmediación de la prueba de cargo (artículo 29 CN) y el principio de interés superior del niño (artículo 44 CN).

En el presente trabajo de corte descriptivo, a partir de un estudio del estado del arte y el posterior análisis documental, se dividió en cinco capítulos. El primero, denominado Generalidades sobre el delito sexual, se hace un rápido recorrido del marco teórico desde una perspectiva histórica con relación a los antecedentes normativos y las diferentes maneras en que la comunidad humana ha hecho frente a este fenómeno para mirar la evolución en el marco del derecho patrio.

Seguidamente, en el capítulo dos se hacen precisiones conceptuales y se revisan las diferentes maneras en que ha venido madurando el tema de los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo de la conducta es un menor de edad, continuando con la regulación normativa patria desde la perspectiva dogmática del delito sexual, hasta aterrizar en el Régimen Penal vigente dentro del contexto de la Constitución Política de 1991 y el Código de la infancia y la adolescencia, Ley 1098 de 2006.

En el tercer capítulo, se aborda el análisis del testimonio como medio de prueba y la manera como finalmente terminó acuñado dentro del derecho vernáculo, se estudia la prueba testimonial en las diferentes fases y audiencias hasta llegar a la de juicio oral, deteniéndose en los pormenores y particularidades que se pueden suscitar en torno a ella en el Sistema Penal Acusatorio.

En el capítulo que corresponde al alma de esta investigación, valor probatorio del testimonio del menor de edad víctima de actos sexuales abusivos, se inicia con el intento de plantear las principales problemáticas que reviste el testimonio de un menor de edad, se enfatiza en los giros históricos que ha tenido la valoración probatoria en el derecho foráneo hasta coincidir como quedó articulado en nuestro sistema jurídico, y sobre todo los giros introducidos en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). A partir de los requerimientos exigidos al testimonio en general para otorgarle valor probatorio, se hace un análisis específico de éste en el caso del testimonio de menores víctimas del delito de abuso sexual (artículo 209 del actual Código Penal), para establecer su peso como medio incriminatorio para condenar al autor del delito, cerrando con la postura que se asume por el autor de la investigación, en relación con el adecuado manejo probatorio del testimonio del menor de catorce años víctima del delito sexual.

Para finalizar, en el último capítulo, se presenta una disertación acerca de los efectos dañinos involucrando las repercusiones biológicas, psicológicas y sociales que provoca en los menores abusados sexualmente, no solo por el hecho de ser víctimas del delito, sino también otros factores, como el manejo dado a esta situación por la familia, por los centros educativos, la sociedad y los medios de comunicación, así como los eventuales daños que puede causar al menor víctima en desarrollo de los procesos policivos, administrativos y penales, Esta problemática ha sido denominada, doble victimización; en torno a esta se desarrolla una propuesta, que se presenta a discusión en la mesa, para replantear y diseñar, con el enriquecimiento de los avances y experiencias de países de otras latitudes, a fin concretar el manejo adecuado de la víctima-testigo menor de edad, sin menoscabar sus derechos superiores y, menos, comprometer a futuro su dignidad.

Se espera que esta monografía sirva de apoyo a quienes se interesen por esta problemática tan grave y compleja, como es la del abuso sexual infantil en nuestro

país y que sea de utilidad a los profesionales que desde ámbitos diversos se vean impelidos a intervenir en ella. Igualmente, se espera aportar algunos elementos que sirvan a investigaciones posteriores en este campo, o áreas afines.

I. GENERALIDADES SOBRE EL DELITO SEXUAL

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.1 ANTECEDENTES EN GENERAL

Los actos sexuales son parte de la naturaleza de los seres vivos que cumplen funciones reproductoras de conservación de la especie guiados en la mayoría de los casos por el instinto animal. Los seres humanos al inicio de la evolución no se diferenciaban mucho del resto de los animales. En este sentido señala Humberto Barrera:

“...El hombre primitivo gobernado en sus relaciones eróticas solo por el instinto sexual, por los impulsos de aproximación sexual favorables al cumplimiento de las funciones reproductoras, no podía tomar en cuenta factores diferentes para señalar el buen o mal carácter de sus relaciones eróticas, a las cuales llegaba por violencia si era necesario⁹.”

A medida que se fueron conformando diferentes tipos de organizaciones sociales, las actuaciones de los hombres pasaron del plano individual al plano social. De esta forma se empieza a observar intereses que afectan el conjunto de seres que integran el grupo social, generándose reglas que permiten lograr un orden social. La protección penal surge cuando un interés resulta indispensable para las organizaciones sociales.

En cuanto a las relaciones sexuales, los intereses que al ser ofendidos originaron ilicitudes punibles, surgieron según la respectiva organización social. En la horda, la

⁹ BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto. Delitos Sexuales. Librería del Profesional, Bogotá, 1998. Pág. 35.

promiscuidad sexual sin regla ética alguna excluye toda prohibición penada, la toma violenta de la mujer era lo usual. Con el trato exogámico, la compra de la mujer dejó atrás el rapto y la violencia, que de ser empleadas para la acción hacían al sujeto incurso en el delito de violación.

“Ya en el patriarcado, la mujer fue objeto de placer de la pertenencia del hombre, y el desconocimiento de esta propiedad dio origen al rapto y al adulterio como delitos”¹⁰.

Posteriormente en la medida en que las organizaciones sociales se hacían más complejas, las leyes que las regían aumentaban de manera gradual, sin embargo, la evolución del delito sexual fue un poco más lenta. Algunos actos no eran considerados delitos debido al poco valor que se le daba a la mujer, como lo manifiesta Lizandro Martínez:

“En el código de Manú, se consagraba el ayuntamiento sexual de la mujer que no había tenido hijos, con su cuñado, mirando el propósito único de la fecundación, y con este mismo fin, Licurgo ordenaba a los varones ceder sus mujeres a otros más robustos más viriles”¹¹.

Leyes como estas, buscaban cumplir con los fines reproductivos de la especie humana, para mantener la raza, el hecho de ceder la mujer a hombres más robustos, obedecía a la época de guerra, en la cual era necesario contar con hombres aptos para la batalla.

En las principales civilizaciones se penaba la violación, en Egipto se penaba con castración, entre los hebreos con la pena de muerte o de multa según la mujer fuera casada o soltera¹². En el ya citado Código de Manú se aplicaba al violador una pena

¹⁰ BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág. 42.

¹¹ MARTÍNEZ, Lizandro. Derecho Penal Sexual. Editorial La ley. Pág.98.

¹² Sagrada Biblia. Libro del Deuteronomio 25, XXII.

corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social, ni prestara su consentimiento, pues si se surtían esas condiciones, el infractor no era sancionado¹³.

En Grecia, el violador era castigado con una multa y con la orden de unirse en matrimonio con la víctima si ésta daba su consentimiento, de lo contrario se le condenaba a muerte. Las leyes sajonas castigaban la violación con multa disminuida por el consentimiento de la víctima. En Inglaterra, Guillermo el Conquistador, impuso la pena de ceguera y la de castración, que con la Constitución Carolina pasó a ser de muerte.¹⁴

Por su parte en España, señala González Blanco como antecedente el Fuero Juzgo, al manifestar que:

“en el Fuero Juzgo Libro III, título V, se castigaba al ‘forzador’ si era hombre libre, con cien azotes y la entrega que de él se hacía como esclavo a la mujer a quien forzaba, y si era siervo se le quemaba. Estaba prohibido al ofensor y a la víctima contraer matrimonio y si esta prohibición se infringía, quedaban en calidad de siervos, con todos sus bienes, de los herederos más próximos.”¹⁵

Otros antecedentes se encuentran en el Fuero Viejo de Castilla, en el Fuero Real y en la partida VII, veamos su regulación según González Blanco

“En el Fuero Viejo de Castilla, se encuentran en el Lib. II, Tít. II, tres leyes de las cuales dos de ellas se refieren a la violación, que castigaban al ofensor con la pena de muerte. En el Fuero Real, las cuatro primeras Leyes del Lib. IV, Tít. X, hacen referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera fuera su condición social, o en

¹³ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano. Editorial Porrúa, SA. Méjico, 1974, Pág. 136-138.

¹⁴ VALENCIA Jorge Enrique. Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales. Editorial Legis. Segunda edición. Bogotá. 2002. Pág. 69.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 136-138.

religiosas, igual pena se estableció en las leyes de Estilo; y por último, la Ley 3 Título XX de la Partida VII, que también involucraba la violación con el rapto, al prescribir que “robando algún omme alguna mujer viuda, de buena fama, o virgen o casada, o religiosa y yaciendo con alguna de ellas por fuerza, se les confiscaban sus bienes a favor de la víctima, sin perjuicio de pagar con su vida el ultraje cometido”¹⁶

Una de las sociedades de obligatoria mención es la erigida en la antigua ROMA, muchas de las bases del Derecho Penal en gran parte del mundo se remiten a las legislaciones romanas. Esta sociedad, al igual que la griega, pasó por épocas que hoy podríamos llamar de poco pudor y recato frente a los actos sexuales, enmarcados dentro de ritos religiosos a sus dioses mitológicos que iban desde la prostitución hasta el homosexualismo y lesbianismo. De otra parte como los esclavos no eran considerados personas sino cosas, la explotación de las esclavas era totalmente lícita y honorable a los antiguos griegos y a los romanos.¹⁷

Al margen de los ritos sexuales religiosos y de la explotación sexual de los esclavos, Roma castigó las formas coactivas de trato sexual, denominándolas estuprum violentum, a quien cometiera violentamente estupro en un hombre o en una mujer, cometía violencia pública, este delito se sancionaba con la pena capital.

Con la llegada del Cristianismo al pueblo romano, las conductas sexuales fueron fuertemente reprimidas, considerándose pecado todo acto sexual fuera del matrimonio, como lo manifiesta el Doctor Martínez:

“Pero al ser acogido por CONSTANTINO, el credo Cristiano con abandono de la cultura Helénica (la más brillante en la historia de la humanidad), ciencias religiosas aquellas que consideraban a la mujer como ‘puerta del infierno’ (Terguliano), o como ‘instrumento que emplea el diablo para poseer nuestras almas’ (San Cipriano), habiendo hecho de la castidad la primera de las virtudes, vino a ser confundido el delito sexual con el pecado de la lujuria. Mientras en las catatumbas se pedía la abstinencia sexual, la ley romana anterior a

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág. 35.

*CONSTANTINO condenaba el celibato, pues la República necesitaba de muchos ciudadanos para mantener el Imperio*¹⁸.

Ya en el Código de Justiniano se castigaba el lenocinio, en los casos en que se instigaba a la prostitución a la hija del padre o la sierva de su amo, imponiendo como pena la flagelación o el destierro. Pero solo hasta el siglo XVIII se comienza la lucha contra la represión sexual y se delimita el campo de la moral y el derecho en materia de sexualidad, al respecto GIUSEPPE MAGGIORE, dice:

*"La iglesia, al condenar toda relación sexual no bendecida por el matrimonio, fulminó graves sanciones espirituales contra la cópula fuera del matrimonio (fornicación, sodomía, incesto, bestialidad venérea), con violencia o sin ella. Los libros de teología contienen un análisis minucioso y una casuística paciente de todos los pecados de placer carnal. Paralelamente surgió la categoría de los delicta carnis, por la cual fueron castigados el simple beso (ósculo seductor) y hasta la fornicatis spiritualis (fornicación espiritual). El nombre de estupro se reservó para la virginis defloratio (violación de una virgen), pero la pena fue común para el violador y la violada, aunque esta lo hubiera consentido; no obstante, se trataba con benignidad a la mujer, por la presunción poética (como la llama CARRARA), de que ella era siempre la seducida*¹⁹.

Con el transcurso del tiempo se fue deslindando el delito de la moral, aunque en algunas legislaciones del siglo pasado, que equiparaban el delito al pecado, se consideran ilicitudes punibles el concubinato sin escándalo (Código de España, art. 452; de Ecuador, art. 493, y de República Dominicana, art. 339).

Esa simbiosis delito y pecado, refundidos durante tanto tiempo en algunas legislaciones, es clara muestra de la influencia que ha tenido la religión en el derecho y en el desarrollo de la punibilidad de los delitos sexuales. La normatividad penal

18 MARTÍNEZ, L. Izandro. Derecho Penal Sexual. Editorial La ley. Pág.98.

19 MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis, Bogotá, 1955, T IV, pág. 54.

colombiana no fue ajena a esta influencia, dejando rastro histórico en varias disposiciones de carácter penal, como se verá a continuación.

1.1.2 ANTECEDENTES EN COLOMBIA

En la **Precolonia**, las diferentes tribus aborígenes que habitaban nuestro país contemplaban dentro de sus leyes el castigo a quienes cometían delitos de tipo sexual, que en su gran mayoría recayeron en las doncellas; pero también, aquellos actos de tipo sexual que involucraban los púberes o impúberes, fueron castigados con penas muy severas. Ejemplo de esto, lo encontramos en los indígenas Chipataes, quienes daban de beber a los acusados una infusión de flores de borrachero, y si durante la embriaguez se notaban comportamientos sospechosos se le daba la muerte inmediatamente.²⁰

El jurista ARTURO PARRA QUIJANO, en su libro "Evolución del Derecho Penal en Colombia", se refiere al pueblo Chibcha diciendo que:

"El incesto y el adulterio en que era parte un célibe, se castigaba enterrando a éste en un hoyo lleno de agua con reptiles y sabandijas, y tapándolo con una gran piedra para extinguir su memoria.... si eran cometidos por casados, debían sufrir la pena de deshonra pública, en la que dos jóvenes disfrutaban la esposa del reo. Al pederasta le daban muerte empalándolo.... También se usaba empalamiento para el adulterio."²¹

El autor en cita, también nos informa sobre los castigos que eran impuestos a los pederastas en tribus como la de Muzo, en la cual el acusado era condenado al destierro y en ocasiones hasta la pena de muerte. Las tribus colombianas contaban con diferentes castigos para aquellos comportamientos que estuvieran en contra de sus costumbres y sus normas, sus infractores sentían todo el peso de la ley que, en

²⁰ BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág.49

²¹ QUIJANO, Arturo. Evolución del Derecho Penal en Colombia. Imprenta de Medardo Rivas, Bogotá, 1898, Pág. 17.

ocasiones, llegaba a imponer mutilaciones y castigos que comprometían partes del cuerpo, causando finalmente la muerte al no poder sanar.

Existieron tribus en las cuales las conductas sexuales eran desaforadas y sin ningún tipo de control. Prácticas como 'el sororado', matrimonio de un hombre con todo un grupo de hermanas. Otras tribus, con ocasión de alguna celebración, practicaban verdaderas orgías, al son de los bailes y la chicha, sin que se tuviera respeto alguno por la dignidad sexual de las personas de la tribu.²²

Durante la **Colonia**, delitos como el adulterio, el proxenetismo, el acceso carnal homosexual y la bestialidad fueron objeto de severas sanciones:

- **PROXENETISMO:** Si era por primera vez, se castigaba con pena de diez azotes; en caso de que la conducta se repitiera, se condenaba con el destierro para el infractor y el despojo de sus bienes; si este fuese aceptado y cometiera nuevamente el delito, se le condenaba con la pena capital. Posteriormente Carlos V, cambió la pena de muerte por la de las galeras.²³
- **INCESTO:** En la época de la colonia el incesto no fue castigado severamente, muy por el contrario, la pena era irrisoria comparado con el daño que se causaba a la víctima, en su mayoría en un impúber. Este delito se castigó con la confiscación de la mitad de los bienes del infractor.²⁴
- **OFENSAS A LA MORAL PÚBLICA:** Eran considerados como tales los actos morbosos que se cometían en presencia de menores de edad o de mujeres, o el contar obscenidades sin tener reparo alguno por las personas que pudieran escuchar.

²² QUIJANO, Arturo. Op. Cit. Pág. 18.

²³ BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág. 51.

²⁴ BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág.51

Cuando los actos eran cometidos por los hombres, la pena era prestar el servicio militar; si era por una mujer, se condenaba a azotes.²⁵

Durante **La Nueva Granada**, se expidió el Código Penal del 27 de junio de 1837, en el cual se incluyeron como delitos contra las personas los atentados sexuales. El título I del libro IV castiga las siguientes acciones²⁶.

“Artículo 694.- El que para abusar de otra persona o hacerle algún daño, la lleve forzada contra su voluntad de una parte a otra, bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, bien tomando el nombre o el carácter de autoridad legítima o suponiendo una orden de ésta, sufrirá la pena de cinco (5) a nueve (9) años de trabajos forzados, sin perjuicio de otra mayor que merezca si llenare el objeto de su engaño o causare heridas y otro mal tratamiento de obra en la violencia.”

“Artículo 696.- Si el reo abusare deshonestamente de la persona robada en cualquiera de los casos de los artículos precedentes, contra la voluntad de ella, sufrirá tres años más de trabajos forzados, y destierro por seis (6) a diez (10) años a veinte leguas por lo menos del lugar del domicilio de dicha persona.”

“Artículo 699.- El que sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona, y forzándola con igual violencia o amenazas, o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena de seis (6) a nueve (9) años de trabajos forzados, y un destierro de dos (2) a cuatro (4) años a veinte leguas por lo menos del lugar en que se cometió el delito.”

“Artículo 700.- Si fuere casada la mujer contra quien se cometa la fuerza, en cualquiera de los casos expresados en los artículos anteriores, sufrirá el reo dos (2) años más de trabajos forzados; y el destierro en sus respectivos casos durará mientras viva el marido.”

²⁵ BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág.51. revisar esta forma de pie de pagina

²⁶ Código Penal 1837, 1858. Codificación Nacional de Leyes en Colombia, 1925.

“Artículo 701.- En todos los casos de los artículos 694, 695, 696 y 699, si se cometiere el delito contra mujer pública conocida por tal, será castigado el delincuente con la cuarta parte de la pena que respectivamente se señala en ellos, imponiéndosele prisión en vez de trabajos forzados.”

“Artículo 702.- El que abusare deshonestamente de niño o niña que no haya cumplido la edad de la pubertad será tenido por forzados en cualquier caso, y sufrirá la pena de ocho (8) a doce (12) años de trabajos forzados y un destierro de dos (2) a seis (6) años a veinte leguas por lo menos del lugar en que more el ofendido.”

“Artículo 703.- Si del abuso resultare al niño o niña una lesión o enfermedad que pase de treinta días, se aumentará la pena al reo con un año más de trabajos forzados.”

“Artículo 704.- Si la enfermedad o lesión fuere de por vida, sufrirá el reo dieciséis (16) años de trabajos forzados, y destierro perpetuo a veinte leguas por lo menos del lugar en que se cometió el delito.”

“Artículo 705.- Si abusare del niño o niña que no haya llegado a la pubertad un funcionario o empleado público, o un ministro de la religión, aprovechándose de sus funciones, o el tutor, ayo, maestro, director, criado, o cualquiera otro a quien esté encargada la guarda, asistencia o educación de la persona forzada, sufrirá el reo de doce (12) a dieciséis (16) años de trabajo forzados y un destierro de dos (2) a seis (6) años a veinte leguas, por lo menos del lugar en que se cometió el delito.”

“Artículo 706.- El que cometa cualquiera otro ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola o violentándola, sufrirá una reclusión de cuatro (4) meses a un (1) año, y destierro por dos (2) años a diez leguas por lo menos del lugar en que habite la persona ultrajada.”

“Artículo 707.- Si la ofendida fuere mujer pública conocida por tal, sufrirá el reo un arresto de uno (1) a tres (3) meses”.

Como se observa, se castigaron acciones sexuales como el rapto, la violación y la tentativa de violación de mayores y menores de edad, y se prevé un tipo que cobija los demás “ultrajes públicos” contra el pudor de las personas.

En los **Estados Unidos de Colombia**, se regularon las acciones consideradas delictivas en el Código Penal del 26 de Junio de 1873 cuyo Libro IV, título séptimo, capítulo sexto, reprime algunas conductas sexuales. Veamos:

- El estupro o corrupción de menores se sancionó en el artículo 525 bajo el siguiente tenor:

“Comete estupro el que abusa deshonestamente de niño o niña que no ha cumplido la edad de la pubertad. El estuprador sufrirá reclusión o presidio por dos (2) años a cuatro (4) años y destierro por dos (2) a seis (6) años del lugar en que more el ofendido.”

Al igual que en el código penal de 1837, se consideraban agravantes el daño causado a la salud de la víctima y la autoridad que pudiera ejercer el infractor sobre el sujeto pasivo de la conducta.

El artículo 542 sancionaba la violación, en los siguientes términos:

“Artículo 542.- Es reo de coito alevoso:

- 1. El que abusa deshonestamente de una mujer casada, haciéndole creer, por medio de algún engaño o ficción, bastante para ello, que es su marido.*
- 2. El que abusa del mismo modo de una mujer soltera, viuda o casada, contra la voluntad de ella, privándola previamente del uso de su razón con licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, aprovechándose de la ocasión en que ella esté sin sentido por un accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia.*
- 3. El que abusa deshonestamente de una mujer soltera o viuda, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido y celebrado con la apariencia de verdadero.”*

“Artículo 543.- Los reos de coito alevoso sufrirán reclusión o presidio por dos a cuatro años, y después destierro por dos a seis años del domicilio de la mujer ofendida. Pero si ésta fuera ramera, conocida por tal, la pena solo será la cuarta parte del tiempo esperado.”

El artículo 528 del Código Penal de 1873 consagra al igual que el Código Penal de 1837, un tipo penal que agrupa genéricamente los actos sexuales diferentes a la violación bajo el término de ultrajes públicos al pudor individual y permite la tentativa de violación.

La actual **República de Colombia** ha concebido cuatro Códigos Penales, y en cada uno ellos se consagraron sanciones a los delitos sexuales. Veamos cada uno de ellos:

1.1.2.1 Código penal del 18 de octubre de 1890

En el Código Penal del 18 de octubre de 1980 (Libro segundo, Título VIII) bajo el título de “raptos, fuerza y violencias contra las personas y violación de los enterramientos”, se tipificaron como delitos los siguientes actos.

“Artículo 676.- El que para abusar de otra persona, o para hacerle algún daño, la lleve contra su voluntad de una a otra parte, bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, bien tomando el nombre o carácter de autoridad legítima, o suponiendo una orden de ésta, sufrirá la pena de cinco (5) a ocho (8) años de presidio, sin perjuicio de otra mayor que merezca si llenare el objeto de su engaño o causare heridas u otro maltratamiento de obra con la violencia.”

“Artículo 677.- El que con cualquier otro engaño que el expresado en el artículo anterior, pero sin violencias o amenazas, conduzca fraudulentamente a una persona que se deje llevar de buena fe sin conocer el engaño, sufrirá de tres (3) a diez (10) años de presidio sin perjuicio de otra pena a que se haga acreedor por el delito que cometa.”

“Artículo 678.- Si el reo abusare deshonestamente de la persona trasladada en cualquiera de los casos de los artículos precedentes contra la voluntad de ella, sufrirá tres (3) años más de presidio.”

“Artículo 679.- Si los delitos de que tratan los artículos 676 y 677 fueren cometidos por dos o más personas, la pena se aumentará en un año más de presidio; y este mismo aumento tendrá lugar en caso de que se verifique el abuso deshonesto de que habla el artículo 678.”

“Artículo 680.- Si la persona arrebatada en cualquiera de los casos de los artículos 676 y 677, no hubiere aparecido al tiempo de determinarse el juicio, ni diere razón de ella el raptor, sufrirá éste la pena de ocho (8) a doce (12) años de presidio.

“Artículo 681.- El que, sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona, y forzándola con igual violencia o amenazas, o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, o dándole bebidas narcóticas, aunque no la lleve de una parte a otra, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena de seis (6) a ocho (8) años de presidio. Si se consumare el abuso, sufrirá el reo dos (2) años más de presidio.”

“Artículo 682.-Si fuere casada la mujer contra quien se cometa la fuerza, en cualquiera de los casos de los artículos anteriores, sufrirá el reo dos (2) años más de presidio y destierro a diez miriámetros por lo menos, mientras viva el marido.”

“Artículo 683.- El que abusare deshonestamente de un impúber de sexo contrario, será detenido por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de ocho (8) a diez (10) años de presidio.”

“Artículo 684.- Si del abuso resultare al niño o la niña una lesión o enfermedad que pase de treinta días, se aumentará la pena al reo con un (1) año más de presidio.”

“Artículo 685.- Si la enfermedad o lesión fuere de por vida, sufrirá el reo quince años de presidio”

“Artículo 686.- Si abusare del niño o de la niña que no haya llegado a la pubertad, un funcionario o empleado público, aprovechándose de sus funciones, o el tutor, ayo, maestro o director, criado o cualquiera otro a quien esté encargada la guarda, asistencia o educación de la persona forzada, sufrirá el reo de doce a quince años de presidio.”

“Artículo 687.- El que cometa cualquier otro ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola o violentándola, sufrirá una prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

Si el ultraje público no se dirige contra persona determinada, se sufrirá la mitad de las penas señaladas en el inciso anterior. ”

“Artículo 688.- Si la ofendida fuere mujer pública conocida por tal, sufrirá el reo arresto de uno (1) a tres (3) meses.”

1.1.2.2 Código Penal de 1936

Este código se ocupó de los delitos sexuales en el título XII del Libro segundo, haciéndolo de forma más ordenada y tipificando más severamente este tipo de delitos, especialmente los relacionados con los menores de edad.

- **ABUSOS DESHONESTOS:** En el artículo 323 de este código, se castigaron los actos sexuales diferentes al acceso carnal, en los cuales el sujeto pasivo de la acción fuera una persona menor de dieciséis (16) años, de la siguiente forma:

“El que ejecute sobre el cuerpo de una persona menor de dieciséis (16) años un acto erótico-sexual diverso del acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos en los artículos 316 y 319, estará sujeto a la pena de seis (6) meses a dos (2) años de prisión. En la misma sanción incurrirán los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad”²⁷.

²⁷ Código Penal de 1936. Las instituciones Penales Colombianas y su Evolución a Partir del Código de 1837. ANTONIO JOSE CANCINO .UNIVERSIAD EXTARNADO DE COLOMBIA. TOMO

- **CORRUPCIÓN DE MENORES:** En este código el tipo penal es regulado con mayor claridad. El artículo 325, es del siguiente tenor:

"El que corrompa a un menor de diez y seis años (16), ejecutando actos eróticos-sexuales diversos del acceso carnal, en su presencia o con su concurso, o iniciándolo por cualquier medio en prácticas sexuales anormales, estará sujeto a la pena de seis (6) meses a cuatro (4) años de prisión.

A la misma sanción estará sujeto el que inicie a un menor de catorce (14) años en cualquier acto erótico-sexual o se lo enseñe. La pena señalada en este artículo se aumentará hasta en una cuarta parte en el caso previsto en el ordinal 3 del artículo 317 y en el de contaminación venérea²⁸.

En el artículo 326 se previó las circunstancias de agravación de la pena, así:

"El que corrompa a una mujer mayor de catorce (14) años y menor de diez y seis (16), mediante el acceso carnal con su consentimiento, estará sujeto a la pena de uno (1) a seis (6) años de prisión. Esta pena se aumentará hasta en una cuarta parte en cualquiera de los casos previstos en los numerales del artículo 317²⁹.

1.1.2.3 Decreto 100 de 1980 (delitos contra la libertad y el pudor sexual)

El código penal de 1980 consagró el tipo penal de corrupción de menores, en el artículo 305, así:

"CORRUPCIÓN. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión³⁰.

²⁸ Código Penal de 1936

²⁹ Código Penal de 1936

³⁰ Decreto 100 de 1980, Código Penal de 1980. Código legis.

1.1.2.4 Código penal actual, Ley 599 de 2000 (delitos contra la libertad, integridad y formación sexual)

De acuerdo a lo estudiado en la anterior reseña, en las culturas establecidas en el territorio nacional desde la precolonia hasta la actual República de Colombia, se ha castigado ciertas conductas sexuales bajo el entendido que atentaban contra los valores jurídicos vigentes en dichas sociedades.

El Estatuto Penal del 2000 siguiendo esta línea evolutiva presenta algunos cambios notables con respecto a la pena privativa de la libertad; además, atendiendo a los adelantos tecnológicos incluyó los ataques o puesta en peligro del bien jurídico, cuando se utilizan los medios globales de información. Se consagró así el delito sexual en general en el Título IV, Capítulos I y II.

Esta regulación normativa será tema de estudio detallado *infra*, bajo el título “Tipificación vigente del delito sexual”.

II. EL DELITO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS

2.1 ACTO SEXUAL, ABUSO SEXUAL Y DELITO SEXUAL

Los actos sexuales hacen parte de la naturaleza del ser humano, son en su mayoría una manifestación natural de nuestras necesidades fisiológicas y nuestros sentimientos. Se parte de la concepción de acto sexual entre personas física y mentalmente maduras para su comprensión, es decir, mediando el consentimiento y haciendo uso de dicha libertad. Por ello la sociedad humana ha rechazado los actos sexuales que no se dan dentro de la esfera de la madurez física y mental, la voluntad y el consentimiento. De esta manera podemos distinguir entre actos sexuales aceptados y actos sexuales rechazados socialmente.

Dentro de los segundos, se encuentra el abuso sexual de menores de edad, que ha sido clasificado como una manifestación del maltrato infantil, entendiéndose por éste los "...Contactos e interacciones entre un niño y un adulto cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual puede ser también cometido por una persona menor de 18 años cuándo esta es significativamente mayor que el niño (víctima) o cuando el agresor está en una posición de poder o control sobre otro"³¹.

Abuso sexual de menores, es "cualquier forma de contacto físico de contenido sexual con o sin acceso carnal, con contacto y sin contacto físico realizado sin violencia o intimidación y sin consentimiento o incluso con consentimiento cuando el menor no tiene edad para poder consentir. Puede incluir: penetración vaginal, oral y anal, penetración digital, caricias o proposiciones verbales explícitas"³².

³¹ Definición aportada por National Center of Child Abuse and Neglect.

³² GOICOECHEA HORNO, Pepa. INFORME NACIONAL DE EXPLOTACIÓN SEXUAL INFANTIL. ANÁLISIS DE SU SITUACIÓN EN ESPAÑA. ECPAT. España. 2004. Pág. 15

En la mayoría de las definiciones de abuso sexual, se establecen dos criterios para su configuración: “Cuando un adulto u otro menor con amplia asimetría de edad, implica en actividades sexuales a un menor que no consiente o que consintiendo, tiene una edad, en la que no se le atribuye capacidad de consentir. También puede cometer abuso un igual, si recurre a cualquier medio coercitivo para imponer la actividad sexual a otro menor”³³.

Los dos conceptos claves son, en su orden, la asimetría de edad y la coerción. Ésta última es necesaria si se trata de un abuso entre iguales pero, en lo tocante a la asimetría, la edad es causa de abuso sexual, aun sin coerción. Por supuesto, pueden concurrir las causas. En relación al concepto de consentimiento es fundamental tener en cuenta que tiene que darse sabiendo de lo que se trata la conducta y de las consecuencias que puede tener, algo que no se atribuye en Colombia a los menores de 14 años, pero que con frecuencia tampoco puede atribuirse a menores entre 14 y 18 años.

Según El Centro Nacional de Abuso y Abandono del Niño³⁴, es fundamental no concebir el abuso sexual como una cuestión únicamente concerniente a la sexualidad del individuo, sino como un abuso de poder fruto de esa asimetría. Una persona tiene poder sobre otra cuando le obliga a realizar algo que ésta no deseaba, o se trata de una decisión (consentir) cuya capacidad para tomarla no se le concede sea cual sea el medio que utilice para ello: la amenaza, la fuerza física, el chantaje, impidiéndole el uso y disfrute de su libertad, desprendiéndose que el poder no siempre viene dado por la diferencia de edad.

³³ GOICOECHEA HORNO, Pepa. INFORME NACIONAL DE EXPLOTACIÓN SEXUAL INFANTIL. ANÁLISIS DE SU SITUACIÓN EN ESPAÑA. ECPAT. España. 2004. Pág. 16

³⁴ CENTRO NACIONAL DE CONSULTORIA. (1998). Maltrato y Buen Trato en los Menores - ICBF. Resumen Ejecutivo del Estudio “Una medición de la frecuencia del maltrato y del estímulo positivo en la población infantil”. Santa Fe de Bogotá. Centro Nacional de Consultoría.

Así fue reconocido por el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en el artículo 17 inciso final según el cual “Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, **malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación** y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.” (Subraya fuera de texto)

En este sentido, la legislación colombiana reconoce el abuso sexual como una manifestación del maltrato infantil y actualiza la normatividad a las exigencias y adelantos de orden internacional.

Una vez establecido que el abuso sexual es también una forma de maltrato al menor, y que éste supone y se basa en un abuso de poder sobre el menor, es importante resaltar que se trata de una forma de abuso que afecta la sexualidad del individuo. En este punto, se debe diferenciar intimidad, sexualidad y genitalidad. La intimidad de la persona está compuesta de múltiples contenidos y uno de ellos es la sexualidad que, a su vez, no puede ser limitada a la genitalidad. En efecto, el acto abusivo no está circunscrito a las secciones genitales del niño, sino a un abanico de comportamientos con significado sexual mucho más amplio, que fueron recogidos por nuestra legislación penal, como se estudiará mas adelante.

La victimización del niño sujeto de abuso sexual infantil es psicológicamente dañina, socialmente censurable y legalmente perseguible (delito sexual). Sin embargo, el componente sexual de esta forma de maltrato hace que su detección, la revelación e incluso la persecución de este tipo de delitos sean complejas. La detección viene dificultada por los miedos y mitos respecto al tema, puesto que invade la intimidad privada relacional de la persona. No deja indiferente a nadie, afecta a todo la red filial (familia) de la víctima. Además, existe un gran número de falsas creencias y mitos

sobre la sexualidad infantil, así como la cercanía y, en gran parte de las ocasiones, los vínculos familiares del agresor, que afectan la detección y penalización.

Es importante, desde este punto de vista, considerar que los abusos sexuales atentando contra la dignidad y libertad sexual, dejando a los menores sin infancia, es decir, sin poder desarrollar la sexualidad en las diversas etapas o niveles de la vida, motivo por el cual estos comportamientos han sido objeto de reproche a través de la legislación penal. Veamos:

2.1.1 DEFINICIÓN DEL DELITO SEXUAL

Alfonso Reyes Echandía, realizó un importante discernimiento alrededor del tema del delito desde tres puntos de vista: el formal, el sustancial y el dogmático. Desde el punto de vista dogmático, el delito “es todo hecho humano legalmente previsto como tal y cuya consecuencia es la pena”. Y siendo insuficiente para definir el delito, continúa su análisis desde el punto de vista sustancial, señalando que delito es “el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y, desarrollo de la comunidad y exige como sanción una pena criminal”; en tercer lugar, desde el punto de vista dogmático-jurídico, señala el autor en cita que el delito es “la conducta típica, antijurídica y culpable, para la cual el legislador ha previsto una sanción penal”³⁵.

Siguiendo la definición de Reyes Echandía, se puede decir que el delito sexual es aquella conducta humana sexual o erótica que a través de la legislación está prohibida o rechazada por una sociedad determinada dentro de su propia cultura como atentatoria contra bienes jurídicos protegidos y que, una vez realizada, da lugar a una sanción de tipo penal. Conducta que a su vez está cargada de un elevado reproche moral y social, generando el señalamiento y aislamiento del victimario.

³⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal - Parte General. Univ. Externado de Colombia, 7ª edición. 1980. Pág. 133-135.

2.1.2 TIPIFICACIÓN VIGENTE DEL DELITO SEXUAL

Los delitos sexuales en el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, fueron tipificados en el Título IV, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales” como seguidamente se enuncian. Posteriormente la Ley 890 de 2004, si bien no modificó los elementos estructurantes de los tipos, aumentó las penas de los delitos sexuales. Recientemente la Ley 1236 de 2008, mediante la cual se modifican algunos artículos del Código Penal, introdujo aumento punitivos para los delitos de abuso sexual.

Capítulo primero: De la violación

“ART. 205. Modificado Ley 1236, art. 1º. ACCESO CARNAL VIOLENTO. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.”

“ART. 206. Modificado Ley 1236, art. 2º. ACTO SEXUAL VIOLENTO: El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

“ART. 207. Modificado Ley 1236, art. 3º. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

Capítulo segundo: De los actos sexuales abusivos

“ART. 208. Modificado Ley 1236, art. 4º. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS: El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.”

“ART. 209. Modificado Ley 1236, art. 5º. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

INC. 2. Adicionado. L.679/2001, Art.33. Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.”

ART. 210. Modificado Ley 1236, art. 6º. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años de prisión.

Capítulo tercero: Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores

ART. 211. Modificado Ley 1236, art. 7º. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

- 1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.*
- 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.*
- 3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.*
- 4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.*

5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.
6. Se produjere embarazo.
7. Cuando la víctima fuere una persona de la tercera edad o, disminuído físico, sensorial, o psíquico.

La nueva presentación sistemática, incide de manera especial en la temática bajo estudio, en la medida que se lleva a cabo una profunda revisión de los diversos tipos con la finalidad casi exclusiva de “[...] garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces” (Exposición de Motivos). Para ello, el Legislador optó por tipificar de una forma precisa y ordenada, aquellos delitos en relación con las circunstancias personales de la víctima (minoridad e incapacidad de resistir).

Con la nueva tipificación de los delitos sexuales, se delimita lo penal de lo moral. En efecto, queda fuera de contexto definiciones como la aportada por la otrora escuela positiva del derecho penal, que ligaba los delitos sexuales a una determinada moral. En palabras de Enrico Ferri: “el delito sexual tiene su origen en aquellas acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado”³⁶.

Por su parte, Alfonso Reyes Echandía sostuvo: “la ulterior delictuosidad de esa conducta está vinculada a la existencia de normas de cultura que, en un momento dado y dentro de una determinada sociedad repudiaron ciertas manifestaciones eróticas por considerarlas contrarias a la moral pública o violatorias del derecho a disponer del propio cuerpo para fines sexuales, en la medida en que la sociedad valora negativamente tales hechos, estos se elevan a la categoría de prohibiciones,

³⁶ FERRI, Enrico. Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus, Madrid, 1933, pág. 360.

de tabúes, que van recibiendo el respaldo jurídico de la ley; he ahí el origen de la connotación jurídico penal de los llamados delitos sexuales³⁷.

En la posición contraria, encontramos a Eugenio Cuello Calón, quien argumentó: "el Derecho Penal no puede aspirar a imponer la observancia de todos los deberes proclamados por la ética sexual, sino tan solo el de aquellos cuyo cumplimiento reputa necesario para la ordenada convivencia social, en el campo sexual no puede el Derecho Penal, ni es su misión, tender a la moralización del individuo, a apartarle del vicio de la sensualidad; su actuación se reduce a la represión de aquellos hechos que lesionen gravemente bienes jurídicos individuales y colectivos, poniendo en peligro la vida colectiva"³⁸.

Análoga es la posición de la Corte Constitucional colombiana, que en sentencia de constitucionalidad C-285 de 1997, afirma la variación del bien jurídico protegido en los delitos sexuales con ocasión de la Constitución Política de 1991, así:

"...inicialmente la protección se refirió a la honestidad, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; más recientemente, se viene considerado que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida ésta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. Algunos autores han propuesto denominar el bien jurídico protegido como indemnidad sexual, por considerar que en relación con algunas

³⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. Criminología. Editorial Temis. Octava edición. Pág. 222-223

³⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. Delitos sexuales, Editorial Bibliográfica, Argentina. 1958, pág. 21.

*personas, como los menores y los incapaces, no puede hablarse de una válida facultad para disponer de su sexualidad*³⁹.

Siguiendo lo afirmado por la Corte Constitucional “a la luz de la Constitución Política de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones. La legislación vigente, en armonía con esta consideración, consagra como bienes jurídicos protegidos **la libertad sexual y la dignidad humana**”⁴⁰. (Subraya fuera de texto).

La doctrina del alto tribunal fue acogida por el legislador en la reforma penal del año 2000, al precisar como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal “la libertad, integridad y formación sexual”, desechando concepciones como la moral, el honor y el pudor sexual, que en otrora fueran la razón de ser de los delitos sexuales.

Seguidamente se desarrollan estos conceptos para hacer claridad sobre el objeto jurídico protegido, por medio de la punición de algunos actos de contenido sexual:

2.1.2.1 Dignidad Humana

Según Kant, "...el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin." Y partiendo del supuesto de que el hombre es un fin en sí mismo, enuncia este imperativo categórico: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona

³⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia. C-285 de 5 de junio de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia. C-285 de 5 de junio de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Ver también Sentencia C-146 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y CSJ Casación Penal Sentencia marzo 8 de 1988.

de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio"⁴¹.

Acerca de la dignidad humana la Corte Constitucional ha dicho que "El hombre, en síntesis, tiene dignidad porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él"⁴². Bajo la consideración de la dignidad como derecho fundamental, esta es la posición de la Guardiana de la Constitución "La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones"⁴³.

En otro pronunciamiento, dijo: "La Constitución establece un marco de valores y principios materiales, que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico. Este sistema se basa en la dignidad humana, como principio que indica que el hombre es un ser que tiende hacia su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales: la vida, la salud, el bienestar, la personalidad, entre otros."⁴⁴

La dignidad (artículo 1o. Constitución Política) es un atributo de la persona y, en cuanto tal, todos tienen derecho a que sean tratados conforme a esa dimensión específicamente humana. Como bien lo ha afirmado la Corte "Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contempladas en la Constitución"⁴⁵.

⁴¹ KANT, Emmanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*", y otros escritos, Ed. Porrúa S.A., México 1990, Pág. 44.

⁴² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-542/93, Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

⁴³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-124/93. Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-011 de 1993. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-124/93. Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Se completa la línea jurisprudencial, así:

“Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre ‘dignidad’. Considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al

*menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, por que lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución. Los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente*⁴⁶.

Para finalizar, se tiene:

*“En aras de la identificación de las normas constitucionales a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana, se afirmará la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico*⁴⁷.

De esta manera se puede concluir que el raigambre constitucional de la protección contra delitos sexuales, desarrollado legalmente en el Código Penal, se encuentra en el principio constitucional fundante del ordenamiento estatal y razón última que legitima la existencia del Estado ‘la dignidad humana’, bajo le égida “...la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral”⁴⁸.

⁴⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-311 de 1995.

⁴⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

⁴⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

2.1.2.2 Libertad Sexual

La libertad sexual debe ser enmarcada dentro del concepto general de libertad. Entendiendo aquella como una parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y la utilización del cuerpo.

Para el Doctor Pedro Alfonso Pabón la libertad sexual es “La facultad del ser humano de autodeterminar y autorregular su vida sexual”⁴⁹; está unida a la esencia de las finalidades específicas de la sexualidad humana y al concepto de dignidad que gravita sobre toda entidad viviente social. Así, la libertad sexual no ha de entenderse como posibilidad ilimitada de disposición del propio cuerpo; este derecho humano presenta determinaciones y límites naturales. Sin importar la raza, edad, credo o sexo, ninguna persona puede ser sometida a realizar actos sexuales, sin que medie su consentimiento, cuando esto ocurre se ofende la libertad sexual, necesaria para una adecuada convivencia social.

Esta libertad sexual es propia de toda persona sin importar la manera como lleve su sexualidad, a pesar de prácticas que son vistas como una degradación de la sexualidad humana, todos debemos ser protegidos en nuestra libertad sexual. En este sentido Pabón señala que:

“El alcance del anterior concepto determinaría la inclusión en el ordenamiento penal de conductas como la prostitución, la pornografía, la homosexualidad, aún la relación heterosexual contranatural y la autosatisfacción sexual; la razón de su no incriminación no radica en una concepción diferente de lo que es la libertad sexual, sino en la aceptación por parte de nuestro legislador del criterio liberalizante según el cual esas conductas, si bien degradan la naturaleza, dignidad y finalidad de la vida sexual, no conllevan alarma social, ni perturban el orden externo de la comunidad y frente al consentimiento validamente expresado, no lesionan derechos ajenos, con lo cual se quedan en la esfera interna del

⁴⁹ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Op. Cit. Pág.131.

*sujeto, en el íntimo mal uso de su libertad, esfera en la cual no puede inmiscuirse el derecho penal como ciencia dogmática y objetiva*⁵⁰.

En cuanto a los actos sexuales cometidos contra menores e incapaces, o en su presencia, existen algunas posiciones que manifiestan que en este tipo de delitos el bien jurídico que se vulnera no es la libertad sexual, por considerarse que el menor carece de voluntad para conocer el alcance de este derecho dispositivo, o que esta se encuentra viciada, atendiendo razones como la edad, la madurez mental, la autodeterminación, tal y como lo manifiesta Fontan:

*“Podrá decirse que el menor tampoco posee la noción de la libertad sexual, pero juega, entonces, la doctrina de la voluntad que, en este caso, se encuentra viciada por su ausencia de discernimiento”*⁵¹.

En nuestra legislación penal se estableció la edad de catorce (14) años como la determinante para estimar una calificación natural en el sujeto pasivo de algunos delitos de tipo sexual, entre ellos el acto sexual con menor de catorce años consagrado en el art. 209 del actual Código Penal. Esta frontera ha generado algunas controversias respecto de la ausencia de voluntad o no del sujeto, referidos a si el bien jurídico tutelado es la libertad sexual u otro distinto, ya que se presume la ausencia de voluntad de la víctima.

Con la ley 599 de 2000, que en su Título IV consagra los delitos sexuales bajo la denominación de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, se considera que la libertad no es predicable de los menores; para entender el bien jurídico protegido en los tipos en que la minoría de edad es un elemento del tipo, se debe considerar que cada uno de los bienes enunciados en el título IV son objeto de tutela jurídica, es decir, la libertad sexual, la integridad sexual y la formación sexual, son valores jurídicos autónomos, que se predicen así: la libertad lo es respecto de aquellos sujetos a quien la ley se la reconoce, y en el caso de los menores, se

⁵⁰ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Op. Cit. Pág.131.

⁵¹ FONTAN BALESTRA, Carlos, Op. Cit. Pág. 42.

protege la integridad y formación sexuales como presupuestos o garantía de una futura libertad sexual.

2.1.2.3 Formación Sexual

La educación o formación es un acontecimiento real supeditada a las magnitudes espacio y tiempo, que guarda relación con todos los elementos configurativos de la realidad, de los cuales recibe influencias y sobre los cuales proyecta otras. También es una manifestación que permite observar la intervención de variables muy diversas: sociales, biológicas, psicológicas, lingüísticas, antropológicas y económicas.

En el plano sexual, los seres humanos estamos en constante formación sexual; desde los inicios de nuestra vida, es un proceso continuo que se tiene que ir afrontando en todas las edades de la evolución como una parte integrante de la personalidad.

Aunque el proceso de formación sexual no tiene una secuencia definida ni una edad determinada, si es entendible que los infantes deben conocer progresivamente la sexualidad, porque no están preparados para comprender a cabalidad la actividad sexual humana. Bajo el entendimiento que el bien jurídico pretende, ante todo, proteger el proceso de maduración sexual de los menores.

Este proceso de formación sexual acorde con la edad es el tutelado por la normatividad penal colombiana, en el sentido de permitir a los menores un proceso de formación sexual progresivo y sin distorsiones sobre los conceptos de sexualidad y placer, que posteriormente perturben su desarrollo sexual, personal, familiar y social.

2.1.2.4 Integridad Sexual

En sentencia de 15 de agosto de 2002, el juzgado primero penal del circuito de Apartadó, Antioquia, sostuvo que cuando en el Código Penal se habla de integridad sexual “se refiere al daño que se puede ocasionar a las personas de corta edad con el trato erótico sexual debido a las repercusiones sicofisiológicas en el desarrollo normal de su función sexual externa. En el caso del Código Penal colombiano por ello se sanciona el acceso y el acto sexual con menor de catorce años, ya que presume que por su falta de capacidad sicofisiológica para ser sujeto perceptivo de las iniciaciones en la actividad sexual repercuten desfavorablemente en el normal desarrollo de su función sexual externa.”⁵²

La estructura de los delitos sexuales ha sufrido un profundo cambio en su redacción, que lejos de significar un mero cambio terminológico, con la sola finalidad de sustituir las arraigadas denominaciones atávicas de los delitos de violación y corrupción, fueron sustituidas por los *nomen iuris* acceso carnal violento o abusivo y acto sexual violento o abusivo, que afecta intensamente el contenido lesivo (antijuridicidad) y la punición (quantum punitivo) de las distintas figuras delictivas.

La principal novedad consiste en la clasificación en dos delitos básicos: por un lado, **el acceso carnal** que puede ser violento o con persona en incapacidad de resistir, y por otro, **los actos sexuales** en las modalidades de violento, abusivo con incapaz de resistir o con menor de catorce años. La primera conducta se considera más antijurídica y por lo tanto, basado en la mayor entidad lesiva también es mayor la sanción penal, este tipo corresponde a la conducta consistente en la ‘penetración o acceso carnal’, que en el artículo 212 se entiende como “...la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal u oral de cualquier otra parte del cuerpo u otro objeto”.

⁵² Colombia. Juzgado Primero Penal de Circuito de Apartadó, Antioquia. Sentencia de 15 de agosto de 2002.

Esta nueva regulación pretende dar un tratamiento diferenciado a supuestos, que a juicio del legislador, tienen una distinta lesividad del bien jurídico, castigando más gravemente aquéllos en los cuales por la dinámica comisiva, violenta o intimidatorio, la víctima resulta más intensamente atacada y condicionada, que en aquéllos otros caracterizados por una falta de consentimiento de la víctima, por incapacidad de resistir, trastorno mental o inconciencia.

Frente a esta regulación se pueden dar dos situaciones: por un lado es positiva, pues reciben un tratamiento punitivo diverso supuestos que alcanzan una distinta entidad lesiva, al distinguirse entre acceso carnal y acto sexual se ha conseguido una superior modulación de la responsabilidad en atención a la gravedad del daño que produce la conducta.

Por otra parte, no se justifica la diferencia de tratamiento entre el acceso carnal del artículo 205, y las que recaen sobre menores e incapaces de resistir, dado que, la especial indefensión en que se encuentran estos sujetos confiere idéntico contenido, incluso mayor de injusto a las acciones sexuales sobre ellos ejecutadas, aun cuando no haya mediado violencia ni intimidación para su ejecución, pues así lo prevé la Constitución Política de 1991 al otorgar especial protección a los menores en el artículo 44. No se entiende como se penaliza más gravemente el acceso carnal de una persona adulta, que el acceso carnal de un menor, independientemente de la violencia o no en la comisión del delito. Además, la nueva redacción del tipo de abusos sexuales prevé una causal de agravación en el artículo 211, que consiste en la aplicación de una pena incrementada en la tercera parte a la mitad del tipo penal básico, que opera en los supuestos de:

“1. Concurso de una u otras personas.

2. Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

3. Cuando se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.

4. Si se realizare sobre persona menor de doce (12) años,
5. Si se realiza sobre cónyuge o con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.
6. Si se produjere embarazo.”

Tratándose de tipos que versan sobre víctimas menores de edad (artículos 208 y 209 del CP), la redacción del artículo 211 de la obra en cita, puede dar lugar a afirmar que en algunas circunstancias, especialmente cuando el incremento punitivo se materializa por causa de la edad (doce años), puede quedar anulado su efecto agravado por la imposibilidad de aplicación ante la inminente quiebra del principio de *non bis in ídem*, dado que, se tendría en cuenta dos veces la minoría de edad, una para imputar el delito como dispositivo normativo del tipo, por ejemplo en el inciso segundo del artículo 209, y otra, para aumentar la dosis punitiva como causal genérica de agravación, según el ordinal 4º del artículo 211, que afecta, por igual, todas las conductas descritas en los dos capítulos precedentes (de la violación y de los actos sexuales abusivos)

La modificación introducida al artículo 211 del CP por la Ley 1236 de 2008, unificó la causal de agravación punitiva en todos aquellos eventos en que un menor de catorce años sea víctima de un delito sexual, zanjando las críticas en torno a la discriminación odiosa que se desprendía de la causal antes de la modificación comentada, en el sentido de ¿cuál era la justificación biológica o científica que tuvo entonces el legislador para que la circunstancia de agravación punitiva privilegiara la protección de los menores de 12 años frente a los menores de 14 años?

Sin embargo, pese a las buenas intenciones del legislador, en su afán de castigar más severamente los delitos sexuales que implican a menores de edad, reincide en el olvido de la técnica legislativa, vulnerando así el principio de *non bis in ídem*.

En el mes de noviembre de 2006 se expidió la ley 1098 denominada ley de la infancia y la adolescencia, que en palabras del Defensor del Pueblo, pretende:

“Adecuar de manera urgente la normatividad relacionada con los derechos humanos de los menores de edad, particularmente el código del menor actual, a efectos de que se cuente con verdaderas herramientas de política pública tendientes a contrarrestar todas las situaciones vulneratorias de los derechos humanos de los niño/as”⁵³

Adicionalmente planteó que en el marco del nuevo sistema penal acusatorio, cuando se trate de delitos de modalidad dolosa cometidos sobre niños, niñas y adolescentes, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual (incluido la explotación sexual comercial infantil), o secuestro se deberían aplicar las siguientes reglas: negar beneficios y subrogados penales; imponer medida de aseguramiento, que consistirá en detención en establecimiento de reclusión, negando la aplicación de medidas no privativas de libertad. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia (Art. 314 CPP). No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad. (Art. 324 CPP). No procederá el subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 63 CP). No procederá el subrogado penal de libertad condicional (Art. 64 CP). En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena (Art. 461 CPP). No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. (Art. 348 a 351 CPP). No procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo salvo los beneficios por colaboración consagrados en el CPP.

⁵³ www.defensoriadelpueblo.gov.co

2.2 ANOTACIONES SOBRE LOS ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS

El capítulo II del Título IV trata los ‘actos sexuales abusivos’. La diferencia fundamental con la ‘violación’, vista en el epígrafe anterior, es justamente la no concurrencia en los ‘abusos’ de la violencia o la intimidación como medios de ataque a la libertad sexual, pero en común con aquellas tiene el que en todo caso se trata de un ataque a la libertad sexual no consentida (o con consentimiento viciado) o contra la indemnidad sexual de menores o incapaces. Afirmación esta, que es *thelos* de discusión en la partida sobre el “bien jurídico protegido”.

2.2.1 TIPO BÁSICO

El artículo 209 del Código Penal colombiano, ley 599 de 2000, penaliza los actos sexuales con menor de catorce años, con el siguiente tenor: “El que realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

La pena prevista en la presente norma fue aumentada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, quedando entre 48 a 90 meses de prisión.

El tipo penal fue adicionado con un segundo inciso, mediante el artículo 33 de Ley 679 de 2001. Quedando así: “INC. 2º—. Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.”

2.2.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La delimitación del bien jurídico protegido en este delito presenta una dificultad especial en torno a la libertad sexual, algunos se preguntan ¿en qué consiste la libertad sexual presente de los menores?; ¿acaso los menores tienen plena capacidad para decidir libremente su comportamiento sexual?

Hay consenso sobre la carencia de autonomía y libertad de los menores para determinar su comportamiento sexual. Se considera que los menores no cuentan con la formación necesaria, por no haber completado aún el proceso de desarrollo de su personalidad y por tanto carecen de la capacidad de decisión que implica el ejercicio de la libertad sexual.

El bien jurídico tutelado para el doctor Valencia es la libertad sexual, principalmente, aunque puedan verse vulnerados otros bienes como la integridad y formación sexuales, en lo que se refiere a los adolescentes, para evitar que se deprave su moral sexual, con la práctica inoportuna de acciones corruptas⁵⁴. Para el tratadista Barrera no es la libertad sexual, el bien jurídico vulnerado en este delito como lo manifiesta:

“No es la libertad sexual el interés directamente tutelado en este precepto pues, de una parte, el delito no precisa violencia o engaño como medio comisivo y, salvo los casos cumplidos en personas de tan corta edad que no haya llegado a la capacidad de razonar, un menor de catorce (14) años bien puede, sin limitación alguna, prestar consentimiento para la relación libidinosa buscada por el agente. La misma prostituta, menor de catorce años de edad, puede ser sujeto pasivo de este delito de corrupción, y nadie puede dudar de que esta mujer tiene los conocimientos del erotismo suficientes para determinarse en su conducta sexual”⁵⁵.

Para el autor en comento, el bien jurídico que se ve vulnerado con la comisión de estos delitos es la seguridad sexual:

⁵⁴ Ibid. Pág.70

⁵⁵ BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág. 207

“Bien puede entenderse, entonces, que el interés que resguarda esta definición penal es el que puede designarse como seguridad sexual, o derecho de las personas impúberes a no ser tratadas eróticamente en forma alguna, por el daño o peligro de daño en el desarrollo normal de la función sexual, hasta cuando llegue ésta a su expresión externa.”

Es lógico que para las personas de corta edad (a las cuales se refieren las normas citadas) es indispensable la tutela penal respecto de cualquier acto de lubricidad que se cumpla en su cuerpo o que se le haga realizar, aun cuando haya prestado consentimiento, no porque se considere que su falta de madurez sexual lleve a que esa aceptación se tenga por no válida, sino porque el trato erótico con los impúberes repercute sicofisiológicamente en el desarrollo normal de la función sexual externa: puero debetur maxima reverentia⁵⁶.

Refiriéndose a otros autores que cuestionan la libertad sexual como valor tutelado por el derecho penal, Valencia señala:

“... en cuanto a estos sujetos pasivos especiales por razón de la edad, algunos autores aseveran que como la ley presume que no tienen capacidad de conocer y querer suficiente para consentir una libre determinación en materia sexual, no puede ser éste el bien jurídicamente tutelado, aunque sea por previsión legal. Bajo una tal reflexión, se afirma que como los menores no tienen capacidad para entender y valorar la visión exacta de la sexualidad, carecen de libertad sexual, ‘y lo que no existe no puede protegerse ni ofenderse’, -concluyendo que- si no hay capacidad para consentir, tampoco la hay para poseer libertad sexual”. Es bien discutible este tipo de cavilaciones⁵⁷.

Sin embargo, se puede llegar a una conclusión intermedia. La nocividad de este delito radica en que al iniciar al menor anticipadamente en el sexo, de manera evidentemente perversa, se impide que quizás cuando alcance la plenitud de su personalidad, pueda optar libremente por lo que su instinto y su libertad le sugieran,

⁵⁶ BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág.82.

⁵⁷ VALENCIA, Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 70.

de acuerdo también con el instinto y la libertad de la pareja por él pretendida. Con ello se está protegiendo la futura libertad sexual del menor o bien el proceso de formación de su personalidad sexual. Esta es la «ratio legis» de tutelar la indemnidad o seguridad de la lúcido en formación de quienes aún no tienen adquirida su madurez sexual y no poseen una plena capacidad de decisión o voluntad que se requiere para un acto sexual, evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su minoría de edad, que hace que les lleve a la toma de decisiones trascendentes para la vida social y personal cuando aún no han alcanzado todavía la madurez que se estima necesaria.

En esa línea, no es solamente la libertad sexual de los menores, sino también la integridad y total formación de la persona o la formación y el normal desarrollo de la vida sexual de aquellos que, por su edad, no han alcanzado la madurez y potenciado el carácter determinante de su personalidad. Se puede entender, entonces, que el bien jurídico protegido es la seguridad de una futura libertad sexual del menor, o si se prefiere la integridad y formación de su libertad sexual futura sin interferencias que vicien su proceso de desarrollo personal.

Como se dejó establecido en el capítulo anterior, esta discusión quedó zanjada con la ley 599 de 2000, en la cual el título IV consagra los delitos sexuales bajo la denominación de “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. En este sentido, la libertad sexual, la integridad sexual y la formación sexual son bienes jurídicos autónomos dentro del dossier de conductas que atentan contra la sexualidad, y debe colocarse su acento así: la libertad es aplicable respecto de aquellos sujetos de los cuales se predica, y en el caso de los menores, se protege la integridad y formación sexuales como presupuestos o garantía de una futura libertad sexual.

Las características del tipo penal “actos sexuales con menor de catorce años” del artículo 209 de la ley 599 de 2000 son las siguientes:

2.2.3 ASPECTOS DOGMÁTICOS

Los aspectos dogmáticos del tipo penal, entendido como modelo de comportamiento que está consagrado en la ley, lo conforman las siguientes notas:

- “- Es de sujeto activo común o indeterminado. Cualquiera pueda ejecutar la conducta punible.*
- Es de acción. El delito no puede realizarse mediante una inactividad o una omisión o una conducta negativa. La naturaleza del abuso sexual reclama acciones materiales del agente, un hacer positivo.*
- Es mono-subjetivo. Por describir una conducta realizable por una sola persona. Aunque se consagra como agravante la concurrencia de varias personas (artículo 211).*
- Es de tendencia. Por existir en la psicología del agente el propósito de abusar sexualmente del menor. En el plano de lo subjetivo, la dirección de la conducta debe alcanzar esta intención determinante de sentido, so capa de no lograr rasgos de tipicidad de la infracción.*
- Es pluriofensivo. Por ofender el comportamiento del actor plurales bienes jurídicamente tutelados: la dignidad humana, la libertad sexual, e igualmente, la integridad y formación sexuales del menor. (Seguridad sexual, para otros autores).*
- Es de acción múltiple. El tipo contiene, en su descripción nuclear, varios verbos o modalidades de conducta, bastando la ejecución de cualquiera de ellas, para la concreción de la figura típica.”⁵⁸*

2.2.4 TIPO OBJETIVO

- Sujeto activo: Cualquier persona física puede cometer el acto sexual del artículo 209, tanto hombre como mujer, por tanto caben actos sexuales de mujer a mujer, mujer a hombre, hombre a hombre y hombre a mujer.***

⁵⁸ VALENCIA Jorge Enrique. Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales. Editorial Legis 2da. Edición Bogotá 2002. Pág. 69.

- Sujeto pasivo: Persona de uno u otro sexo dentro del límite de edad señalado por la ley: menor de catorce (14) años.

La reforma penal del 2000 sanciona los actos sexuales con menores de una determinada edad cronológica. Esta edad fue fijada en los catorce (14) años, entendiendo que hasta esta edad los abusos sexuales se reputan como no consentidos. Realmente no hay ninguna razón, ni psicológica ni biológica, ni ninguna modificación fundamental de los conocimientos sobre psicología evolutiva que justifiquen esta edad, más bien responde es al interés de legislador por ampliar la aplicación de los actos sexuales no consentidos.

Esta edad se refiere a la edad física, es una presunción *uiris et de iure*, según la cual los menores de catorce años no tienen capacidad para decidir o consentir válidamente un comportamiento sexual, por esta razón deben ser excluidos de esta función vital, considerada como una noción connatural que es la reproducción. La razón de esta presunción para Giuseppe Maggiore radica en que "...la ley finge, muchas veces contra la verdad que el agente conoce la edad del sujeto pasivo, por una necesidad inherente al orden jurídico, es decir, para no debilitar la defensa de los menores, especialmente en los periodos de la niñez y de la pubertad, en que se necesita una protección más eficaz y enérgica"⁵⁹.

Causa discordia entre algunos autores la adquisición de dicha voluntad que llaman "de forma casi fantástica", minutos después de haber cumplido la edad determinada por la ley, como lo expone el Doctor Pabón en el siguiente ejemplo:

"Así, por caso, si una mujer menor de catorce (14) años (para aludir a la legislación penal colombiana), momentos antes de las doce de la noche de la fecha en que va a cumplir los catorce (14) años de edad, consiente el trato sexual con un varón, quien realiza con ella el

⁵⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. T. IV, pág. 64.

acceso carnal, el delito cometido es el de violación, dizque por violencia presunta apoyada en una no probada incapacidad para consentir, en una deficiencia de su voluntad para determinarse con pleno conocimiento de causa en materia erótica. Pero, si ese mismo hecho ocurre minutos después de las doce de la noche de es misma fecha, ya no existe atentado a la libertad sexual; no hay violación, en esos minutos transcurridos entre el momento en que esa mujer era menor de catorce años y aquel en que llegó a ser mayor de tal edad, adquirió, como por encanto, esa capacidad para consentir, esa eficiencia de su voluntad para determinarse en materia erótica; ya no hay violencia presunta⁶⁰.

La presunción no puede ser entendida en el sentido de quedar sin protección los actos sexuales con menores entre catorce y dieciocho años, sino que respecto de estos se predica una mayor capacidad para autodeterminarse, como lo ha reconocido la legislación civil colombiana, y el castigo penal debe circunscribirse dentro de otros tipos no en el del artículo 209 del Código Penal.

El tema quedó decantado en pronunciamiento de la Corte Constitucional, quien confirmó que corresponde a la potestad de la libre configuración legislativa el fijar la edad de la víctima en los delitos sexuales. Pese a que fue despachado el pronunciamiento en vigencia del Código Penal del 80, aún tiene fuerza vinculante como precedente constitucional. En el dijo la Alta Corporación:

“Debe observarse que la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años.

El legislador consideró que hasta esa edad debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas. Era de su competencia propia definir la edad máxima de quien sea sujeto pasivo de los enunciados hechos punibles, fijando uno u otro número de años, sin que a su discrecionalidad pudiera interponerse el límite de una determinada edad

⁶⁰ BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Op. Cit. Pág.78.

previamente definida por el constituyente, pues éste no tipificó la conducta ni estimó que fuera de su resorte hacerlo.

Desde luego, debe entenderse que para hacer tal definición, el legislador tuvo que partir de sus propias concepciones acerca del bien jurídico que pretendía tutelar y sobre el mayor o menor nivel de protección que, a su juicio, se requería.

Considera la Corte Constitucional que no es de su incumbencia controvertir o poner en tela de juicio el límite de edad establecido en la ley, pues él resulta indiferente para los fines de control de constitucionalidad, en cuanto, sea una u otra la edad señalada, se está ante una determinada figura delictiva, puesta en vigencia por el legislador dentro de la órbita de sus atribuciones. La norma que consagra un delito debe reputarse constitucional en cuanto sea proferida por el legislador, único constitucionalmente autorizado para establecerla, y mientras la correspondiente figura delictiva no vulnere “per se” la Constitución, como aconteció con las normas que penalizaban en forma indiscriminada el pago de rescates por secuestros (Cfr. C. Const. Sent. C-542, nov. 24/93, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía), lo que no ocurre en el presente caso (...).

No obstante lo dicho, la Corte considera pertinente observar que existe incongruencia entre las normas legales acusadas, que plasman los delitos de acceso carnal abusivo con menores de catorce años y corrupción, y las pertinentes disposiciones del Código Civil en relación con la edad para contraer matrimonio.

En efecto, como viene de explicarse, la razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y autocontrol propios de la persona mayor.

Si ello es así, no se entiende cómo el legislador civil ha supuesto esa misma capacidad de consentimiento —que echa de menos la ley penal— cuando se trata de la celebración del matrimonio por parte de la mujer menor de catorce años pero mayor de doce. En tal caso, a la

luz del Código Civil, no resulta afectada la validez del vínculo aunque falte el permiso de los padres (C.C., arts. 140 y 143).

El legislador penal ha debido tomar en cuenta esa regulación y no lo hizo, pues consagró las aludidas conductas delictivas partiendo de la base de la ausencia de consentimiento del menor de catorce años, mientras a tal consentimiento se le dio plena acogida en materia matrimonial.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 42 de la Carta Política, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Entonces, habida cuenta de lo anotado en materia de capacidad para contraer matrimonio y de la consagración constitucional de la unión responsable sin matrimonio como forma de constituir una familia, puede darse el caso —no contemplado por las normas impugnadas— de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no se habría cometido el delito pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita (...) ⁶¹”.

La doctrina se ha preguntado si el delito persiste cuando el sujeto pasivo de una u otra forma ya ha sido corrompido, verbigracia la mujer u hombre menor que se dedica a la prostitución, puesto que se plantea que no se puede corromper lo ya corrompido, refiriéndose al bien jurídico del honor sexual, cabría tratarlo como un error de prohibición. Sobre el particular el doctrinante Barrera comenta:

“Conocido es que los impúberes están incapacitados para cualquier actividad libidinosa, por la falta de respuesta adecuada a la incitación erótica, situación en la que también se encuentra

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-146 de marzo 23 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*la prostituta misma que no ha llegado a la pubertad, respecto de la cual se mantiene el mismo peligro de daño de su función sexual, para cuando llegue ésta a su manifestación externa*⁶².

De ninguna manera puede entenderse que para la consumación del ilícito dentro de la gama de los actos sexuales con un menor, éste tenga que ser virgen, o que desconozca el carácter de los hechos ocurridos, pues la valoración que se hace del tipo penal es de carácter objetivo y no se miran valoraciones diferentes a la edad del sujeto pasivo, pues se presume la ausencia de su voluntad y su inmadurez sexual.

Al respecto nos ilustra el Doctor Pabón refiriéndose al análisis legislativo del art. 305 del anterior Código Penal (ley 100 de 1980), pero que cobra actualidad para el nuevo código Penal "...el presente tipo describe conductas objetivas que no suponen valoraciones diferentes a la edad del sujeto pasivo para su tipicidad, por lo cual no es necesario que sea o no su vida promiscua o licenciosa, tenga o no cabal conocimiento y experiencia de la vida y prácticas sexuales"⁶³.

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia con ocasión de analizar que 'el abuso' no es un elemento o ingrediente del tipo, dijo:

"La ley no exige que el abuso deba ser objeto de debate. En atención a la edad de la víctima, el legislador presume de derecho —lo que implica que no se admita prueba en contrario— que esta se halla en circunstancias de inferioridad, en un estado de incapacidad que es aprovechado por quien siendo un adulto no encuentra resistencia alguna a su actuar.

*El abuso se cargaría al autor, por obrar sobre una persona menor de 14 años de edad, que no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Nada interesaría, para estos fines, que la misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad"*⁶⁴.

⁶² BARRERA Domínguez Humberto, Op. Cit. Pág. 208

⁶³ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Op. Cit. Pág. 133.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. Sentencia de diciembre 11 de 2003. Rad. 18.585. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Especial atención merece sí, el error en cuanto a la edad del menor, que debe ser tratado como un error sobre un elemento integrante de la infracción penal y determinaría, por tanto, la impunidad, al no estar prevista la comisión imprudente. Sin embargo, ha de decirse que en este aspecto estructural como causal de ausencia de responsabilidad o, si se prefiere, como elemento que desintegraría el tipo penal, juegan en contra del reo, los elementos circunstanciales asidos por las presunciones de derecho que juegan a favor de la víctima 'el menor de catorce años'. Al respecto dijo La Corte Suprema de Justicia:

“Analizados los elementos probatorios consignados en precedencia, se ha de concluir que por las circunstancias ambientales de subcultura en que vivían y en que actuaron los protagonistas de los sucesos investigados, y por los hechos y circunstancias que se han evidenciado con los medios probatorios analizados, que el sentenciado incurrió en un error de tipo, en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que ésta desarrollaba antes, actuó con la convicción errada de que la menor tenía quince años en el momento del ayuntamiento sexual. (...).

Debe destacarse finalmente que los medios probatorios antes analizados, no debían tener como finalidad fundamental demostrar la edad que tenía la menor en el momento de los hechos, aunque también es un objeto de la prueba dentro de este tipo de procesos, sino que básicamente era indispensable recaudar y analizar los medios probatorios allegados que demostraran cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales motivo de investigación, porque es perfectamente posible que por ejemplo con el dictamen médico-legal se haya probado la edad real y probable de la menor en el momento de los hechos investigados, pero con los otros medios probatorios omitidos en su análisis o sólo apreciados parcialmente se tenían los medios de convicción suficientes para llegar a tener el conocimiento sobre la edad que el procesado creía fundadamente que la menor tenía en el momento de las relaciones sexuales, y estos eran evidentemente aspectos trascendentes y desde los cuales se han debido analizar por la

instancia la totalidad de los medios probatorios allegados, porque de dicho análisis debía rechazar el error de tipo pretendido, por no haberse incurrido en error en cuanto a la edad verdadera de la menor, o aceptar la causal de inculpabilidad, precisamente, porque el procesado contó con los medios de conocimiento suficientes para creer que la edad de la menor era superior a la que realmente tenía y obviamente para rechazar la existencia del delito por ausencia de uno de los elementos: la culpabilidad”⁶⁵.

2.2.5 CONDUCTA

Un esfuerzo por caracterizar las conductas constitutivas del delito es una tarea nada fácil, teniendo en cuenta la abstracción de términos y sus connotaciones moralizantes, impiden incluir en él todas las hipótesis fácticas de naturaleza sexual, siempre que afecte a menores de edad.

Sin embargo, el artículo 209 consagra un tipo penal residual indeterminado. En este delito la conducta es lo bastante amplia, pues el acto sexual esta integrado por una variedad innumerable de acciones eróticas dirigidas a la satisfacción de cualquier deseo lúbrico, diverso del acceso carnal o coito. Aunque el tipo se refiera a actos, nada tiene que ver con exigencia plural de actos para la tipificación, con solo un acto sexual se configura la conducta punible.

Según el artículo 209 son tres las conductas alternativas e independientes que cumplen con la descripción configurativa del delito de acto sexual con menor de catorce años:

a) *La práctica por el agente de actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años. “Aquí, el sujeto pasivo asume el papel de co-protagonista del acto*

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. Sentencia de febrero 28 de 1990. Rad. 3925. Magistrado Ponente Édgar Saavedra Rojas.

sexual de identidad impública, participando con el sujeto activo de las acciones propias de libido (contactos corpóreos), con la subjetividad de autor conocida”⁶⁶.

b) El agente realiza actos lujuriosos estando presente el menor. Valencia señala sobre esta modalidad de conducta:

“La presencia –como es simple entenderlo- solo puede ser la física, pues así y no de otra manera puede la víctima tener conciencia y percepción de la naturaleza del acto realizado. El culpable ejecuta el acto libidinoso y obsceno no solo en sí mismo (por ejemplo masturbación para excitar a la víctima), o en el cuerpo de un tercero o de un extraño, sino también en un animal, suscitando en el menor un sentido desviado del placer sexual, que repercute en su espíritu, viciando sus costumbres y su integridad moral. En este supuesto, es claro, que éste no ejecuta directamente ningún acto erótico, limitándose pasivamente a presenciar la realización de acciones corruptoras para que las asimile y aprenda a ejecutarlas ulteriormente. El acto debe ser potencialmente corruptor.”⁶⁷

Al respecto, y contrario a lo señalado por Valencia, si bien puede darse la presencia física del menor, también puede incurrirse en este delito a través de Internet, de conformidad con el artículo 33 de la ley 672 de 2000. También lo confirma la reciente adición de un segundo inciso al artículo 209 del Código Penal por la ley 679 de 2001, en su artículo 33.

c) La tercera modalidad de conducta se configura cuando se induce, instiga o persuade al menor, viciando su voluntad, a ejecutar actos que presuponen la depravación del instinto sexual. Comenta Valencia al respecto:

“Una práctica erótico-sexual se inicia por variadas formas que den idea de la satisfacción anormal, con pérdida del pudor y una peligrosa inclinación hacia las aberraciones del sexo:

⁶⁶ VALENCIA Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 72.

⁶⁷ VALENCIA Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 72.

*ilustrando a la víctima acerca de las bondades o excelencias de las acciones impúdicas; adoctrinándola con sugerencias continuas o con ejemplos o procedimientos corruptores torcidos; y en fin, iniciándolo anormalmente en actividades propias de este estado, para las cuales no está preparado*⁶⁸.

Una novedad de importancia, es la introducida por la ley 672 de 2000, acogiendo la avanzada mundial contra los delitos sexuales, recriminando estas conductas cuando se realizan a través de Internet. La Internet fue generalizada como una herramienta educativa e informática que permite a los usuarios tener acceso rápido a información de interés; sin embargo, también ha sido utilizada como una herramienta de uso delictivo, como un sistema de almacenamiento de información anónima para uso criminal. Una de las ventajas más grandes de Internet es que facilita la conexión con todo tipo de ordenadores y permite que quienes están detrás de la pantalla puedan mantenerse en condición de total anonimato.

En el ámbito informático, hay que tener en mente conceptos hasta hoy nuevos para la judicialización de conductas punibles, cuyos autores se valen de las bondades tecnológicas de Internet para llevar a cabo diferentes modalidades delictivas. Entre estos actos se encuentra la pornografía infantil, que comercializa todo tipo de material pornográfico de niñas y niños.

“Se estima que en toda la red existen 27.000 pedófilos o pederastas o más conocidos como productores de pornografía infantil. Cifras proporcionadas por la UNICEF muestran que aproximadamente un millón de niños son fotografiados y filmados anualmente para satisfacer una demanda que genera entre 2000 y 3000 millones de dólares al año. Si bien la tasa de delitos informáticos en Colombia es baja, las estadísticas muestran que se incrementa día a día, este tipo de delincuentes desarrollan nuevas y mejores tecnologías, por tal razón es de vital importancia que los organismos del Estado presten atención a esta nueva modalidad delictiva, capacitando y fortaleciendo sus organismos de seguridad, así como impulsando una

⁶⁸ VALENCIA Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 72.

*legislación menos flexible que permita combatir eficazmente los delitos informáticos en Colombia*⁶⁹.

2.2.6 OBJETO MATERIAL

El doctor Valencia señala como tal un objeto material personal entendido como “El cuerpo de las persona ofendida, menor de catorce (14) años”⁷⁰. Sin embargo, el tipo refiere conductas del sujeto activo que no tiene relación con el cuerpo del menor, por ejemplo, cuando el agente realiza actos lujuriosos estando presente el menor, no con o sobre el menor.

2.2.7 TIPO SUBJETIVO

El tipo penal del artículo 209, exige para su configuración el dolo excluyendo las formas culposas. Conformado de un lado por la **voluntad del agente**, de ejecutar cualquiera de las modalidades delictivas previstas en el artículo con un **interés lúbrico o libidinoso lascivo**; y por otro, **el conocimiento** del significado sexual del hecho, de la ilicitud y penalización de su conducta. Valencia lo manifiesta así:

“El dolo de tipo debe orientarse a abarcar comportamientos con claro sentido sexual que excluyan el ayuntamiento carnal. Requiere el injusto de un dolo directo. En cualquiera de las conductas que su materialidad consiste. Tiénese entendido que para la consumación del hecho, no es necesario ni ello indispensable, que sobrevenga la efectiva corrupción del menor por parte del culpable.”⁷¹

Y se agregaría que “Mucho menos si el apetito sexual del agresor quede satisfecho o no”.

⁶⁹ www.unicef.org.co

⁷⁰ VALENCIA, Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 70.

⁷¹ VALENCIA Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 74.

2.2.8 EJECUCIÓN

El delito se consuma cuando el sujeto activo realiza en forma efectiva una cualquiera de las hipótesis que prevé la ley.

Frente a la forma como se ejecuta el delito, se ha sometido discusión la existencia o no de tentativa, como lo manifiesta el doctor Valencia:

“...problema delicado y bien discutido es el de decidir si hay, o no, tentativa en esta clase de delitos. Para un sector de la doctrina, no se concibe su presencia, porque con el comienzo de la conducta se configura el acto mismo libidinoso, y antes de ello, no habrá otra cosa que actos preparatorios (Carrara, opus cit., parágrafo 1552 y Manzini, opus cit., pág. 577). Si bien en la praxis resulta a veces difícil de precisar, es posible la punición de formas imperfectas del hecho, y esto ocurre cuando el actor –pese al inequívoco fin de lograr la acción abusiva sexual- no alcanza a concretar, en últimas, la ejecución violenta del deseo lujurioso, por circunstancias ajenas a su voluntad”⁷².

Se puede inferir de la norma, que no se requiere de varios actos sexuales ni que la conducta deba ser continuada como un fin preconcebido del autor, que se extienda en el tiempo, para que se materialice el delito.

2.2.9 PUNIBILIDAD

La norma original de la ley 599 de 2000, contempló una sanción aflictiva de la libertad de tres (3) a cinco (5) años de prisión. Con un agravante de tercera parte a la mitad para los casos previstos en el artículo 211 del Código Penal. Posteriormente la ley 890 de 2004 la aumentó quedando la pena privativa de la libertad entre 48 a 90 meses.

⁷² VALENCIA Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 75.

El inciso segundo que se adicionó al artículo 209 del Código Penal mediante la ley 670 del 2001, prevé una modalidad de conducta atenuada, si el agente realiza cualquiera de las conductas por medios virtuales o utilizando redes globales de información.

Resulta, como ya se dijo *supra*, complejo sancionar a los infradotes de la ley penal, cuando utilizan esta tecnología. Sin embargo, se le abona al legislador la puesta a tono de la regulación normativa con los avances tecnológicos, no dejando rezagada la legislación ante estos matices de modalidad de conducta.

III. TESTIMONIO Y SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

3.1 EL TESTIMONIO EN LA HISTORIA

La prueba testimonial ha sido utilizada desde tiempos remotos. Uno de los principales antecedentes lo encontramos en el Código de Manú del siglo XII A. C.; por su parte, El Código Manava Drama Sastra hindú, contemplaba el testimonio en consonancia con las clases sociales y según criterios de credibilidad. Veamos:

“Atendiendo a su posición social se excluían como testigos, los reyes, los teólogos, los ascetas, etc. En relación a su no credibilidad, se excluían los concupiscentes, los amigos, los enemigos, los domésticos, los enfermos, los delincuentes, y el que estaba sometido a otro, el de mala fama, el que ejercía una profesión cruel, el que vivía ilícitamente, el anciano, el niño, el que perteneciera a una clase mezclada, el que tenía origen debilitado, el desgraciado doblgado por el infortunio, el ebrio, el loco, el hambriento, el pobre, el postrado por el frío, el postrado por el cansancio, el enamorado, el colérico, el ladrón, los que pertenecían a otras castas distintas de las partes en el proceso, la mujer (solo se admitía como testigo en procesos penales contra mujeres y en ausencia de otras pruebas). Eran admitidos como testigos, entonces, los jefes de familia con hijos varones, los vecinos de las partes en el proceso, los militares, los comerciantes, etc.”⁷³.

En el Antiguo Testamento, las leyes de Moisés exigen número plural de pruebas para apoyar la sentencia. Así mismo, el octavo mandamiento prohíbe el falso testimonio y la mentira. En el Deuteronomio se condena a la pena del talión el falso testimonio (Deuteronomio 19, 17).

“El Digesto Romano excluía los testimonios de los parientes en línea recta, del insano, del furioso, del demente, de los condenados en juicio público y de los apóstatas. La Ley de las

⁷³ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá.1996. Pág. 64

Siete Partidas en la Edad Media, corresponde al año 1.283, regula el testimonio adoptando normas técnicas de observación del juez ante el testigo, entre ellas aceptó el testimonio de la mujer en cualquier clase de litigio, pero limitándolo a la de buena fama, aceptó el testimonio de oídas pero solo en caso de hechos o cosas antiguas, se permitió la ampliación del testimonio en caso de duda o dificultad de interpretación, el testimonio era oral y no escrito, y sujeto en todo caso a la contradicción para lo cual se corría traslado a la contraparte, el examen de los testigos no se hizo depender solo del número de testimonios coincidentes, uno solo puede ser creíble según el caso; reguló el cómo, cuándo y por qué del dicho del testigo y su examen debía ser por separado en forma secreta y apartada unos de otros⁷⁴.

En el proceso inquisitivo medieval se creó la categoría de los testigos 'excepcionalmente mejores', entre los cuales se contaban los clérigos, y los nobles, y la categoría de los rechazables, entre ellos el de las mujeres, los menores de catorce años, los locos, los excomulgados, los herejes, los vasallos, los sirvientes, los hebreos, los que no habían comulgado, los que no se habían confesado, etc.⁷⁵

Pero será solo hasta el apogeo del iluminismo, que se rechazará con contundencia dicha categorización, como quedó registrado en el siguiente pasaje de Beccaria:

"Todo hombre razonable, esto es, que tenga una cierta coordinación en sus ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los demás hombres, puede ser testigo. La verdadera medida de su credibilidad no es más que el interés que tenga en decir o no la verdad; y de ahí que resulte frívolo el motivo de la debilidad en las mujeres; pueril, la aplicación de los efectos de la muerte real a la civil en los condenados, e incoherente la nota de infamia en los infames, cuando no tengan interés alguno en mentir (...) Entre los demás abusos de la gramática, que no han influido poco en los asuntos humanos, es notable el que hace nula e ineficaz la deposición de un reo ya condenado"⁷⁶.

⁷⁴ ROCHA, Antonio. Pruebas en Derecho. Pág. 329.

⁷⁵ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá, 1996. Pág. 65

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. De los Delitos y las Penas. Tercera Edición. Temis. Bogotá, 1994. Págs. 14-15

Con la formación del derecho mercantil se inicia el concepto de libertad probatoria, debido a que el intercambio mercantil requería instrumentos probatorios ágiles; así, el testimonio fue de reiterada utilización en artesanos y comerciantes. Pero en el derecho civil prevaleció el principio de la prueba escrita, que solo fue superada con el Código Napoleónico de 1807, autorizando la prueba de contratos mediante el testimonio.⁷⁷

Fue precisamente Jeremías Bentham, quien pretendió estructurar un sistema de derecho probatorio pragmático, superando así la elaboración empírica de las regulaciones hebraicas, Digesto y Siete Partidas. Bentham propuso un sistema aritmético de probabilidades que en su total amplitud fue impracticable, pero que influyó la legislación penal hasta el siglo XX, y que en el caso del testimonio dio origen a la consagración del sistema de tarifa legal de apreciación.

Posteriormente, Carlos Mittermaier en el 'Tratado de la Prueba en Materia Criminal', reiteró el derecho probatorio como un sistema autónomo y con claros soportes sociológicos, fundando el estudio de la prueba en la observación de la vida real; así, los juicios se rigieron bajo reglas subjetivas, como la conciencia y certeza moral.

Como toda actividad humana, el testimonio no escapó al estudio de la Escuela científica, que consideró entonces que podía someterse a las reglas del método científico. Conjunto de actividades que podían ser estudiadas, investigadas y analizadas, llevando a una conclusión con la ayuda de otra disciplinas como la psicología y sicopatología clínica. Con el aporte de esta escuela, se delimitaron las fases de la prueba testimonial, que aún hoy en día se tiene por tales. Fase de percepción, fase de almacenamiento o memorización y la etapa de expresión o manifestación.

⁷⁷ ORALIDAD: Testimonio y contrainterrogatorio en el Proceso Penal Acusatorio.

Entonces, el testimonio quedó sometido al estudio sistemático, al análisis psicológico, la experimentación clínica y comprobaciones judiciales, pretendiendo dar solución a las principales problemáticas, como fueron el testimonio de los ancianos y menores, la incidencia del sexo en la percepción y relato, el testimonio del enajenado, etc. A esta escuela pertenecen tratadistas de amplio reconocimiento como Francois Gorphe, Jhon Wigmore, Alfredo Bined.

Ya en el Estado de Derecho se empieza a consolidar el límite al poder del soberano, principalmente con el principio de legalidad y la independencia del poder judicial. De esta manera los actos de la administración pública y de la administración de justicia son reglados por la ley, y controlados, no sujetos como otrora al arbitrio y volátil criterio de la verdad y justicia del monarca. Se dan los primeros pasos a lo que hoy denominamos el 'debido proceso judicial', que paulatinamente fue reconocido por las constituciones y regulaciones legislativas del siglo XX, con carácter formal.

Pero será solo en el Estado Constitucional o Social de Derecho que pasará a realidad, constituyéndose en uno de los pilares o principios fundantes del Estado, lleno de contenido material. Según la Corte Constitucional:

“... en el Estado Social de Derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales en el interior de la sociedad y no del individuo abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí”⁷⁸.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-587/92 y C-606/92. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. En: OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá 1997. Pág. 205.

En esta misma línea de pensamiento, sobre el tema en tratando el Guardián Supremo de la Constitución, expresó:

“Los principios contenidos en el artículo 29 de la Constitución tienen como finalidad preservar el debido proceso como garantía de la libertad del ciudadano. La presunción de inocencia solo puede ser desvirtuada mediante una mínima y suficiente actividad probatoria por parte de las autoridades represivas del Estado. Este derecho fundamental se profana si a la persona se le impone una sanción sin otorgársele la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa. Las garantías materiales que protegen la libertad de la persona priman sobre las meras consideraciones de la eficacia de la administración”⁷⁹.

Sea lo siguiente, estudiar de forma particular las características vernáculas que ha tomado el testimonio en el ordenamiento jurídico.

3.2 DECANTACIÓN HISTÓRICA DEL TESTIMONIO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

En el Código de Procedimiento Penal de 1936, se reglamentó lo atinente a la prueba testimonial en lo artículos 236 a 260, que se refieren, principalmente, a la capacidad para rendir testimonio, su valor probatorio, la obligación de rendir testimonio, las excepciones al deber de testimoniar, el interrogatorio, la razón del testimonio, el juramento, la lectura y firma del testimonio.

La mayoría de las disposiciones del código de 1936 se han mantenido en las disposiciones de Códigos posteriores; en este aparte es importante resaltar dos asuntos: la capacidad para rendir testimonio, y el testimonio del menor de 10 años.

En lo que respecta al primer asunto, el artículo 236 señalaba:

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-490 de agosto 13 de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Capacidad para testimoniar. Valor probatorio. Toda persona es hábil para rendir testimonio. Pero al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración (...) Las condiciones y circunstancias que, conforme al inciso anterior, puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración”.

En este artículo se pueden diferenciar dos conceptos: la capacidad general para testimoniar, que implica que toda persona es hábil para rendirlo; sin embargo, que sea hábil no significa que su declaración tenga total valor probatorio, o que el juez deba dar credibilidad a lo declarado; seguidamente encontramos el otro concepto, la validez probatoria de la declaración. En el Código de 1936, se establecieron los motivos por los cuales el juez puede valorar el testimonio de forma crítica, para concederle o no credibilidad. Así, este Código hace depender la credibilidad del testigo en sus condiciones personales y sociales, de las cualidades del objeto, de las circunstancias en que fue percibido y de aquellas condiciones en que rindió el testimonio. De suerte, se deja atrás el sistema de valoración de la tarifa legal dominante en materia testimonial para dar paso al principio del desvalor del testigo único, por el sistema de la libre convicción del juez.

Respecto del testimonio del menor, el Código se limitó a señalar en el artículo 237, que “al testigo menor de diez 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 a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia”.

Las formalidades del testimonio en el Código de 1936 todavía se mantienen. Estas son principalmente, la citación a través de boleta, el juramento de verdad, la lectura de los artículos del Código Penal sobre el falso juramento, la no obligación de declarar contra los pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, los generales de ley, la solicitud de relato espontáneo antes de proceder a las preguntas detalladas, el llamado principio de intermediación del juez en la

práctica de las pruebas, la razón del testimonio, el examen separado de los testigos, lectura y firma de la declaración.

El Código de Procedimiento Penal de 1981, acoge en gran mayoría lo reglado en el Código Procedimiento Penal de 1936. Además autoriza a las personas jurídicas para rendir declaración a través de su representante legal o su apoderado. Igualmente, regula cada uno de los pasos que se debe seguir para recepcionar un testimonio: identificación del testigo, juramento, excepciones al deber de declarar, lectura de tipos penales sobre falso testimonio, informar sobre los hechos objeto de la declaración, petición de relato espontáneo, interrogatorio específico por el juez, interrogatorio por las partes procesales. Este Código permitía la reserva de la identidad del testigo por razones de seguridad y para la protección de testigos, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en pronunciamiento de 4 de mayo de 2000⁸⁰, que consideró que se vulneraba el principio al debido proceso, en especial el derecho de contradicción, prevaleciendo este sobre la reserva de identidad del testigo.

En cuanto a la apreciación del testimonio, se acogieron los principio de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiese declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

El Decreto 050 de 1987, adoptado como Código de Procedimiento Penal, en su artículo 253 estableció la apreciación probatoria en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, norma que fue reproducido textualmente en el artículo 254 del Decreto 2700 de 1991.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 392 de 4 de mayo de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.

La Constitución de 1991, dentro de su contenido programático-ideológica, inscribió en su artículo primero al Estado Colombiano en el modelo de 'Estado Social de Derecho'. Inspirado en unos principios y derechos que son insitos a la persona humana, y que no sólo constituyendo la razón de su existencia, sino una limitación al poder que, en todo caso, lo compromete a su realización efectiva⁸¹.

La Constitución al tenor del artículo 4º es norma superior de aplicación preferencial, y constituye criterio orientador en la interpretación de la figura piramidal del sistema jurídico colombiano. Por lo tanto, toda actuación de las autoridades estatales debe enmarcarse dentro de los parámetros constitucionales, máxime al quedar insertó en el artículo 2º de la constitución, como fines esenciales del Estado, los siguientes:

“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Uno de los principales derechos en relación con la actividad probatoria, es el Debido Proceso, consagrado en el artículo 29 de Carta Política, bajo el siguiente tenor:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa,

⁸¹ Para el máximo tribunal de lo constitucional, la inmensa carga semántica de la expresión “Estado Social de Derecho” está presente en todas las disposiciones constitucionales. La fórmula de estado social, es presupuesto indispensable en el entendimiento de cualquier otra norma que forma parte de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico y, de otra parte, es el resultado de la evolución del derecho constitucional en general y de su desarrollo en nuestro país en particular. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-406 de 1992 y T-446 de 1992.

ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Además de la expresión constitucional, el debido proceso tiene relación directa con los siguientes artículos del Estatuto Superior:

ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

ARTICULO 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

ARTICULO 33. 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.

ARTICULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

ARTICULO 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

En estos términos, el debido proceso es un derecho fundamental que se hace matriz de todos los derechos que deben garantizar y respetar las autoridades en los trámites judiciales y administrativos, con arraigo en el principio fundante de la dignidad

humana. El debido proceso⁸² se refleja en otros principios, normas y prohibiciones, que Arenas Salazar resume no taxativamente. Así:

1. *“Principio de legalidad del delito*
2. *Principio de legalidad de la pena y de su ejecución*
3. *Principio de legalidad del proceso*
4. *Principio de la jurisdiccionalidad estricta*
5. *Principio del juez natural*
6. *Principio de ritualidad garantizadora o formas propias de cada juicio*
7. *Principio de favorabilidad*
8. *Principio de presunción de inocencia*
9. *Derecho de defensa real o técnica*
10. *Derecho al proceso que en la ley corresponda*
11. *Derecho a un proceso público*
12. *Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas*
13. *Derecho a presentar pruebas*
14. *Derecho a controlar la producción la producción de pruebas*
15. *Derecho a controvertir las pruebas que se aporten en su contra*
16. *Derecho de impugnación o a la doble instancia*
17. *Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*
18. *Derecho a la prueba debida*
19. *Prohibición de reformatio in pejus*
20. *Derecho a no autoincriminarse ni incriminar a parientes cercanos*

⁸² Sobre debido proceso se encuentran, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-011/92, T-013/92, T-438/92, T-440/92, T-471/92, T-474/92, T-476/92, T-482/92, T-490/92, T-500/92, C-541/92, C-599/92, C-019/93, T-046/93, T-051/93, C-053/93, T-109/93, T-247/93, T-272/93, C-275/93, C-345/93, T-351/93, T-375/93, C-412/93, T-414/93, T-420/93, C-429/93, T-438/93, T-451/93, T-482/93, T-508/93, T-538/93, T-043/94, T-082/94, T-097/94, T-142/94, T-269/94, T-303/94, T-343/94, T-346/94, T-402/94, T-570/94, T-037/95, T-272/95, T-348/95, C-218/96, C-268/96, T-476/98, T-391/97, C-383/00, T-500/95, T-623/95, T-194/96, T-984/99, C-833/02, T-073/97, C-475/97, T-795/98, T-557/99, T-945/99, T-166/00, C-383/00, T-546/00, T-1232/00, T-039/01, C-095/01, T-182/01, C-252/01, T-945/01, T-386/02, T-435/02, T-546/02, T-824A/02, T-280/98, T-1232/00, T-079/01, T-661/02, T-362/02, T-100/98, C-089/02, T-1232/00, T-359/97, T-386/02, C-131/02, T-340/01, C-217/96, T-416/95, C-392/00, T-497/00, A. 084/00, C-207/00, C-319/96, C-131/02, C-339/96, T-516/92, T-348/93, C-217/96, T-945/01, C-383/00, T-1739/00

21. *Prohibición de pena de muerte, de penas no redimibles, crueles, degradantes o inhumanas*
22. *Derecho de acceso a la justicia*
23. *Derecho a jueces independientes y autónomos*
24. *Prevalencia del derecho sustancial*
25. *Derecho a que los términos judiciales se observen con diligencia*
26. *Principio de in dubio pro reo*⁸³

Sin discusión, uno de los principales aspectos del debido proceso es la actividad probatoria. En materia probatoria se refleja en la existencia de etapas procesales para pedir pruebas, para practicarlas, para controvertirlas y para valorarlas según los criterios constitucionales, legales de cada proceso y conforme a su naturaleza.

Sobre el testimonio, el artículo 33 superior limita el deber de declarar cuando se trata de autoincriminación (contra sí mismo) o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Sobre este punto en particular 'el testimonio' que no declaración, se hará un discernimiento *infra*, porque en principio se considera que en sentido estricto el acusado y la víctima no son testigos, pues carecen de ajenidad en el hecho; el acusado es el personaje estelar, sujeto activo y dialécticamente opuesta a la pretensión criminal del Estado; la víctima, es precisamente eso, víctima o sujeto pasivo, por ello no rinde testimonio, declara, denuncia, siendo la valoración probatoria de sus dichos diferente a la del testigo.

El Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, regula el testimonio en los artículos 266 y siguientes. El deber de declarar se mantiene tal cual en el Código de 1936, eliminado el testimonio de personas jurídicas como había sido permitido en el

⁸³ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá. Pág. 81

código de 1980, la ausencia de juramento para menores de doce años y las excepciones al deber de declarar, también acuña las reglas o pasos para la recepción del testimonio. En cuanto a la apreciación del testimonio, se reitera los criterios de la sana crítica, tal cual lo estipuló el Código anterior.

La reciente Ley 906 de 2004, contiene parámetros de índole probatoria que matizan con peculiaridad el sistema con tendencia acusatoria y el principio adversarial atenuado que se adoptó en Colombia. Así, en el artículo 382, consagró que son medios de conocimiento: la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

A diferencia del anterior estatuto de enjuiciamiento penal, en el modelo acusatorio no se consagró expresamente dentro de los medios de conocimiento el indicio. Sin embargo, varias posiciones serias de reconocidos doctrinantes, no vacilan en afirmar que la prueba de la culpabilidad en el sistema penal acusatorio gravita en torno al indicio⁸⁴.

La Corte Suprema de Justicia, con respecto a los indicios como medio de conocimiento, expresó:

“En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas (...).

El denominado “método técnico científico” en cuanto a la producción probatoria, auspiciado en la academia especialmente por el segundo de los autores mencionados, tiende a que el

⁸⁴ Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La prueba ‘jurídica’ de la culpabilidad en el nuevo sistema penal. Estudios de Derecho Penal. Giro Editores Ltda. Bogotá, 2005. Pág. 177.

camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (por ejemplo, el testigo y el perito), del objeto percibido (por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios) y de la manera como se trasmite lo percibido (por ejemplo, la declaración y la experticia).

El anterior es el sentido en el cual podría admitirse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, trató de perfeccionar o dar más realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo “reglas” relativas a los distintos medios de conocimiento. Y se dice que trató de poner en relieve el aporte científico en la materia probatoria, porque no se trata de un aporte ex novo, pues es innegable que los regímenes procedimentales anteriores ya contenían parámetros de arraigo científico para la producción y apreciación de las pruebas, con el fin de evitar que la sana crítica se confundiera con arbitrariedad, o que fuera reemplazada con la convicción subjetiva íntima desligada de cualquier regla de discernimiento.

En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004⁸⁵.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. Sentencia de marzo 30 de 2006. Rad. 24468. Magistrado Ponente Édgar Lombana Trujillo.

Dentro de este esquema de 'partes en contienda', el código asignó la iniciativa probatoria primordialmente a la fiscalía (art. 114) y a la defensa (art. 124 y 125); a las víctimas, reconoció el derecho de aportar pruebas en lo relativo a su interés de verdad, justicia y reparación (art. 11, literal d); y por excepción, al Ministerio Público (art. 112 y 357).

En el artículo 380 del cuerpo normativo en comento, se consagró los criterios de valoración, estatuyendo que: "los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo".

Aunque la norma no estableció expresamente que la sana crítica fuese el postulado de apreciación de la prueba, como si lo hiciera, en su oportunidad, el legislador del 2000 en el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, a la luz de la sentencia del Tribunal de Casación en lo penal, referida líneas arriba (Sentencia de marzo 30 de 2006, radicado 24468), tenemos que la sana crítica sigue siendo criterio de ponderación de la prueba, desechando la arbitrariedad, esa convicción subjetiva e íntima, que se tornaba caprichosa del funcionario judicial.

Amén que el precepto legal aludido, hace remisión expresa para efectos de apreciación de las pruebas, a los medios de conocimiento y criterios inmersos en cada una de las especies: artículo 404 para el testimonio, artículo 420 para la prueba pericial, artículo 432 para los documentos, artículos 440 y 441 para la prueba de referencia.

Y es que no es casualidad u olvido del legislador el no consagrar un criterio exclusivo de apreciación, pues dentro de los sistemas penales de juzgamiento, el inscrito dentro de la tendencia acusatorio puro, debe inspirarse en la libertad de apreciación. En los siguientes términos lo expresa la profesora Whanda Fernández León al tratar los principios jurídico-naturales del proceso acusatorio tradicional:

“No existen barreras en cuanto al material crediticio que pueden aportar los contendientes, tampoco valores prefijados o tasación preestablecida. Se impone el principio de la libre apreciación de pruebas, aspecto integrador de una técnica más acorde con la indagación serena y justa de la verdad.

Hay igualmente libertad de defensa. El juez, mediador imparcial, carece de poderes propios e iniciativa probatoria; se ciñe a analizar las pruebas aducidas al juicio por las partes. Correlativa a esta garantía, surge la libre apreciación de las mismas”⁸⁶.

A continuación se aborda con especificidad el tema de las pruebas en las fases del procedimiento, para reflexionar finalmente en el testimonio dentro del Sistema Penal Acusatorio.

3.3 TRATAMIENTO DEL TESTIMONIO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

3.3.1 FASES DEL SISTEMA ACUSATORIO Y PRUEBA

El acto legislativo 03 de 2002 modificó el artículo 250 constitucional, dando vía libre a la adopción de un sistema penal acusatorio, basado en la oralidad al modo anglosajón, pero con matices propias del sistema jurídico colombiano; entre ellos la formulación de la imputación durante la investigación a efectos de permitir la activación del derecho de defensa –excepto en los eventos de captura, porque será desde el momento de su legalización, en que emerge este derecho fundamental– y la posibilidad de contradicción de las pruebas en fases posteriores, cumplimiento del debido proceso constitucional del artículo 29 superior.

⁸⁶ FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Sistemas Penales de Juzgamiento. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2001. Pág. 18

Dentro del sistema penal acusatorio las pruebas son un asunto medular. En efecto, todo el resultado del proceso penal depende del trato dado a las evidencias y elementos materiales probatorios en cada una de las fases del procedimiento. Es decir, la fase de indagación e investigación y la etapa de juicio oral que, a su vez, se conforma de tres grandes audiencias: la de formulación de acusación, la preparatoria y la de juicio oral.

Primeramente, debemos analizar la categorización de medios de conocimiento que realiza tanto el Acto legislativo 03 de 2002, como la ley 906 de 2004, distinguiendo entre elementos materiales probatorios y pruebas propiamente dichas.

El numeral 3º del artículo 250 de la constitución, señala que la Fiscalía General de la Nación deberá “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodios mientras se ejerce su contradicción”. Por su parte, el numeral 4º indica que corresponde a la Fiscalía “presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”. Así mismo, el inciso final prevé que “en el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”.

De conformidad con el Código de Procedimiento Penal en el libro II, títulos I y II, particularmente el contenido del artículo 275, se entiende que son elementos materiales probatorios, los instrumento u objeto que sirvan a la búsqueda de la verdad, como meta del proceso penal, antes de que entre en escena el “juez”. Entre ellos, se enuncian las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares; armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio usado en la comisión del delito; dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; documentos, grabaciones, filmaciones, fotografías, videos o cualquier otro medio

técnicamente avanzado; y mensajes de datos, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, entre otros, descubiertos, recogidos y custodiados por el investigador (artículos 256 y 275 del CPP), y también pueden constituir “informaciones” entrevistas, declaraciones o informes de investigadores de campo o de laboratorio.⁸⁷

La prueba en sentido formal, requiere la intervención del juez de conocimiento y de las partes, en el curso del juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada, cuyo debido proceso se cumple excepcionalmente ante el juez de garantías y previamente al juicio oral. De modo que, de acuerdo con el principio de inmediación, solo constituyen pruebas los elementos de convicción que se practican ante el juez de conocimiento, mediante la exposición oral, pública y contradictoria de las partes.

Los elementos materiales probatorios se convierten en pruebas, técnicamente hablando, si son descubiertos y enunciados en las dos audiencias que preceden la de juicio oral; además de ser incorporados en esta última a través del órgano de prueba, que es el testigo de acreditación (investigador, servidor público o particular que haya tenido que ver con su recolección, aseguramiento y custodia), y una vez se haya sometido a controversia en el interrogatorio cruzado, es decir, al examen de las partes por medio del interrogatorio y contrainterrogatorio.

Estas dos categorías deben diferenciarse también de los actos de investigación. Se entiende que son los procedimientos reglados para descubrir y asegurar los elementos materiales probatorios (objetos, huellas, documentos, armas y otros similares) e informaciones en la búsqueda de la verdad sobre el delito y los presuntos responsables. En sentido meramente enunciativo, son actos de investigación, los allanamientos, registros, incautaciones, interceptación de comunicaciones telefónicas, retención de correspondencia, inspección al lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevista, declaración jurada, interrogatorio al indiciado, recuperación de información

⁸⁷ MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro. Sistema acusatorio y prueba. Colección de Estudios N° 7. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2004. págs. 33-34.

dejada en Internet u otros medios tecnológicos, vigilancia y seguimiento de personas o vigilancia de cosas, búsqueda selectiva en base de datos, entrega vigilada, agentes encubiertos, exámenes de ADN con el asentimiento del indiciado o imputado, reconocimiento en fila de personas, reconocimiento fotográfico o por medio de video, el retrato hablado y retrato robot, identificación dactilar y otros.

Corolario de lo anterior tenemos que los elementos materiales probatorios son el resultado de los actos de investigación, mientras que la prueba es el método legalmente diseñado para hacer afirmaciones probables, a partir de los elementos e informes evidenciados, y en verificar que tales asertos correspondan a la realidad de un hecho pasado. Así, los actos de investigación y los elementos materiales probatorios se hallan en una relación de causa a efecto y sólo dan lugar a una descripción, mientras que la prueba es un procedimiento sintético y prescriptivo, que tiene como antecedente los actos de investigación y sus hallazgos 'los elementos materiales probatorios o evidencias físicas'⁸⁸.

Veamos ahora el manejo de los elementos materiales probatorios y la prueba en cada una de las fases del procedimiento penal:

3.3.1.1 Etapa de Investigación

El procedimiento de indagación e investigación consiste en el despliegue de diligencias de averiguación, dirigidas y coordinadas por el fiscal y ejecutadas materialmente por la policía judicial, bajo su dependencia funcional, en orden a buscar elementos materiales probatorios y presentar informes (CPP, artículos 200 y 207). Los actos materiales de investigación sólo pueden ser ejecutados por la policía judicial, pues ella es la que debe responder por la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, hasta certificarla (artículo 254 y ss del CPP).

⁸⁸ Cfr. MARÍN VÁSQUEZ, *ibídem*, Págs. 38-39.

Debe distinguirse entre indagación, es decir, cuando las averiguaciones de la conducta punible son generales, sin dirigirse concretamente a una persona determinada (artículo 200 CPP); e investigación, cuando las averiguaciones se centran en un indiciado ya individualizado o identificado, como consecuencia de los elementos materiales probatorios e informes que lo comprometen seriamente, caso en el cual el fiscal debe acudir al juez de control de garantías para formular la imputación (artículo 286 CPP), dentro de la audiencia preliminar y, desde entonces, el indiciado pasa a ser un imputado (artículo 126 CPP) y prácticamente comienza el ejercicio de la acción penal.

Sobre la naturaleza jurídica de la fase de indagación y sus características, se ha manifestado lo siguiente:

*“La Fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que lo determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía y de las autoridades de policía, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la **notitia criminis**”⁸⁹.*

Para la formulación de imputación que hace el fiscal ante el juez de control de garantías, no es necesario descubrir los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes en poder de la Fiscalía (aunque obviamente debe contarse con ellos), salvo que en la misma audiencia preliminar de imputación, el fiscal decida solicitar la imposición de medida de aseguramiento (artículo 288 numeral 2 del CPP), caso en el cual el fiscal debe solicitar la orden al juez de garantías dentro de una

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005. En Estructura del Proceso Penal. Módulo para formación de Fiscales. Versión preliminar para trabajo. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2007. Pág. 47.

audiencia preliminar⁹⁰, efecto para el cual presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes pertinentes de que disponga para sustentar la medida, de los cuales puede inferirse razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta punible investigada y siempre que se cumplan los demás requisitos de ley (artículo 306 y 308). Si fuere necesario, el juez de garantías interrogará directamente a los testigos, peritos y funcionarios de policía judicial que acompañen al fiscal, y, después de escuchar los argumentos de éste, decidirá de plano sobre la solicitud (artículo 297 inciso 2).

Entonces, durante la indagación e investigación la Fiscalía y la Policía Judicial no producen pruebas, sino simplemente la Policía Judicial recoge elementos materiales probatorios y presenta informes, bajo la dirección y coordinación del fiscal, quien debe ofrecerlos y debatirlos ante el juez de conocimiento, por medio del órgano de prueba que puede ser el investigador, el perito o el testigo, para que puedan ser tenidos como fundamento de una sentencia.

La etapa de indagación no tiene un límite temporal, se tendrá en cuenta por el fiscal el término de prescripción de la acción penal, haciendo un ejercicio de abstracción sobre la posible calificación jurídica de los hechos bajo indagación; no así la investigación, que según voces del artículo 175 del CPP, tiene una duración de 30 días y excepcionalmente de 60 días calendario, según el caso, contados a partir del día siguiente a la formulación de imputación. Una vez vencido este término, el artículo 294, señala las opciones del fiscal: a) Presentar escrito de acusación, que debe dirigirse al juez de conocimiento competente (artículo 336 CPP); b) Solicitar la

⁹⁰ Se entiende por audiencia preliminar todo acto en el que se resuelven peticiones o se adoptan decisiones por fuera de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria o de juicio oral, ante o por el juez de control de garantías. Además de la formulación de imputación y la adopción de medida de aseguramiento, ya examinadas, también pueden realizarse audiencias preliminares durante la investigación para que el juez de garantías ejerza el control de elementos materiales probatorios e información de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía; o para la práctica de una prueba anticipada; o para adoptar medidas de protección a víctimas y testigos; o para resolver sobre la petición de medidas cautelares reales; o para ejercer el control sobre la aplicación del principio de oportunidad (artículos 153 y 154 CPP).

preclusión al juez de conocimiento (artículos 331 y ss del CPP), o; c) Aplicar el principio de oportunidad, sometiéndolo a control en audiencia que se surte ante el juez de control de garantías, de conformidad con el artículo 327 del CPP.

Cuando el fiscal solicita la preclusión al juez de conocimiento, se convoca a una audiencia para estudiar la solicitud, en la que las partes y demás intervinientes pueden oponerse a la solicitud del fiscal; en la audiencia, el fiscal deberá indicar los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentan la preclusión, pero bajo ninguna circunstancia se pueden solicitar ni practicar pruebas (artículo 333 CPP)

La aplicación del principio de oportunidad solo es procedente en los eventos consagrados en el artículo 324 del CPP. Y está sujeto a control de legalidad obligatorio y automático ante el juez de control de garantías en audiencia especial dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la Fiscalía (artículo 327 CPP), en la cual el Ministerio Público y las víctimas pueden controvertir la prueba aducida por la fiscalía para sustentar la decisión. Respecto a tal prueba, es claro el inciso final del artículo 327 del CPP, al exigir un mínimo probatorio del que se infiera la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, siempre respetando la presunción de inocencia,

3.3.1.2 La Audiencia de Formulación de Acusación

La acusación es un acto complejo que se integra por: a) la presentación del escrito de acusación y, b) la formulación de acusación.

De conformidad con el artículo 336 del CPP, previo a la celebración de la audiencia de acusación, se presentará el escrito de acusación ante el juez de conocimiento, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. Así, con este documento

que es el único elemento escrito previsto dentro del esquema acusatorio, se da inicio a la etapa de juicio.

La Corte Constitucional definió el escrito de acusación como el instrumento procesal remitido por el fiscal al juez competente, mediante el cual acusa formalmente a una persona a quien considera 'le cabe responsabilidad penal' por la autoría o participación en el delito por el que se procede⁹¹.

Resulta de gran relevancia en materia probatoria, pues es a partir de éste que se da inicio formal al llamado "descubrimiento de las pruebas" (artículo 344 CPP), que se materializará en uno de los momentos dentro del trámite de la audiencia de acusación. Para este efecto, dicho escrito deberá estar acompañado de un documento anexo que contenga: a) los hechos que no requieren prueba; b) la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; d) los documentos, objetos y otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; e) la indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales; f) los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía; y g) las declaraciones o deposiciones.

Radicado el escrito en el centro de servicios y una vez sometido a respectivo reparto, el juez, dentro de los dentro de los tres días siguientes, señalará fecha, hora y lugar para la celebración de audiencia de formulación de acusación (artículo 338 CPP). Una vez abierta la audiencia, el juez dará traslado a las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005. EN Estructura del Proceso Penal. Ob cit., pág. 91.

establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Una vez realizado lo anterior, el fiscal procede oralmente a imputar la acusación y descubrirá los elementos materiales probatorios, de acuerdo con las disposiciones del artículo 344 y siguientes del CPP.

El descubrimiento de los elementos materiales probatorios debe ser lo más completo posible, pero no es absoluto, el mismo artículo 345 señala los casos en que no es obligatorio tal descubrimiento, estos hacen referencia al secreto profesional, hechos ajenos a la acusación o que por orden constitucional o legal no son objeto de prueba, los apuntes personales y trabajo preparatorio del caso, la información que afecte notoriamente investigaciones en curso o posteriores o la seguridad del Estado⁹².

Antes de finalizar la audiencia de acusación, el juez señalará fecha, hora y lugar para la celebración de audiencia preparatoria.

3.3.1.3 La Audiencia Preparatoria

La audiencia preparatoria tiene por objeto planear, delimitar y determinar la actividad probatoria que se desarrollará en la audiencia de juicio oral. Para su instalación, es indispensable la asistencia del juez, el fiscal y el defensor (art. 355 CPP).

La audiencia preparatoria es por esencia manejo probatorio, en ella se realizan las siguientes diligencias: a) nuevamente se podrán realizar observaciones al descubrimiento de elementos probatorios, b) la defensa debe descubrir sus elementos materiales probatorios y evidencia física; c) tanto la fiscalía como la defensa deben enunciar cuales pruebas harán valer en la audiencia de juicio oral y público, d) se pueden pactar estipulaciones probatorias entre Fiscalía y defensa

⁹² Cfr. MARÍN VÁSQUEZ, Ob cit., pág. 27.

(acuerdos celebrados para aceptar como probados alguno(s) de los hechos o sus circunstancias) y e) el imputado debe aceptar o repudiar los cargos (Artículo 356 del CPP)⁹³.

Conforme al artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, es en esta audiencia donde la fiscalía y luego la defensa solicitarán la práctica de pruebas que requieran para sustentar su pretensión; excepcionalmente, el Ministerio Público si tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por las partes, que tuviere esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica. Además, si media solicitud de parte, se exhibirán los elementos materiales probatorios y evidencias físicas para su conocimiento y estudio (Artículo 358 del CPP); los medios de prueba, pueden ser excluidos, rechazados o inadmitidos por solicitud de las partes o del Ministerio Público, mediante decisión motivada del juez contra la que procede los recursos ordinarios (artículo 358 del CPP).

Conforme a lo previsto en el artículo 361 del Código de Procediendo Penal, en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio. Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, admitió la posibilidad de decretar excepcionalmente prueba de oficio, bajo las siguientes consideraciones:

“Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal (...).

Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del

⁹³ Ibidem., pág. 27.

artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la “norma de normas”, como lo estipula el artículo 4º constitucional.

Solo después de un ejercicio de esa naturaleza el juez, excepcionalmente, puede decretar una prueba de oficio. Este modo de discernir tiende a garantizar la realización práctica de los cometidos constitucionales en las situaciones específicas, y no conspira contra la vigencia general de la prohibición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004”⁹⁴.

En contraste con la citada decisión, la Corte Constitucional sobre la prohibición expresa de prueba oficiosa del juez, señaló:

“iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria y, como lo advertía la doctrina italiana, en la concepción dialéctica de la prueba, según la cual ‘el concepto de prueba moderno se ha basado en el orden asimétrico, en el que se privilegia al juez, mediante la formulación de la verdad real que supera la verdad probable’.

v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado”⁹⁵.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, Sentencia de marzo 30 de 2006. Rad. 24468. Magistrado Ponente Édgar Lombana Trujillo.

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-396 de mayo 23 de 2007. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Una vez discernido la aceptación y rechazo de pruebas, el juez decide el orden de su presentación, iniciando por las de la fiscalía y luego las de la defensa, sin perjuicio de las pruebas de refutación, en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la fiscalía (artículo 362 CPP); finalmente, debe fijar fecha, hora y lugar para el inicio del juicio oral y público, dentro de los treinta días siguientes a la terminación de la audiencia preparatoria (artículo 365 CPP).

3.3.1.4 El Juicio Oral y Público

El juez debe instalar la audiencia de juicio oral verificando la asistencia de las partes (artículo 366 CPP). Es el centro de gravedad de toda la actuación, pero con la aclaración que todo el sistema está diseñado para que el procedimiento se quede en los filtros 'formas de terminación del proceso penal': el archivo, la conciliación, el allanamiento a la imputación, el preacuerdo, el principio de oportunidad, la absolución perentoria, la preclusión, entre otros.

Una vez instalado el juicio, se procede a la alegación inicial (artículo 367 del CPP), que consiste en la concesión de la palabra al acusado, previa advertencia de su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, el acusado puede hacer tres declaraciones: declaración absoluta de inocencia, declaración absoluta de culpabilidad o una declaración mixta (inocencia respecto de unos cargos y responsabilidad respecto de otros).

En caso de declarar culpable, se hace acreedor a una rebaja de una sexta parte de la pena por los cargos aceptados. Si guarda silencio, se entiende que se declara inocente y se procede a la declaración inicial o alegato de apertura, donde las partes presentan la teoría jurídica del caso en un lenguaje descriptivo y lleno de aspiraciones que dependerá de los resultados probatorios del juicio oral, siendo obligatorio para el fiscal y optativo para la defensa; seguidamente se procede a la presentación y

práctica de pruebas (artículo 371 CPP), de conformidad con los principios de conocimiento más allá de la duda razonable⁹⁶, libertad⁹⁷, oportunidad⁹⁸, pertinencia⁹⁹, admisibilidad¹⁰⁰, publicidad¹⁰¹, contradicción¹⁰², intermediación¹⁰³, valoración en conjunto¹⁰⁴ y certeza acerca del delito y responsabilidad penal del acusado¹⁰⁵, consagrados en los artículos 372 a 382 del CPP.

Sobre la certeza para condenar y la presunción de inocencia como derecho fundamental, la Corte Constitucional sentó presente en el siguiente sentido:

⁹⁶ “**Artículo 372.** Fines. Las pruebas tiene por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de la duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.”

⁹⁷ “**Artículo 373.** Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”

⁹⁸ “**Artículo 374.** Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.”

⁹⁹ “**Artículo 375.** Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.”

¹⁰⁰ “**Artículo 376.** Admisibilidad. Toda prueba pertinente es admisible, salvo alguno de los siguientes casos:

- a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.”

¹⁰¹ “**Artículo 377.** Publicidad. Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código.”

¹⁰² “**Artículo 378.** Contradicción. Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.”

¹⁰³ “**Artículo 379.** Intermediación. El juez deberá tener en cuenta como prueba únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.”

¹⁰⁴ “**Artículo 380.** Criterios de valoración. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo”.

¹⁰⁵ “**Artículo 381.** Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.”

"La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política, mandato por el cual: 'Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable'. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en la reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: 'Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa'.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974, establece: '...Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...' (art. 8º)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de julio 25 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

3.3.2 CONSIDERACIONES EN TORNO AL TESTIMONIO COMO MEDIO DE CONOCIMIENTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

El testimonio como medio de conocimiento, se encuentra regulado en los artículos 383 a 404 del CPP.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, se pueden distinguir dos clases de testigos, el testigo de los hechos y el testigo de acreditación. Al primero hace referencia el artículo 402 del CPP, señalando que “El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir,” y sobre el segundo el artículo 412 del CPP señala “Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para que sea interrogado y contrainterrogado en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia”.

El artículo 383 señala quienes pueden ser testigos en un proceso penal y en que etapas procedimentales, afirmando que *“toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o en la investigación como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales”*. Este artículo es desarrollo del artículo 95 numeral 7º de la Constitución Nacional, prescribe el testimonio como un deber de colaboración con la justicia, todo colombiano, salvo excepciones de ley, tienen la obligación de acatar el llamado judicial a declarar dentro de las formalidades de ley. En consecuencia, el rendir testimonio es un deber, pues según lo prevé el artículo 384, existen medidas especiales de policía para la aprehensión y conducción del testigo que se negare a comparecer.

Las personas excepcionadas para testificar en el proceso penal, están señaladas en el artículo 385 del CPP, que es del siguiente tenor:

“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a este derecho.

Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;*
- b) Médico con paciente;*
- c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;*
- d) Trabajador Social con el entrevistado;*
- e) Clérigo con el feligrés;*
- f) Contador público con el cliente;*
- g) Periodista con su fuente;*
- h) Investigador con el informante.”*

Esta norma pretende preservar la familia, el secreto profesional, la dignidad de personas protegidas. Esta norma debe ser interpretada con carácter restrictivo, en el sentido de que es renunciable; así, la persona debe comparecer y abstenerse de declarar invocando la causal correspondiente.

Respecto de menores no se hace ninguna salvedad, entendiéndose que quedan cobijados por la norma del artículo 383, pero bajo un tratamiento especial. En efecto, el inciso segundo señala que “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, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público”.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, establece un trato diferencial para los casos de testimonio de menores, según éste sea mayor o menor de 12 años de edad. Al menor de 12 años, no se le exige juramento y se requiere la asistencia de su representante legal o pariente mayor de edad. Eventualmente, se podrá practicar el testimonio fuera de la sala de audiencia pero en presencia de las partes quienes interrogarán al menor, como si fuera en juicio público.

Frente a los mayores de doce años, la norma no prevé ningún trato especial, por lo cual, se deduce que debido a su mayor madurez psicológica, (tal como lo reconoce el Código Civil, artículo 215) se les da un trato igualitario a los mayores de dieciocho (18) años.

En este sentido, el Código estipula un principio general de capacidad para testificar, sin consideración a la edad, sexo, credo, religión o raza. El mérito de un testigo se determina por el estudio del contenido del testimonio y por los criterios establecidos en la ley, no por condiciones de corte moral o por condiciones sociales.

En cuanto a la selección de los testigos, de conformidad con el artículo 357, la etapa procesal para solicitar testimonios es la audiencia preparatoria al juicio oral, primero solicita la Fiscalía y luego la defensa, que serán decretados por el juez en caso de ser admisibles y pertinentes. También el Ministerio Público puede excepcionalmente solicitar testimonios que no hayan sido solicitados por las partes si son esenciales para el juicio. De este artículo se deduce que de conformidad con el artículo 361, el juez no puede decretar testimonios de oficio, como ya se dejó plantado en las diferentes posiciones que asumieron la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

El Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 383 a 404, regula la prueba testimonial, exigiendo condiciones, técnicas y métodos para la práctica del testimonio, que busca, ante todo, que sea veraz, responsivo, exacto y completo.

El testimonio debe ser responsivo, es decir el interrogatorio debe ser rendido oralmente, y además el testigo debe ser inquirido, no basta con el simple relato o el uso de las mismas palabras de la pregunta, la respuesta debe ser rendida en el léxico cotidiano del testigo. Lo exacto del testimonio hace referencia a la coincidencia entre lo declarado, lo percibido y lo recordado por el testigo. Además debe ser completo, el testigo debe señalar todo detalle sobre los hechos interrogados, es decir, no se aceptan declaraciones vagas, evasivas, imprecisas, o incoherentes. En el caso de testimonios plurales, además se exige la uniformidad, coherencia y firmeza de los testimonios.

En cuanto a las formalidades del testimonio, los artículos 389 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, regulan la práctica del interrogatorio a los testigos, la cual debe ser oral, bajo juramento y de forma separada, primero los testigos de la acusación y luego los de la defensa, veamos:

*“**Artículo 389.** Juramento. Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento, amonestará previamente a quien debe prestarlo a cerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones. Acto seguido se tomará el juramento por medio del cual el testigo se compromete a decir toda la verdad de lo que conoce.”*

*“**Artículo 390.** Examen de los testigos. Los testigos serán interrogados uno después del otro, en el orden establecido por la parte que los haya solicitado. Primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa. Antes de iniciar el interrogatorio a un testigo, el juez le informará de los derechos previstos en la Constitución y la ley, y le exigirá el juramento en la forma señalada en el artículo anterior. Después pedirá que se identifique con sus nombres y apellidos y demás generales de ley.”*

Inicialmente, el juez debe informar al testigo sobre los derechos constitucionales y de ley, enseguida le tomará el juramento antes de la declaración del testigo, este

juramento tiene como fin buscar la verdad del testimonio, se trata de hacer un llamado al testigo frente a la ley y la sociedad para que declare solo la verdad, so pena de sufrir las sanciones penales por la falsedad en la declaración. Acto seguido, el juez debe interrogar al testigo sobre lo que se ha denominado “generales de ley”: nombre, apellidos, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios, estado civil y demás datos tendientes a su plena identificación y además conferirle al juez indicios sobre la idoneidad y personalidad del testigo.

Los principios básicos del sistema acusatorio son la oralidad y la publicidad, y ello no puede ser la excepción en el testimonio, este deber ser expresado y recepcionado en forma oral, el juez debe observar directamente al testigo como medio más sencillo de apreciar la veracidad y sinceridad de su testimonio. Así mismo, la práctica del testimonio oral se debe realizar en audiencia pública, en presencia de las partes, intervinientes y del público presente (artículo 377). Al respecto, Iván González Amado, afirma:

“el juicio, como fase oral del juzgamiento, respaldado y condicionado por lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta y en las disposiciones internacionales que consagran los derechos fundamentales, es la sede prioritaria del debate probatorio. Es allí en donde se han de ordenar y practicar las pruebas, de forma tal que se garantice la INMEDIACIÓN DEL JUEZ con ellas y se asegure la imparcialidad, pues a través de su audiencia e impulso, el funcionario encargado del juzgamiento no ve mediatizada su valoración por lo que le presente la fiscalía o la defensa, sino independientemente podrá evaluar el mérito de cada uno de los medios de formación de su convencimiento”¹⁰⁷.

Así, el artículo 379 impone al juez como forma de purificar el material probatorio el principio de la práctica personal o inmediación, donde éste de primera mano, debe percibir la prueba testimonial en la dinámica del interrogatorio cruzado.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ AMADO, Iván. Propuesta para la reforma del sistema Procesal Penal Colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa.

Esta técnica, es materialización del principio rector del sistema acusatorio, conocido como contradicción. Se encuentra consagrado en el artículo 391, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 391. Interrogatorio cruzado del testigo. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.

En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de conainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el conainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del conainterrogatorio.”

La ley 906 de 2004, contempla cuatro posibles etapas en la recepción del testimonio: el interrogatorio directo, el conainterrogatorio y el interrogatorio redirecto y el reconainterrogatorio. El interrogatorio es aquel que realiza la parte que ofreció al testigo como prueba; el conainterrogatorio, es el realizado por la parte contraria a la que citó al testigo y se limita solo a los hechos del interrogatorio directo. El interrogatorio redirecto, es aquel que hace quien ha intervenido en el interrogatorio directo con la finalidad de aclarar puntos del conainterrogatorio; finalmente, el reconainterrogatorio, lo practica quien realizó el conainterrogatorio, con el fin de afianzar las inconsistencias del testigo.

Las reglas para la recepción del interrogatorio y del contrainterrogatorio, que rigen también para el examen redirecto y recontradirecto, están señaladas en los artículos 392 y 393:

“Artículo 392. Reglas sobre el interrogatorio. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

- a) Toda persona versará sobre hechos específicos;
- b) El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, caprichosa o confusa;
- c) El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo;
- d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;
- e) El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente.

El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas.”

“Artículo 393. Reglas sobre el contrainterrogatorio. El contrainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

- a) La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado.
- b) Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.”

Seguidamente, en el artículo 394 del CPP se despeja el punto dejando *supra* planteado. Que si el acusado y coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio, comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas del interrogatorio cruzado¹⁰⁸.

En los artículos 395 a 401 del CPP, se establecen las oposiciones durante el interrogatorio, que es una forma de materializarse en el debate oral el derecho de contradicción, también concomedas como objeciones; el examen separado de testigos, atendiendo al principio de lealtad y conocimiento personal; el interrogatorio por el juez, el Ministerio Público, con el único propósito de coadyuvar en el cabal entendimiento del caso; las situación y el modo de proceder en aquellos eventos en que se está en presencia de un testigo privado de la libertad, cuando se trata de servidor público de policía judicial, en las hipótesis de un testigo discapacitado, específicamente si es sordomudo y el testigo de lengua extranjera, que requieren apoyo de interpretes y traductores.

Sigue los artículos 402 y 403 del CPP, en los que se trata las áreas de ataque del testigo, que se refieren a su conocimiento personal y la impugnación de su credibilidad, aspectos estos que sumados a la apreciación del testimonio, artículo 404, "Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad", constituyen el epicentro del capítulo siguiente, dirigido a la valoración probatorio en aquellos casos en que es un el menor víctima de acto sexual abusivo.

¹⁰⁸ Cfr. MARÍN VÁSQUEZ, Ob cit., pág. 30.

IV. VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

4.1 GENERALIDADES DEL TESTIMONIO: CONCEPTO, NATURALEZA Y COMPLEJIDADES

4.1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL TESTIMONIO

El testimonio ha sido entendido por el maestro Devis Echandía como: "...un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza"¹⁰⁹.

En esta definición se observa la frase "dice saber", esto nos indica que el testigo no necesariamente estuvo presente al momento de la ocurrencia de los hechos, con lo cual se enmarcan todos los posibles testimonios frente a un hecho; entendiendo que un hecho es algo muy abstracto y que el juez no puede limitarse respecto de los testimonios que tengan relación indirecta con el mismo, ya que estos hacen parte del universo que enmarca el hecho materia de investigación o juicio.

Jorge Arenas Salazar manifiesta acerca del testimonio: "La esencia del testimonio consiste en que una persona que ha conocido un hecho le transmite ese conocimiento al funcionario judicial. La condición de testigo se adquiere tácticamente

¹⁰⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Tratado de derecho procesal civil, t. VI (de la prueba en particular). Temis, Bogotá, 1969. P. 397. 1.

desde cuando se ha tenido conocimiento de un hecho, y procesalmente, cuando mediante providencia judicial se ordena a esa persona deponer en el proceso"¹¹⁰.

Gustavo Humberto Rodríguez, afirma: "Testigo es la persona física que en orden al descubrimiento de la verdad declara o puede declarar ante la autoridad respectiva, los datos y circunstancias de que tiene conocimiento o información, relacionados con los hechos materia de la investigación"¹¹¹.

Por su parte, Luís Alzate Noreña conceptúa que: "Prueba testimonial, es la declaración obtenida en juicio de personas extrañas a la controversia; de modo que testigo es la persona distinta de los sujetos del proceso, llamada a exponer al juez sus observaciones propias de hechos que tienen relación con el debate"¹¹².

Para Jairo Parra Quijano el testimonio es "Un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de hechos en general"¹¹³.

Concordando lo anterior, se tiene que el testimonio es un medio de prueba de naturaleza personal, debido a que es una persona, el testigo, quien a través de su declaración informa al funcionario judicial aquellos hechos de los que tiene conocimiento directo o indirecto y que interesan al proceso que se ventila.

De este concepto se deducen los elementos del testimonio:

¹¹⁰ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá.1996. Pág. 119.

¹¹¹ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Curso de derecho probatorio; Compendio. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 135

¹¹² ALZATE NOREÑA, Luís. Pruebas judiciales. Imprenta departamental, Manizales, 1941, p.215.

¹¹³ PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba judicial el testimonio. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional, 3ª ed. 1988, p. 3

a) La fuente u órgano de la prueba testimonial: Es decir, el testigo o persona ajena a la controversia que rinde testimonio en un proceso, declarando sobre unos hechos que ha presenciado (visto u oído) o que le han contado.

Se exige la calidad física de la persona, esta distinción se desprende del hecho de que existen personas físicas y personas jurídicas. Las primeras son los seres humanos, mientras que las segundas se encuentran en el mundo de lo abstracto, son una creación del ser humano, y su existencia se encuentra supeditada a la voluntad del hombre; sin embargo ambas son sujetos de derechos y obligaciones en el mundo jurídico, de ahí que se justifique hacer esta distinción.

En diversas oportunidades ha sido materia de discusión la delgada línea que las separa. Es cierto que ambas son sujetos de derechos y obligaciones, pero solo una persona física como tal puede ser testigo de la ocurrencia de un hecho y a su vez relatarlo, porque el testimonio hace referencia a percepciones sensoriales, careciendo las persona jurídicas de esta capacidad, ya que no tiene actuación propia sino a través de sus agentes.

El testigo tiene la calidad de tercero, ajeno al proceso, las partes se someten al interrogatorio de parte, prueba autónoma que no se puede equiparar a un testimonio¹¹⁴.

b) El tema de la prueba testimonial: Es el objeto de conocimiento que en cada proceso, dada su naturaleza específica, es aquello que deba conocerse. Para el caso del testimonio son los hechos de conocimiento del testigo que son de interés para el proceso concreto.

¹¹⁴ Solo para fines didácticos, se mantiene esta afirmación, toda vez que sobre este punto en particular, en el capítulo anterior, se presentó la reevaluación del concepto de testigo a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio.

El testigo, conocedor de algunos hechos, aporta al proceso su percepción individual de los mismos y la fuente de su conocimiento, es decir, las circunstancias en las cuales llegó a tal conocimiento.

c) El medio de prueba testimonial o la declaración que rinde el testigo: Es el medio por el cual informa al funcionario judicial.

d) El fin de la prueba testimonial: tiene por finalidad llevar al juez a la verdad, lo cual se logra a través de la certeza necesaria sobre los hechos que se debaten dentro del proceso y que permiten dictar una a sentencia justa.

4.1.2 PRINCIPALES PROBLEMAS DEL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA

4.1.2.1 Admisibilidad o validez del testimonio

Para Francois Gorphe "El testimonio es un acto complejo, un producto psicológico que interesa analizar para comprobar si está formulado correctamente"¹¹⁵. La validez se deja ver, como claramente muestra el maestro Gorphe con esta definición, incitando a pensar que es de vital importancia determinar la coherencia de la formulación del testimonio; coherencia que se debe analizar no solo en el contenido del testimonio, sino en todos los elementos que hacen parte de él.

La prueba testimonial no goza de fiabilidad total, ello debido a que el resultado del testimonio depende de diversas circunstancias: la mayor o menor inteligencia del testigo, no todos perciben de igual manera los hechos, algunos tiene mejor memoria que otros, la elaboración de las preguntas al testigo, los requisitos de forma, etc. En este sentido, la admisibilidad del testimonio depende de dos criterios: El subjetivo, en

¹¹⁵ GORPHE, Francois. La Apreciación Judicial de las Pruebas. Editorial la Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 361.

referencia a la idoneidad del testigo; y el objetivo, según el cumplimiento de la ritualidad exigida por la ley para la declaración.

A continuación se presentan las fases o etapas, siguiendo a Arenas Salazar¹¹⁶, que se deben observar frente a un testimonio, y en caso de fallas, el deber de prescindir del testimonio.

En cada una de las fases o etapas se hará el análisis propio cuando se trata del testigo menor de edad. Los pasos son:

I. El origen del testimonio, el proceso mediante el cual el testigo tuvo conocimiento de los hechos

Tanto el testigo como el juez, tiene un proceso probatorio que se basa en el conocimiento. Este proceso cognoscitivo distingue dos etapas: la etapa sensorial y la etapa lógica o intelectual. En la primera, los órganos de los sentidos están en relación con el fenómeno y comprende la sensación¹¹⁷, la percepción¹¹⁸ y la representación¹¹⁹. En la segunda o lógica, se elaboran los conceptos¹²⁰, los juicios¹²¹ y los raciocinios¹²² en un proceso complejo de abstracción creciente¹²³.

¹¹⁶ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá. 122

¹¹⁷ *La sensación se caracteriza por ser una impresión o impacto que causa el objeto, hecho y fenómeno en el órgano u órganos de los sentidos correspondientes.* ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá. Pág. 118

¹¹⁸ *La percepción es la aprehensión no de una cualidad por el órgano correspondiente, sino la unidad o integridad de la cosa, hecho o fenómeno.* Ibíd. Pág. 118.

¹¹⁹ *Se caracteriza porque en ella se reconstruyen las imágenes vívidamente, sin necesidad del estímulo actual de los fenómenos sobre los órganos de los sentidos.* Ibíd. Pág. 118

¹²⁰ *Es una idea mediante la cual se fijan los caracteres esenciales del objeto, y por ello permite hallar diferencias entre objetos parecidos y semejanzas entre objetos diferentes. El concepto, entonces, tiene dos funciones lógicas: fijar los caracteres esenciales, y diferenciar un objeto de otro. Estas funciones sólo son posibles mediante un reiterado y repetido proceso de comparación.* Ibíd.. Pág. 119

¹²¹ *Es una unidad lógica por la cual afirmamos o negamos caracteres o propiedades al objeto. Los juicios son pensamientos de carácter atributivo, porque en ellos se afirma o se niega alguna cosa de algo, denotan si una propiedad pertenece o no al objeto. Los elementos del juicio son sujeto, predicado y cópula. El sujeto es el concepto del objeto del juicio, es decir el concepto de la cosa de*

En esta etapa deben distinguirse tres factores: Sujeto, objeto y relación entre sujeto y objeto:

A. Sujeto: Al ser testigo una persona física que va a declarar sobre un hecho que conoce, es lógico que la ley le exija una cierta capacidad. En cualquier tipo de proceso es importante analizar las circunstancias propias del testigo, por ejemplo, personas privadas de la razón permanente¹²⁴ o transitoriamente, personas con discapacidades sensoriales que le impidan haber tenido conocimiento del hecho que afirma conocer, o la edad del testigo.

El testigo óptimo es aquel que ha alcanzado su plenitud sensorial, intelectual y volitiva. Esta es la regla general de los testigos, pero hay sujetos que siendo maduros, tienen mermada su capacidad absoluta o relativamente, como el caso de los incapaces, dementes, mentecatos, o aquellos con deficiencias en los órganos de los sentidos, o por fuertes impactos emocionales. Otra de las circunstancias que limita la capacidad sensitiva y perceptiva y por lo tanto, limita la aptitud como testigo, es la edad, bien sea por inmadurez o por decrepitud.

la cual se afirma o se niega algo. El predicado es lo que se afirma o niega del objeto. La cópula liga lo pensado en el predicado como propio o no propio del objeto del juicio. Ibíd.. Pág. 119

¹²² *Es una operación lógica mediante la cual, con base en un conocimiento previamente adquirido, se infiere un conocimiento nuevo. Estos raciocinios pueden ser de tipo inductivo, si a partir de un juicio de un grado de generalidad se obtiene otro de mayor grado de generalidad; puede ser deductivo, si a partir de un juicio de un grado de generalidad se obtiene otro de un grado de generalidad menor, y puede ser traductivo, si se parte de un conocimiento de determinado grado de generalidad, para llegar a otro del mismo grado. Ibíd. Pág. 120*

¹²³ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá. 122

¹²⁴ Respecto de la idoneidad el Profesor Malatesta sostiene: *“Como ya lo hemos dicho, la calidad de idóneos, está determinada por la incapacidad intelectual o sensorial, los mentecatos, tomada la palabra en sentido muy general de privación de la mente como transitoria y derivada de una causa cualquiera, no son testigos idóneos, sea que la privación de la inteligencia se refiera al tiempo de la percepción de los hechos sobre los cuales se le llama a declarar, sea que se refiera al tiempo en el que rinda la declaración. No hay percepción posible sin el curso de la inteligencia, y por ello esta es una causa de no idoneidad absoluta, respecto de cualquier materia y cualquier juicio.”* DEI MALATESTA Nicola Fraimarino. *Lógica de Las Pruebas en Materia Criminal*, Editorial Temis. Bogotá. 1973. Pág. 48.

En la fase sensorial como en la lógica, tanto los niños como los ancianos tienen limitaciones que afectan su testimonio. En la fase sensorial, se requiere que los objetos impacten los órganos de los sentidos, a lo menos en la sensación y en la percepción. El niño no tiene el hábito ni el entrenamiento suficiente para exponer los órganos de los sentidos a las impresiones de los hechos, objetos o fenómenos, mucho menos para hacerlo de manera atenta o en forma concentrada. El niño es eminentemente disperso y confuso en ese proceso. Sólo después de cierta edad, al niño se le puede pedir atención, concentración, precisión para entrar en relación ordenada y sistemática con el mundo exterior. Así mismo, en el anciano se han deteriorado, por el paso del tiempo y las enfermedades, sus facultades sensoriales.

En la fase lógica, la unidad de pensamiento la constituye el concepto mediante el cual propiamente se conocen los objetos, por cuanto se le fijan los caracteres esenciales. Y se los puede comparar para encontrar similitudes con objetos diferentes y diferencias con objetos similares o parecidos. Esto es posible utilizando un complejo proceso de abstracción a partir de la repetición de múltiples experiencias.

En esta etapa del conocimiento, se requiere de unos mínimos de tiempo, de los cuales el niño, no puede disponer. Es preciso que transcurran algunos años para que las experiencias tengan la reiteración suficiente, a fin de poder detectar las cualidades que siempre acompañan al objeto como su esencia y las que están de manera accidental¹²⁵. La voluntad del menor es débil y su personalidad es altamente influenciada. Carece de un sentido ético, y por ello, no puede proyectar los efectos dañinos de la mentira. Es esta fase, “El niño no distingue lo percibido en el mundo exterior de lo imaginado, de lo deseado. El niño es un ser eminentemente deseante, que no puede controlar los deseos y a veces, llega a ser manipulador para conseguir sus deseos”¹²⁶.

¹²⁵ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá. 129

¹²⁶ RODRIGUEZ, Orlando. El testimonio penal y sus errores. Ediciones Buenos Aires. Pág. 154.

También el anciano sufre relajamiento de su sentido ético que puede ir de grados tolerables, hasta grados extremos intolerables en la vida social. La capacidad de recordación padece de ordinario alteraciones o limitaciones muy severas, hasta la ausencia total por senilidad¹²⁷.

Por ello, las legislaciones han excluido el testimonio del menor, denominándolo incapaz o inhábil absoluto. Así, el Código Civil, en el artículo 215 señala: “Son inhábiles para testificar en todo proceso: 1) Los menores de doce años, 2) Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia y 3) Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete”. Más adelante se profundizará en estas excepciones.

B. Objeto: Es necesario determinar el grado de dificultad para conocer, que puede conllevar el objeto de conocimiento, según la aptitud del sujeto. La mayoría de objetos son cognoscibles para los individuos, pero hay objetos, cosas, fenómenos y relaciones complejas que solo son cognoscibles por personas adiestradas, especializadas o expertas.

C. Relación entre objeto y sujeto: Por lo tanto, el juez debe examinar si el sujeto tiene las capacidades sensoriales e intelectivas suficientes para conocer el objeto, hecho o fenómeno que dice conocer. Además debe comprobar que el sujeto y el objeto estaban en la relación adecuada para el fin buscado, es decir, si en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar era posible que el testigo hubiera oído o visto, lo que afirma que oyó o vio.

II. El lapso transcurrido entre el momento de la percepción de los hechos sobre los cuales se le llama a declarar y el tiempo en el que rinde la declaración: La memoria.

¹²⁷ Ibíd. Pág. 125

El testigo no rinde el testimonio de forma inmediata, por ello se debe analizar las condiciones en que ha podido conservar en su memoria el recuerdo del conocimiento adquirido. Por lo general, los testimonios se reciben transcurrido un gran tiempo de la ocurrencia de los hechos que se quieren probar, por lo que se pone en duda la adecuada valoración del testimonio.

Los seres humanos como tales somos distintos unos de los otros, poseemos capacidades en distintas áreas y en diversa intensidad. Una de estas capacidades es la memoria o el recuerdo de nuestras experiencias. Esta memoria puede ser afectada por diversos factores: el entrenamiento, la ocupación, la intensidad del impacto, la personalidad y el tiempo. El paso del tiempo afecta el recuerdo o la memoria de las experiencias del sujeto y en consecuencia afecta su testimonio. Esto es predicable tanto de las personas maduras, como de las inmaduras.

Parra Quijano, diferencia el proceso de memoria del adulto del proceso de memoria del menor, con el siguiente tenor: “El hombre no copia la realidad, sino que participa en la construcción de la que codifica. El niño al observar algo, puede llegar a unir sus reducidas experiencias en la forma más insólita. Se puede afirmar que por su vivacidad retiene una característica y completa la totalidad del objeto, con otras experiencias, sin ningún control ni poder crítico”¹²⁸.

El niño está expuesto a constantes impresiones sensoriales, pero que por su inmadurez asimila y graba en su memoria superficialmente. Esto se debe a que la memoria depende en gran medida de la atención del sujeto, y el niño es desconcentrado y desatento. Así mismo el anciano, por el deterioro físico y mental sufre una deficiencia en su memoria.

El testimonio se debe analizar, teniendo en cuenta que al momento de recepcionarse puede haber transcurrido un lapso en el cual las personas pueden recordar solo

¹²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. Pág 318.

aportes de el pasado, según las especiales capacidades de la memoria del sujeto y la mayor o menor facilidad de recordar el objeto, sea sonoro, visual, o del tacto.

III. La declaración del testigo.

En la recepción del testimonio influyen diversas situaciones, entre ellas:

a) Las condiciones del sujeto al momento de la declaración. Hace referencia este elemento a situaciones en que el testigo, a pesar, de haber conocido los hechos y tener memoria sobre ellos, no puede relatarlos, por ejemplo por embriaguez, el uso de narcóticos, o un estado emocional alterado.

b) Las condiciones para rendir la declaración. Es condición *sine qua non* de la validez del testimonio, la libertad del testigo para declarar, es decir, debe estar libre de violencia física o moral, sin presiones indebidas o inducciones malintencionadas del interrogador. La única presión lícita es la advertencia de las consecuencias penales del falso testimonio y la obligatoriedad del juramento previo a decir la verdad.

c) De otra parte, debe cumplirse las previsiones y formalidades que exigen la Constitución Nacional, artículo 33, y el Código de Procedimiento Penal, artículos 383 y siguientes, en cuanto a formalidades, ritualidades y técnicas del interrogatorio.

Estas condiciones se hacen más relevantes en el caso del menor testigo, aún más cuando ha sido víctima de delito sexual; por lo general, las circunstancias de la comisión del delito está íntimamente ligado con relaciones de poder o de dominio del autor sobre el menor víctima, lo que genera en los niños una carga de culpa y de presión que puede viciar su testimonio. Así mismo, las ritualidades de su declaración, deben ser especiales evitando que con ellas se cause un doble daño al menor¹²⁹. En

¹²⁹ Sobre la doble victimización, se remite a lo tratado en el capítulo 4.

este sentido por ejemplo, no se exige juramento de verdad al menor de doce (12) años, artículo 383 CPP.

IV. La veracidad del testigo.

Es preciso examinar la veracidad del testigo, es decir, el conjunto de factores en orden a establecer si el testigo pudo conocer, pudo recordar y pudo declarar conforme a ese conocimiento y esa recordación. Tiene que ver con la capacidad cognoscitiva, sensorial y lógica intelectual del testigo. Igualmente se debe averiguar por la sinceridad o moralidad del testimonio, por la ética del testigo, su personalidad, antecedentes, su situación personal frente al conflicto del proceso.

El sujeto puede ser influenciado en su testimonio por las pasiones, sentimiento e intereses, por ejemplo, por el amor o el odio, la venganza, la culpa, la vanidad y el ego, la simpatía o antipatía, los nexos de familia y de conveniencia, el interés moral o económico. En este sentido Arenas, afirma que “los intereses pueden ser, como se dijo, de todos los órdenes: ya sea económico, social, político, de grupo, afectivo, pasional y hasta religioso”¹³⁰.

En este aparte debemos analizar la veracidad del testimonio del menor. La mayoría de los autores, precisan a los menores como mentirosos, derivando tal característica de su egocentrismo natural y de la imaginación que orienta todo el proceso de percepción de la realidad del niño, la forma como observa y analiza el mundo a su alrededor. En este sentido, esta percepción distorsionada en los primeros años de vida, desemboca de alguna manera en las mentiras que suelen darse en los menores.

Francois Gorphe, en su obra "Critica del Testimonio" nos muestra uno a uno los puntos que se deben tener en cuenta al momento de apreciar el testimonio brindado

¹³⁰ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá.1996. Pág. 145

por un menor. Para Gorphe el niño es considerado de la siguiente forma: "Basta conocer un poco a los niños para saber que su actitud frente a la realidad es muy diferente de la de los adultos. El respeto de la verdad es una noción que se les hace adquirir poco a poco. El niño, hasta cierta edad no concede importancia a la verdad por si misma. ¿Por qué decir lo verdadero y no lo falso? Solo nosotros, los adultos lo comprendemos. Pero, el menor no distingue aún claramente entre la ficción y la realidad, entre su pensamiento y las cosas, o no se aplica de buena voluntad a esta distinción, y juega tanto con uno como con el otro de estos dos términos. Tiene cierto espíritu de observación, pero es un espíritu pasivo y estrecho, sigue los vaivenes de la curiosidad móvil o los caprichos de una especie de diversión"¹³¹.

En esos términos, Gorphe es consciente de las limitantes que se tienen a nivel psicológico por el niño, al respecto afirma: "En estas condiciones es absurdo pedir a un pequeño un testimonio verdadero; es incapaz de decir la verdad porque es incapaz de comprenderla. Por eso no debe colocarse entre las verdaderas mentiras la mentira infantil, que hemos llamado "mentira lúdica"¹³².

Se debe entender que los niños, por su edad, en muchas ocasiones no diferencian la verdad de la mentira, que su inmadurez mental puede llevarlos a crear verdaderas historias, las cuales pueden hacer entrar en error al juzgador. Aquella frase según la cual "los niños y los borrachos dicen siempre la verdad", no es tan cierta, si miramos que el niño puede en determinado momento inventar una historia, producto de algún acontecimiento que pudo ver en la televisión, incluso llegar a puntualizar respecto de los detalles de la misma.

Ahora bien, la mentira infantil se divide en dos, una llamada la mentira normal y la otra, la patológica, ¿pero qué es lo que hace que se produzca esto en el niño? La respuesta radica en la personalidad propia de todo niño, la cual de acuerdo a la edad,

¹³¹ GORPHE, Francois. La Crítica del Testimonio, Instituto Editorial de Reus, V edición, Preciados, 1971, pág. 91.

¹³² *Ibíd.* Pág. 94

enfrasca una serie de comportamientos propios en los menores y que a diario observamos en nuestra cotidianidad.

4.1.2.2 La mentira como medio de defensa

Todos en algún momento de nuestra vida protagonizamos una "pataleta". ¿A qué se debe este comportamiento tan natural en los niños? Según el Maestro Gorphe, "este comportamiento se desprende del egocentrismo que caracteriza la personalidad de los niños hasta la parte madura de la pubertad"¹³³. Es pertinente anotar que en los primeros años de vida, el ser humano está envuelto en un mundo muy frágil y limitado, en el cual él es el centro de todo su universo, todos sus intereses se limitan a satisfacer sus necesidades propias y para ello se vale de cualquier medio para lograr su objetivo.

De la misma forma, el menor miente para proteger su integridad, sin importar las consecuencias y desconociendo los efectos que desencadena una mentira, pero esto en gran parte no es culpa del menor. En el libro del profesor Gorphe, encontramos casos asombrosos en los que el menor, valiéndose de historias falsas inventadas por el mismo, acusaba a alguien simplemente para excusarse por alguna falta cometida utilizando la mentira como un medio de defensa, uno de estos casos es el siguiente:

"Una niña de doce años, reconocida como enferma de blenorragia, denunció enseguida a un tunecino, condecorado de la guerra, que vivía en la misma casa, de haber tenido con ella en varias ocasiones relaciones sexuales, y para apoyar su afirmación, daba los detalles más precisos sobre la manera como habían sido perpetrados los actos. En el examen médico legal no se comprobó la desfloración, ni seña alguna de violencia en las partes genitales, ni derrame alguno en el acusado. La niña, bien constituida, bastante bonita, de mirada viva y expresión inteligente, describía complacida y sin timidez los tocamientos o las tentativas de relación sexual, en las cuales, decía, había sentido placer y reconoció que se divertía con

¹³³ *Ibíd.* Pág. 95.

*muchachos, lo que fue confirmado por la instigación sumarial que concluyó con un sobreseimiento*¹³⁴.

4.1.2.3 Mentira inducida por la sugestión

Muchas veces los niños mienten debido a la presión que es ejercida por los adultos al tratar de indagar la ocurrencia de un hecho en particular, las preguntas que les hacen, sugieren de una u otra forma la respuesta que se espera, y esta respuesta no es mas que el producto de la presión y la sugestión ejercida sobre el menor.

*"Los niños son un mundo de imaginación, su mente es muy vivaz y dispuesta a crear y creer cualquier historia, al punto que pueden llegar a puntualizar aspectos que si fuesen verdaderos no podrían recordar, ahora, si mezclamos esto con el hecho de formular preguntas sugestivas, como ¿cierto que sucedió esto o aquello?, entendiendo que la figura de autoridad que puede representar la persona para el menor, hace que este se someta sin ningún tipo de resistencia ante lo impuesto por aquellos que le interroga*¹³⁵.

Este tipo de mentira es sugerida por un tercero y puede incluso llegar al colectivo de niños, es más, puede incluso presentarse en un grupo de adultos presos del pánico, que aseguran un hecho que no ha ocurrido y que se fija en sus mentes debido a una sola afirmación, esta se fija en el inconsciente de todos gracias al grado de excitación que sufren en ese instante, a lo que se denomina en psiquiatría "alucinación colectiva".

Un ejemplo de este tipo de mentira en lo referente a la investigación lo trae el Doctor Gorphe en su libro "Crítica del Testimonio" así:

"Una institutriz laica, muy piadosa, de un pequeño poblado de los alrededores de Etampes, llegó a declarar al Procurador de la República que, habiendo notado en algunas de sus

¹³⁴ Ibíd. Pág. 96.

¹³⁵ Ibíd. Pág. 91.

escolares costumbres viciosas, las había acosado a preguntas y habían confesado que el capellán de la parroquia había cometido con ellas atentados al pudor. Abierto sumario, todas acusaron enérgicamente al cura. Sin embargo, el médico encargado de examinarlas comprobó que estaban desfloradas desde hacía mucho tiempo, mientras que ellas acusaban de atentados muy recientes. Interrogó hábilmente a una, al mismo tiempo que la examinaba, y acabó por saber la verdad; era con un joven del pueblo con quien había tenido relaciones. Véase cómo habían llegado a acusar por un capricho al capellán. Cuando la institutriz preguntó a una de las niñas para conocer a su corruptor, se expresó de esta forma apremiante: 'Es...es... ¿quién es?' Aturdida, la pequeña había contestado 'Es...es...el...El señor....' Señor' ¿qué?- replicó la maestra--: No hay aquí más que dos personas que se llamen señor, el señor Alcalde y el señor Cura.' Y la niña, rendida balbuceó: 'Es el señor Cura', creyendo que al señor Cura no se le podía hacer nada, después no había querido retractarse y sus compañeras la imitaron'¹³⁶.

Este y más casos se han presentado y se seguirán presentando, en los cuales se acusa a un inocente; pero aquí el mentiroso no es el menor, es una afirmación que el adulto le induce, el menor es simplemente un instrumento en toda esta situación y su mentira es producto de la sugestión a que se ve sometido. Como podemos apreciar, existe una delgada línea entre la realidad y la fantasía en la mente de un menor, y podemos pasar de un lado al otro sin distinguir la una de la otra. Por esta razón, es prudente que al momento de ser tenido en cuenta el testimonio del menor, se aprecien todos los puntos de vista para no caer en graves equivocaciones.

4.1.2.4 La mentira patológica

Existe otro tipo de mentiras dichas por los menores enmarcadas como verdaderas patologías, estas son producto de anomalías de tipo psicológico que se presentan a muy temprana edad en los niños y que se degeneran en conductas contrarias a los comportamientos normales de un menor¹³⁷. La mitomanía en los niños resulta

¹³⁶ *Ibíd.* Pág. 92.

¹³⁷ *Ibíd.* Pág. 92.

asombrosa debido a la frialdad y tranquilidad con que pueden inventar toda una mentira, a sabiendas de las consecuencias de esta y sin tener el menor reparo en atacar a alguien solo por gusto, ejemplo de esto tenemos las siguientes mitomanías.

- **Mitomanía perversa:** Se denomina mitomanía perversa, aquella en la que intervienen factores como una baja educación, debilidad mental y el degeneramiento en prácticas sexuales prematuras como la masturbación o el fetichismo etc.; además de una tendencia genética hereditaria, que lo inclina a este tipo de enfermedad. La sumatoria de todos estos factores se representan en un mitómano perverso. Este tipo de niños se encuentra frecuentemente en los hogares comunitarios o en orfanatos. El niño se muestra claramente como un mitómano, aunque sus inclinaciones son mas hacia el tipo sexual, inventando historias con sus demás compañeros y con personas adultas, llegando incluso a acusar a otros niños de cosas que el mismo hace, para satisfacer su ego, que lo impulsa en forma desmedida a sentir placer al mentir, placer similar al que siente cuando practica la masturbación o cualquiera que sea su desviación. Estas mentiras son sostenidas por estos enfermos de manera tan suspicaz, que incluso llegan al punto de terminar creyendo lo que inventan¹³⁸.

Para este tipo de mitomanía es necesario el tratamiento psiquiátrico, puesto que dichas personas al momento de ser parte activa de la sociedad, pueden incluso llegar a cometer crímenes de tipo sexual por desprecio, o cualquier otro factor externo que lo llevaría inevitablemente a cometer un ilícito. En nuestro país, debido al alto índice de pobreza, existe un número preocupante de niños que se encuentran dentro de este cuadro, además la falta de cariño y oportunidades se ve reflejada en la violencia en que vivimos y nos agobia; son muy pocos los esfuerzos que se están haciendo en la actualidad para remediar esta situación, agudizándose cada vez más.

¹³⁸ Ibíd. Pág. 93-94

- **Mitomanía vanidosa:** Este tipo de enfermedad se representa en niños a los cuales les encanta mentir, por los efectos de atención que la mentira genera en los adultos¹³⁹. Es producto de la excesiva atención prestada al niño desde muy temprana edad, la celebración por parte de los adultos de todas las ocurrencias del menor, y los beneplácitos que se dan al momento de inventar una historia.

“Cuando todas estas atenciones son suspendidas, bien sea por la llegada de otro niño a la casa o por motivo de su edad, se empieza a manifestar esta enfermedad, una a una, las mentiras se producen para llamar la atención y disfrutar de su resultado. Estas mentiras van desde enfermedades, hasta acusaciones serias a otras personas, ahí que tener cuidado porque estos niños pueden incluso inventar historias con personas sobre abusos sexuales, tocamientos indebidos y demás artificios, solo con el ánimo de llamar la atención y de gozar con el placer de mentir”¹⁴⁰.

Lo que acontece con este tipo de patología, es que las mentiras niños se alejan de la realidad con mucha frecuencia, sus inventos tienden a ser exagerados en la medida que los relatan, y cada vez que el niño cuenta la historia puntualiza sobre aspectos que antes no había tocado, detalles que son muy puntuales como el color de los zapatos de la persona, un reloj visto en la mano de una persona. Esta mentira progresiva es fácil de detectar en los menores.

Para tratar este tipo de enfermedad es recomendable que de la mano de los padres y todas aquellas personas que hacen parte del círculo familiar, se tome a razón de terapia, diferentes estímulos enfocados hacia la verdad, mostrando al menor la importancia que tiene el decirla y la satisfacción que esto representa.

En la línea de Gorphe, se proponen algunos consejos interesantes en la valoración de las declaraciones de los menores¹⁴¹:

¹³⁹ *Ibíd.* Pág. 94.

¹⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 94.

¹⁴¹ *Ibíd.* Pág.96.

a. Dentro del universo de léxico de los niños existen determinados términos que a razón de su edad no son muy comunes, si se encuentra en algún relato palabras de alta factura, puede que ellas estén relacionadas con hechos ficticios.

b. Los detalles que avanzan a medida que el menor repite la historia, y que puntualiza cada vez más sobre eventos o situaciones que antes no tuvo en cuenta, como si se tratara de perfeccionar mas la historia. Recordemos que a la mente del menor escapan algunos detalles debido a la poca concentración que prestan por razón de su edad.

c. La constante exageración en los relatos de los menores; que sobrepasan la realidad, dejan ver cuando su inocente imaginación les juega una mala pasada al momento de mentir.

4.2 LA VALORACIÓN O APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD

La valoración o apreciación del testimonio es el análisis en conjunto de todos los anteriores factores del testimonio, pero dentro del universo probatorio del proceso.

La apreciación del testimonio ha estado regida por diversos sistemas. En la antigüedad se utilizó el sistema de la tarifa legal, basado en la frase "*testis unus tetis nullus*", según el cual se rechaza como insuficiente la declaración de un solo testigo. El derecho canónico con fundamento en el capítulo 19 del Deuteronomio, en el evangelio de Mateo capítulo 18 y en de San Juan capítulo 17, estableció la prohibición del testimonio único, prohibición que se trasladó al derecho francés. Sólo hasta el Código de Napoleón se estatuyó la libertad de apreciación de la prueba testimonial.

A continuación, se presenta el tratamiento dado en la legislación colombiana al testimonio del menor de edad, haciendo especial énfasis en el valor de este medio de convicción en el nuevo sistema penal acusatorio en armonía con la Carta Política.

4.2.1. LAS GRANDES TENDENCIAS EN CUANTO AL VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD

En el sistema penal acusatorio se abre espacio a la polémica sobre el valor probatorio del testimonio del menor víctima del delito sexual, particularmente enfrentado dos extremos dialécticos: Los derechos preeminentes de los niños, especialmente orientados a evitar la revictimización al someterles a la carga de recordar el episodio delictivo del abusador en el transito del proceso y, de otro, el debido proceso y efectivo derecho a la defensa del procesado, a partir de la inmediación del juez en la práctica de pruebas en el juicio y el derecho a controvertir las pruebas.

La problemática se aborda a partir del deber constitucional que se impone a toda autoridad de respetar los derechos de los niños por encima de los derechos de los demás (principio del interés superior del niño, artículo 44 superior). Este derecho fundamental, puede ser vulnerado con la posibilidad de interrogar en diversas oportunidades a la víctima menor, lo que eventualmente podría ocasionarle un doble traumatismo en contravía del precepto constitucional. Por otro lado, la prueba penal para ser tenida por el juez como medio de prueba de cargo para juzgar al autor del delito debe ser sometida a contradicción, por lo tanto, surge un interrogante que se pretende resolver ¿tiene valor probatorio incriminante el testimonio del menor víctima de acto sexual abusivo a pesar de no ser sometido a contradicción en virtud del interés superior del niño constitucionalmente? Es decir, si un niño, niña o adolescente se encuentra con un severo traumatismo producto de un acceso carnal o un acto sexual, puede ser sometido a entrevistas, interrogatorio, conainterrogatorio, prueba pericial por psicólogo y otras eventualidades que permite la ley 906 de 2004, sin vulnerar sus derechos

fundamentales de carácter superior. O mejor, planteado desde otro punto de vista, cuales derechos priman en esta situación, los derechos superiores del niño, el ejercicio de la acción penal del estado (fiscalía y juez) o el derecho de defensa del procesado.

El primer asalto entre estas tendencias extremas, se presenta al conjugarse varias disposiciones normativas del Código de Procedimiento Penal; así se tiene que el artículo 206 CPP faculta a la policía judicial, en desarrollo de su actividades de investigación, para que cuando considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realice entrevista con ella. Frente a un delito sexual contra un menor, en etapa de investigación el fiscal o policía judicial pueden realizar entrevista al menor víctima, y una vez en juicio, por disposición de los artículos 379 y 383 del CPP, el juez nuevamente deberá oír al menor víctima pero ya en condición de testigo.

Sin embargo, el artículo 146 permite registrar a través de grabaciones magnetofónicas, discos de todas las especies que almacenen información, grabaciones fonópticas o videos, películas cinematográficas y grabaciones computacionales, la entrevista realizada al menor en la etapa de investigación para ser reproducida en el juicio. Además, se debe tener en cuenta que la grabación como tal *per se* no constituye elemento material probatorio que posteriormente se convierta en prueba documental. Si se ha grabado una entrevista o exposición, es imprescindible que la persona declare en el juicio para su validez.

Así quedó establecido en el artículo 347 CPP, que en su inciso final prevé “Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el conainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes”.

Entonces, toda prueba testimonial o declaraciones juradas, en principio, deben ser sometidas a conainterrogatorio, como requisito de validez de las mismas, so pena, como lo menciona el artículo 378 en concordancia con el artículo 8º literales j y k, de no tomarse como prueba.

En auxilio de esta postura, los artículos 15 y 16, pilares del sistema penal acusatorio, establecen:

“Artículo 15. Contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del Juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado”.

“Artículo 16. Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este Código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el Juez de control de garantías o ante el Juez de conocimiento, según el caso”.

Finalmente, por mandato del artículo 29 de la Constitución Nacional, se exige la contradicción de la prueba, para el caso del proceso penal y específicamente del testimonio, el conainterrogatorio en juicio, lo que equivaldría a que el acusado puede citar nuevamente como testigo al menor víctima del acto sexual abusivo.

Ahora bien, lo que se evidencia hasta aquí es que hay preeminencia aparente de los derechos del procesado en desmedro de los derechos de los niños; aún más, resulta muy difícil para el fiscal concretar una teoría del caso sólida en los delitos de acto sexual con menor de catorce años, debido a la fragilidad de la teoría probatoria en este tipo de conductas, amén de las múltiples objeciones a favor de la teoría del caso de la defensa.

Surge la variante, entonces, en estos casos, en la que toma relevancia otro medio de convicción como lo es la prueba pericial, especialmente de psicólogos, psiquiatras y médicos para determinar la credibilidad de la versión y para asegurarla frente a objeciones relativas a la edad y la inmadurez psicológica del menor, quedando la duda si el juez puede obviar, atendiendo este medio de conocimiento, su obligación de inmediatez en la prueba testimonial del menor, tomando como tal, la grabación que se llevó a cabo en la etapa de investigación por la policía judicial o fiscal, en aras de proteger al menor de una doble victimización.

De este criterio es la Corte Suprema de justicia, que con ocasión del estudio de las pruebas en el sistema acusatorio, en particular la prueba de referencia, expresó al respecto:

“Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la Sala de Audiencias (L. 906/2004, art. 383); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole.

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios

de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.

El numeral 1º del artículo 3º de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece:

*'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 que se atenderá será el interés superior del niño'*¹⁴².

En estos lacónicos términos, resulta contundente el presente que ha sentado el máximo tribunal de la justicia ordinaria en Colombia.

4.2.1.1 Los espacios irreconciliables de la controversia: la persona menor de edad, la recepción judicial del testimonio, el contenido.

Como se puede observar, a lo largo del estudio del testimonio, el que alude al menor ha sido cuestionado desde todos los aspectos. El punto más discutido es el que se relaciona directamente con la fiabilidad del testimonio del menor. Las principales objeciones son:

- ✓ La memoria de los niños y niñas no es fiable
- ✓ Los niños y niñas son egocéntricos.
- ✓ Los niños y niñas son altamente sugestionables.
- ✓ Los niños y niñas tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.

¹⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación Penal. Sentencia de marzo 30 de 2006. Rad. 24468. Magistrado Ponente: Dr. Édgar Lombana Trujillo.

- ✓ Los niños y niñas hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- ✓ Los niños y niñas no comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.

Sin embargo, con el avance de la psicología jurídica, hoy en día, parece estar en transición el cuestionamiento del testimonio del menor. Las objeciones se han contra argumentado, señalando que:

- La fiabilidad de los testimonios infantiles con relación a su memoria, depende de cómo se formulan las preguntas. La supuesta falta de fiabilidad no es razón suficiente como para desechar el testimonio del menor, este puede ser usado con cautela.
- El egocentrismo infantil, se ha asociado a la debilidad mental. No obstante, el egocentrismo, según numerosas investigaciones, es algo natural en todas las personas, dejando de lado la edad en que se encuentren.
- La investigación psicológica ha demostrado que niños y niñas, como así también los adultos, pueden ser ciertamente sugestionados, pero este riesgo puede minimizarse en la entrevista con el especialista.
- Hay pocos estudios en cuanto a establecer las condiciones de los niños y niñas en relación con la distinción entre realidad y fantasía, sin embargo, algunas de ellas establecen que no tienden a confundir lo que han imaginado o hecho con lo percibido. La única diferencia radica en que los niños son inferiores a los adultos discriminando acciones realizadas por ellos mismos, de las acciones que han imaginado que ellos realizaban.
- El tema de las alegaciones falsas de los niños y niñas es bastante complejo. Seguramente, un niño o niña inmersa en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo es más fácil descubrir una mentira infantil que una realizada por un adulto.

- Los estadios del desarrollo moral infantil son actualmente mucho mejor comprendidos que hace algunas décadas atrás. Entre los tres y cuatro años, la inmensa mayoría de niños y niñas, ya tienen una idea clara sobre lo que es verdadero y lo que es falso. Incluso, son capaces de comprender las implicaciones de mentir ante un tribunal. Algunos autores se sorprenden dado que existen tribunales donde antes de aceptar testimonios infantiles les exigen pruebas para evaluar su competencia y honestidad, cuando dichas pruebas no se utiliza para los adultos.

Más allá del mayor o menor peso de cada una de las objeciones citadas para los testimonios infantiles, está más que comprobado que determinadas actuaciones complementarias en el proceso testimonial de los niños y niñas como testigos pueden avanzar en el campo, aún inexplorados en muchos países¹⁴³.

Existen tres cuestiones que participan de amplios debates en la actualidad: el apoyo de expertos, la utilización de videos y el testimonio por medio de representante legal.

En relación al apoyo de expertos para ayudar activamente a la niña o niño en procesos legales está cada vez mas reconocido en las legislaciones de muchos países, aunque la práctica realmente desarrollada no siempre es congruente con las intenciones de los textos legales. Muchos expertos sólo asumen la función de ser evaluadores neutrales que informan al juez de la realidad del niño, niña o su familia. Se necesita una figura distinta al evaluador, al abogado defensor o de un posible terapeuta. Esta persona especialista, tiene que asumir la responsabilidad del bienestar general de niño o niña y de protegerle cuando interactúa con el sistema legal. A su vez, esta persona puede llegar a ser algún pariente o persona de afecto si está capacitado para ejercer tal función en el medio legal, y si no está implicado en el proceso.

¹⁴³ En el capítulo V de este trabajo, se presenta una propuesta sobre la valoración del testimonio del menor sin causarle una doble victimización.

Se debe establecer en apoyo a los expertos, que todos los juristas y profesionales que participan en procesos infantiles tengan una formación especializada adecuada, para poder situarse en la perspectiva infantil.

La legislación de algunos países¹⁴⁴ permite en la actualidad que los testimonios infantiles sean grabados en videos, en presencia del Juez o de otros testigos por él autorizados, con lo cual se eliminaría la presencia del niño o de la niña en la sala. Sin embargo, esta utilización de videos ha sido objeto de variados debates en países como Estados Unidos, acusando que sólo sirven para mostrar versiones parciales o distorsionadas de la realidad. Tras estas afirmaciones, algunos autores sugieren la utilización de sistemas de televisión de circuito cerrado, que permiten repreguntar al niño, sin necesidad de que permanezca en la sala.

Otra propuesta relacionada es la realizada por el denominado Comité Pigot de Inglaterra, propone utilizar no un video de una sola declaración, sino una serie de ellos que permite comparar la evolución de las declaraciones infantiles.

En cuanto al daño que pueda resultar a un niño o niña por su participación como testigo en un Tribunal, esto dependerá de:

- La edad,
- El grado de desarrollo,
- La presencia de psicopatologías,
- El estado emocional,
- La calidad de la ayuda de los adultos,
- Las peticiones de la sala del Tribunal,
- La oportunidad de las preguntas,

¹⁴⁴ Canadá, Dinamarca, Uruguay, Argentina.

- El nivel de preparación y motivación del Juez,
- El entendimiento del niño o niña sobre los procesos.

Según la mayoría de los autores, la confrontación ante adultos inculpados o implicados y las preguntas agresivas de un abogado acusador o del mismo juez, parecen ser algunas de las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en niños o niñas que comparecen ante un funcionario judicial.

Un caso paradigmático, lo constituye el actual Sistema Judicial de Menores Escocés, en el cual se crea el famoso sistema de las Children's Hearing o audiencias infantiles, siguiendo las recomendaciones del Comité Kilbrandon. Este sistema se refiere a cualquier procedimiento legal en el que intervengan menores y se sienta en tres principios básicos:

- “1. El principio de separación de prueba y la medida, dado que su instrumentación requiere habilidades distintas. Las audiencias infantiles actúan sólo cuando todas las partes están de acuerdo, o cuando no estándolo, sólo la policía presenta evidencias como resultado de su propio proceso de actuación independiente.*
- 2. El principio de bienestar del niño o niña, como orientador fundamental de cualquier decisión y medida adoptada, principio que se consolida con la conocida expresión del interés superior del niño.*
- 3. El principio de participación del niño y de la familia, esta última como el contexto más próximo para atender al menor.”*

Para Silvia Molina, el punto de referencia del niño o niña víctima, hoy en día, se incrementa enormemente en relación directa con el abuso sexual hacia ellos. Durante años se han planteado la pregunta hasta qué punto y en qué condiciones el testimonio de un niño que alega haber sufrido abusos sexuales es válido. Las dudas sobre esta validez provienen básicamente de: a) la constatación de una elevada frecuencia de casos en los que el niño, tras afirmar en un primer momento, haber sido objeto de un abuso sexual, posteriormente se

retracta; y b) el escaso desarrollo de las capacidades y habilidades cognitivas en niños de corta edad.

La revelación del abuso sexual por parte del niño, no es un hecho que surge repentinamente en un momento determinado, sino que es fruto de un proceso. En este proceso existen cuatro etapas: 1) Negación del abuso; 2) Relato del abuso; 3) Retracción, y 4) Reafirmación.¹⁴⁵

La negación por parte del niño del abuso sexual se produce en dos momentos, uno de los cuales tiene lugar en la fase inicial de la investigación, cuando el profesional está en contacto con el niño. Existen datos demostrando que sobre un total de 116 notificaciones comprobadas de abuso sexual, el porcentaje de casos en los que el niño negó su ocurrencia fue del 72%. Tras múltiples entrevistas, un 96% de estos niños, llegaron a reconocer su existencia. Pero posteriormente, el niño puede volver a negar sus afirmaciones previas, o sea retractarse. Según estos datos, el 92% de los niños se retractaron en algún momento de la investigación. Este efecto de retractación se encuentra definido como parte del denominado "síndrome de acomodación del abuso sexual infantil"¹⁴⁶.

Este síndrome contempla que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia. En 1957, a partir de la ley de revisión de la protección de la evidencia en niños, Israel incluye la figura legal del Interrogador Juvenil, en su sistema jurídico, instrumentando así el respeto a los derechos menores-víctimas de delitos sexuales, dentro del ámbito judicial. Posteriormente la República Federal Alemana (1986) y Canadá (1987) a través de un "Fallo de Suprema Corte de Justicia" y de algunas disposiciones del Sistema

¹⁴⁵ Molina Centeno de Mada, Silvia. El testimonio del menor víctima de delitos sexuales puede transformarse en un acto reparatorio de la salud mental" en La Ley del 27 de abril de 1999, de la República Argentina.

¹⁴⁶ Op. Cit. Pág.

Judicial Canadiense, respectivamente incluyen otros métodos y técnicas durante el testimonio de menores, tales como la grabación, audio y/o video con uso simultáneo de cámara de Gesell. Esta última modalidad técnica, permitió la presencia pasivo-observadora o activa, mediatizada en este último caso a través del Interrogador Juvenil, tanto por parte del Juez, del Fiscal, Asesor de Menores, Oficial de Investigaciones, abogado defensor y cualquier otra persona facultada por el Juez para intervenir en el acto, cuyos adecuados marcos jurídicos, lingüístico y psicológico quedaron así fijados.

En la provincia de Mendoza, República Argentina, en el año 1994, se realizó una experiencia-piloto interdisciplinaria que consistió por disposición de una Jueza de Menores, en la intervención de una médica, con una niña de 9 años, quien habría sido violada. La jueza resolvió dictar una resolución, estableciendo que la niña no declararía hasta que no estuviese en condiciones psíquicas para hacerlo, a criterio de los especialistas. La preocupación de la Jueza se basaba, en un primer momento, la niña habría declarado frente a la patrulla policial que la encontró abandonada. Durante diez días de trabajo intensivo, los especialistas abordaron a la niña y su madre, aplicando la técnica de psicoprofilaxis. Cuando la Jueza de Menores llamó a la niña a declarar en horario especial lo que aseguraba la intimidad del acto, con la presencia exclusiva de la madre, los menores y los profesionales especialistas, se tomó la decisión de efectuar la psicoprofilaxis del acto testimonial, dentro del ámbito tribunalicio, como una nueva aplicación en técnica a la salud mental y aporte a la psicología y psiquiatría de la magistratura.

Esta técnica psicológica pone la capacidad de anticipación respecto a una situación ineludible de ser vivida y que provoca ansiedad y tensión emocional. Esclarece a través de la información, lo que pasivamente va a tener que aceptar, pero también lo que activamente puede realizar a fin de contribuir al éxito o mayor efectividad en el procedimiento, siendo así un facilitador del mismo. En el caso particular de los niños, la técnica incluye tanto la verbalización como las acciones lúdicas y la dramatización,

de acuerdo a las características de la edad evolutiva, del desarrollo correlativo del lenguaje y de la personalidad del menor.

A partir de esta experiencia interdisciplinaria, *intra e inter* institucional, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza gestionó la inscripción de la comisión para que se aplicara en los Juzgados de Instrucción la Técnica de Psicoprofilaxis y así se avanzó en el tratamiento para la obtención de testimonios de niños y niñas víctimas¹⁴⁷.

Hoy en día existe un amplio consenso, siempre y cuando sean entrevistados por personal competente y en lugares adaptados, los niños son capaces de recordar, resisten a la sugestión y pueden proporcionar un testimonio creíble en relación al abuso. Es indudable que es un avance beneficioso en el reconocimiento de los derechos de la infancia y especialmente en evitar la revictimización producida por las autoridades policial, administrativa o judicial, pero es solo el comienzo.

Como conclusión, se tiene que un testigo infantil puede declarar tan precisamente como un testigo adulto, siempre y cuando se respeten algunas pautas interdisciplinarias tales como:

- Los recursos económicos presupuestados para poder llevar adelante las correspondientes adaptaciones y trabajos de equipos interdisciplinarios.
- La evaluación de la capacidad de responsabilidad; dígame maduración, desarrollo psicológico, desarrollo moral; en un niño o niña es una cuestión muy compleja, y se necesita indispensablemente, el apoyo y trabajo de coordinación de todos los integrantes del procedimiento psicológico-jurídico.
- La repercusión real que tendrá el informe técnico para la toma de decisiones y esto resulta del valor en la consideración por parte de los jueces. Esto implica una

¹⁴⁷ Molina Centeno de Mada, Silvia. El testimonio del menor víctima de delitos sexuales puede transformarse en un acto reparatorio de la salud mental" en La Ley del 27 de abril de 1999, de la República Argentina.

capacitación en el área de la niñez de todos y cada uno de los intervinientes en el procedimiento para profundizar el conocimiento de las capacidades positivas de los menores, y evaluar rigurosamente los resultados de las intervenciones efectivamente adoptadas para cada caso.

- Se deben generar normas y procedimientos para armonizar el derecho internacional al derecho interno en cada país, y estudiar analógicamente los diferentes programas del derecho extranjero para luego adecuar las diferentes instituciones que tengan relevancia en el trato con la niñez, no olvidando tener siempre en claro el interés superior del niño en desarrollo como sujeto de derechos y capaz de ejercitarlos.
- Adaptar los procedimientos con los diferentes mecanismos utilizados tales como audiencias infantiles, videos.
- Evitar exposiciones innecesarias, maltratos verbales de alguna de las partes o sus representantes, compartir audiencias con los victimarios.

Para finalizar el presente capítulo se debe dejar en claro la capacidad de los menores para testimoniar, así fue reiterado por el Nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en su artículo 150 el cual es del siguiente tenor:

“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.”

Los menores son aptos para rendir testimonios, no obstante, por su edad y condiciones especiales de vulnerabilidad, la misma ley en cita, exige ciertas formalidades para la recepción de la declaración, veamos:

1. *Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia.*
2. *El cuestionario debe ser enviado previamente por el fiscal o el juez.*
3. *El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.*

4. *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.*
5. *Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.*
6. *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.*
7. *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.”*

4.2.2. UNA TERCERA VÍA

Atendiendo a los planteamientos generalizados entre las dos grandes tendencias, aquellas que abogan por la preeminencia del principio de intermediación, para el efectivo derecho de la defensa del procesado y, del otro extremo, aquellas que plantean la necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales de los niños, impidiendo su revictimización; al respecto, cabe señalar, que hoy en día existe un amplio consenso, posición a la que adherimos, en torno al pleno valor del testimonio del menor, siempre y cuando sean entrevistados por personal competente y en lugares adaptados, los niños son capaces de recordar, resisten a la sugestión y pueden proporcionar un testimonio creíble en relación al abuso. Es indudable que se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de la infancia y especialmente en evitar la doble victimización producida por las autoridades de policía, administrativas o judiciales, pero es solo el comienzo.

Así, a modo de conclusión, siguiendo esta propuesta, se tiene que un testigo infantil puede declarar tan precisamente como un testigo adulto, siempre y cuando se respeten algunas pautas tales como:

- Los recursos económicos presupuestados para poder llevar adelante las correspondientes adaptaciones y trabajos de equipos interdisciplinarios.
- La evaluación de la capacidad de responsabilidad; dígase maduración, desarrollo psicológico, desarrollo moral; en un niño o niña es una cuestión muy compleja, y se necesita indispensablemente, el apoyo y trabajo de coordinación de todos los integrantes del procedimiento psicológico-jurídico.
- La repercusión real que tendrá el informe técnico para la toma de decisiones y esto resulta del valor en la consideración por parte de los jueces. Esto implica una capacitación en el área de la niñez de todos y cada uno de los intervinientes en el procedimiento para profundizar el conocimiento de las capacidades positivas de los menores, y evaluar rigurosamente los resultados de las intervenciones efectivamente adoptadas para cada caso.
- Se deben generar normas y procedimientos para armonizar el derecho internacional al derecho interno en cada país, y estudiar analógicamente los diferentes programas del derecho extranjero para luego adecuar las diferentes instituciones que tengan relevancia en el trato con la niñez, no olvidando tener siempre en claro el interés superior del niño en desarrollo como sujeto de derechos y capaz de ejercerlos.
- Adaptar los procedimientos con los diferentes mecanismos utilizados tales como audiencias infantiles, videos, asistencia de personal especializado que genere confianza en el menor y de su representante legal.
- Evitar exposiciones innecesarias, maltratos verbales de alguna de las partes o sus representantes, compartir audiencias con los victimarios.

En el capítulo siguiente, a modo propositivo del presente trabajo, se esboza un modelo tentativo de adelantar un debido proceso para el acusado compatible con la no revictimización del menor víctima-testigo de actos sexuales abusivos.

V. EL DELITO SEXUAL Y LA DOBLE VICTIMIZACIÓN DEL MENOR

5.1. VICTIMIZACIÓN DEL MENOR EN LOS DELITOS SEXUALES

Tal como lo afirma Stekel, los primeros contactos sexuales que tenga un ser humano, son los más importantes, pero alerta sobre los efectos dañinos que incluso la ternura no morbosa pero exagerada con los niños puede traer para su adolescencia y adultez:

“Repito: El niño ha nacido Sexual. Los primeros objetos de su sexualidad son las personas que le cuidan y la familia que le rodea. Las diferentes irritaciones producidas por los cuidados físicos, las caricias y la ternura, los besos, crean una atmósfera erótica que puede ser extremadamente funesta para su vida futura.

Pero ¿qué pasa a consecuencia de la ternura exagerada de los padres? Los niños quedan fijados en ellos y no se vuelven a separar. Veremos el ejemplo de una dispareunía que se ha producido porque la muchacha no consiguió separarse de su padre. Hay casos en que la mujer insensible es fijada en su madre y en que el amor homosexual insatisfecho e irrealizado se encuentra en el centro de sus perturbaciones nerviosas. Las fijaciones en los hermanos, en el tutor, en el tío, en las hermanas y en los abuelos pueden tener la misma importancia”¹⁴⁸.

¹⁴⁸ www.psicologia-online.com.

Las consecuencias traumáticas de los delitos sexuales, (no está muy establecido), si debido al aumento de los casos de violación de menores en todo el mundo o debido al aumento del denuncia de estos hechos, han recibido bastante atención de parte de las más diversas instituciones interesadas en estos casos. Se han realizado diferentes estudios de victimología frente a este tema, que han permitido encontrar consecuencias en el comportamiento de la víctima que muestran la magnitud de los daños que se causan en una persona que sufre este tipo de actos. Por estas razones, se hace indispensable conocer más afondo este tema que se funda como un avance en victimología.

Estos estudios se inclinan hacia los delitos en los cuales se carece de información, como el abuso sexual de menores, por considerarlos como una gran porción de la cifra oscura del delito. Estos estudios también se refieren a que la victimización se genera, en su mayoría, en el seno del hogar presentando traumas a corto, mediano y largo plazo.

Sobre el tema, la ONG Margen, realizó un estudio de los precitados traumas, diferenciándolos así:

Como traumas de corto plazo se presentan los siguientes comportamientos: "... la víctima presenta un estado inicialmente de conmoción, seguida de una parálisis temporal y una constante negación de lo sucedido, después de esto se presenta un aturdimiento de la víctima llevándolo a un estado de desorientación, que se transforma en un inevitable sentimiento de soledad que embarga a la víctima, en este estado se sumerge en una tremenda depresión que lo aísla de todo su mundo, con la depresión viene la vulnerabilidad a la que se expone el menor siendo mas sensible a los comentarios, películas o cualquier otra cosa que le recuerde lo sucedido, todo este circulo de situaciones lo lleva a sentirse impotente frente a la cruda realidad,

sintiendo lastima y rabia a si misma y por lo sucedido martirizándose con el recuerdo”¹⁴⁹.

A mediano plazo, aquellos sentimientos que en un principio se presentaron como producto de un acto sexual abusivo, se transforman en otros muy contrarios y que en su mayoría tienden a agravarse en la medida en que no sea tratado el menor de la forma adecuada, degradando poco a poco el estado emocional de la víctima. Aquellos sentimientos que en un principio se manifestaban con miedo, pasan a convertirse en una rabia incesante contra su agresor y todos aquellos que pertenezcan a su género, llegando en ocasiones a odiar a familiares que le eran de su total agrado en el pasado. Agrega que:

“Otro de los comportamientos que cambian y que hay que tener en cuenta es el estado de ánimo, en la primera etapa las víctimas presentan una constante tristeza, todo esto es reemplazado por una euforia incontrolable, un estado de animo irascible la mayoría del tiempo, convirtiéndose en una persona en gran medida irritable con facilidad, siendo intolerante con las demás personas de su edad, desbocándose en ocasiones en peleas con sus antiguos amigos y compañeros, bien sea de la institución en que estudia o sus amigos del barrio donde reside, e inclusive con sus familiares mas cercanos.

Como si fuera poco con el cambio de su estado de ánimo, el sentimiento de lástima y compasión que sentía por si misma la víctima, se transforma en una culpa por lo sucedido, generando un aborrecimiento por si misma y por su cuerpo, reflejándose en el poco interés que preste por estar arreglado mas aun cuando se trata de niñas, en este género se nota de forma mas puntual estos comportamientos, ya que la menor enfrenta una constante depresión por su cuerpo y lo que tenga que ver con el, todo esto no es mas que un mecanismo de defensa que permite evitar que le suceda lo mismo otra vez.

En la mente del menor se comienzan a presentar a mediano plazo ideas de tipo obsesivas respecto de lo sucedido, pensando y rememorando de forma constante los hechos,

¹⁴⁹ www.margen.org.com

imaginando que ara si le vuelve a suceder algo similar, impidiendo que pueda concentrarse en otras actividades y mostrándolo en ocasiones aletargado con sus pensamientos, retraído, poco comunicativo, afectando sus estudios y hasta la comunicación directa con sus padres y familiares, ya que pareciera encontrarse en las nubes en todo momento.

Con las ideas obsesivas viene el insomnio, esta falta de sueño que lo lleva al constante pensar y recordar, pareciera como si en su cuarto se reviviera la historia que trata de olvidar, haciendo las noches interminables y convirtiéndolas en un infierno. Para colmo de males esto se aviva con las pesadillas que suele tener esta persona como consecuencia de su obsesión, estos sueños tortuosos lo conminan en un círculo vicioso que pareciera no tener fin, mientras que en el día lo invaden sus ideas en la noche la falta de sueño y las pesadillas lo atormentan.

Degenerando este problema en uno mayor, como el consumo abusivo de fármacos, tales como calmantes y demás productos que lo convierten poco a poco en un adicto a estas medicinas para poder evitar este cuadro traumático, claro esta que en el caso de los menores muchas veces este abuso es propiciado por los propios padres, quienes angustiados por el comportamiento de su hijo se ven inducidos a suministrarle estos medicamentos para intentar calmarlo, quien por ultimo y debido a todas las cosas mencionadas anteriormente estalla en un interminable llanto que le absorbe y le deja confundido con estos acontecimientos¹⁵⁰.

A largo plazo, los comportamientos de las personas que en su infancia fueron víctimas de un acto sexual abusivo, comprometen su estabilidad tanto emocional como física, presentando un desorden psíquico grave en algunos casos. Esto se acrecienta o se merma en la medida en que se trate adecuadamente o no a la víctima. Los siguientes, son algunos de los comportamientos que se presentan:

- *“Agresividad. Las personas adultas que poseen en su inconsciente algún trauma generado por abusos de tipo sexual, presentan en alto grado una irascibilidad hacia aquellos*

¹⁵⁰ www.margen.org.com

que se encuentren bajo su dominación, tales como hijos, cónyuge, empleados y demás personas sobre las cuales pueda ejercer algún tipo de poder.

Este comportamiento se debe a la constante necesidad que surge en estas personas, ya que intentan de una u otra forma descargar la ira que sienten en aquellas personas que comparten su círculo afectivo; los maltratos pueden ser físicos representados en golpes, que son propinados en su mayoría bajo el estado de alcohol hacia las personas que se encuentren en su entorno, mientras lo hacen balbucean palabras que se refieren a los hechos que le ocurrieron en el pasado. Otro maltrato usualmente utilizado es el psicológico, el cual se manifiesta en frases que minimizan a las personas, mostrando desprecio y haciéndolas ver inútiles, feas, miserables; muchos de estos maltratos van dirigidos hacia los hijos y sus parientes cercanos.

- *Introversión. Para muchas de estas personas, el relacionarse con los demás resulta ser algo poco agradable o difícil, ya que la desconfianza los invade impidiéndoles el poder relacionarse fácilmente, tendiendo a ser retraídos o ensimismados, su círculo de amigos es muy reducido y su nivel de vida social muy mermado ya que no acuden a fiestas con mucha regularidad, prefieren estar solos y no entablar conversaciones largas. Así mismo, las personas que sufren esta condición sienten la incapacidad para poder tener una relación sentimental con alguien, generando un sentimiento de soledad e impotencia difíciles de combatir.*

- *Desconfianza. Debido a los eventos ocurridos en el pasado, estas personas presentan en muchas ocasiones comportamientos contradictorios producto de la desconfianza, tienden a ser celosos con las personas que comparten su vínculo familiar, bien sea los hijos o el cónyuge, inventando situaciones que tienden a convertirse en verdaderos dolores de cabeza para las personas que son víctimas de la situación, ya que en su mente imagina que todos aquellos que se acercan a su familia lo hacen con algún propósito malsano, impidiendo que estas personas tengan amigos o que visiten su hogar para no dañar a su familia, así como no quiere que sus hijos ni su esposa se encuentren en casas vecinas; menos que traigan amigos a la su casa. Todos estos celos pueden generar en algunas ocasiones violencia física, debido a lo que implica para esta persona el confiar en extraños.*

- *Personalidad Adictiva.* Esto es cuando una persona, fuma o consume alcohol o cualquier otra cosa que afecte su estado de animo, la personalidad adictiva inclina a las personas hacia la consumación de su represión en aquellas situaciones que le hagan sentirse aliviado.

Para estas personas es difícil controlar el alcohol debido a que un trago los insita a embriagarse, frente al consumo de otras sustancias como el cigarrillo, tienden ha hacerlo de forma desmedida aludiendo que esto las relaja. Lo mismo sucede cuando se consumen drogas como las anfetaminas, enervantes o cualquiera de otro tipo inclinándose por el abuso, a si como las medicinas que le hayan sido prescritas, las cuales son utilizadas en muchas ocasiones de forma descontrolada, debido a la necesidad que se presenta con los calmante y demás medicinas que ayudan a tranquilizar a las personas, por esto se debe manejar con ayuda profesional una situación como esta, ya que requiere en algunos casos la desintoxicación del individuo victima de su trauma¹⁵¹.

- **Tendencia Criminal.** Algunos de los criminales en serie que han aterrado a la sociedad, fueron victimas de abusos similares a los que someten a otras personas. Un ejemplo palpable, es el caso de Luis Alfredo Garavito, que dio la vuelta al mundo debido a las atrocidades sexuales cometidas en sus víctimas. Este hombre que cometió mas de 180 violaciones y asesinatos de menores de edad del sexo masculino, es considerado como el mas grande asesino en serie que se haya conocido en la historia, figurando tristemente en el libro guiness.

Se afirma por los psiquiatras que evaluaron su perfil psicópata que había sido envilecido en repetidas ocasiones por su padre cuando eran tan solo un menor, sin que el victimario fuese castigado por sus actos y sin que de manera alguna se le diera un tratamiento psicológico a Garavito¹⁵².

Otro estudio a resaltar es el elaborado por las médicas psiquiátricas Adriana Martínez Toro y Nancy De La Hoz Matamoros, basado en los resultados obtenidos al evaluar

¹⁵¹ www.psicología-online.com

¹⁵² www.fiscalia.gov.co

los dictámenes médicos y psicológicos de los menores abusados sexualmente, quienes proponen un nuevo enfoque, contando con el conocimiento de las técnicas de entrevista psiquiátrica infantil, del proceso de desarrollo tanto psicosexual como cognitivo de los menores y de la dinámica que se pone en marcha en los casos de abuso sexual prolongado para utilizarlas en el campo forense¹⁵³.

Señalan que el psiquiatra y psicólogo forense, además de recoger la más amplia información que permite contextualizar los aspectos clínicos y jurídicos, genera criterios científicos que muestran los trastornos o consecuencias psíquicas así como los riesgos de la exposición temprana al abuso sexual.

Confirman los efectos nocivos de la exposición temprana de los menores a la violencia y experiencias sexuales con adultos. Dan evidencia de trastornos que son más frecuentes en ellos que en la población general, pero paradójicamente la demostración científica se dificulta en parte debido a la plasticidad de la psique infantil que le permite “adaptarse” pese a todo. Esta plasticidad es indispensable para el desarrollo.

“Las alteraciones que presentan los menores se abordan desde un punto de vista biológico, psicológico y ambiental. Cuando los niños logran establecer relaciones interpersonales en su escuela, con sus familiares, con los vecinos, ya han sobrepasado etapas del desarrollo sumamente complicadas y difíciles de entender. En el abuso sexual se alteran estas etapas del desarrollo y las relaciones con las demás personas muestran ciertas características que a los adultos les cuesta trabajo entender, pues se piensa que las mentes de los niños funcionan como las de los mayores, como si la comprensión madura no se desarrollase tan lentamente como los mismos cuerpos”¹⁵⁴.

¹⁵³ MARTÍNEZ TORO, Adriana y DE LA HOZ MATAMOROS, Nancy. Universidad Nacional de Colombia y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Psiquiatría Forense. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Bogotá. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Pág. 15-25.

¹⁵⁴ Ibid. Pág. 17

La sexualidad empieza con la vida y sólo alcanza su plenitud al terminar la adolescencia; en la adultez, el ejercicio de la sexualidad se vincula a lo placentero y a lo creativo. Este proceso sometido a fuente de agresión sexual lleva a la estructuración de una situación traumática que será abordada con las peculiaridades de cada etapa del desarrollo.

Las investigadoras llaman la atención sobre la marcada diferencia entre las consecuencias de abuso físico y sexual, dado que el abuso sexual es gratificado y obtiene ganancias como regalos, preferencias, etc., principalmente en los casos de corrupción.

En casos de trauma violento o situaciones muy complicadas para el menor, la vivencia del adulto antes protector transformado en agresor, propicia o cambia la capacidad de vinculación afectiva que eventualmente puede presentarse como una negación de toda expresión sexual.

Respecto de los efectos traumáticos que emergen para el menor víctima de abuso sexual, señalan las autoras que:

“La mayoría de los niños sufren la agresión sexual entre los siete y los trece años, en el período de latencia, en el cual la actividad sexual antes evidente, es suspendida; este fenómeno va aparejado con la emergencia de otras actividades mediadas por otros sistemas, los sistemas cognitivos y afectivos al servicio del aprendizaje y la socialización. El menor aprende a esperar, aparece el predominio de la realidad externa y consideración por los demás. Al final de esta etapa habrá una buena integración entre lo impulsivo (deseos personales) y lo racional o conveniente. Las experiencias sexuales tempranas impiden la consolidación de los anteriores procesos, el niño aún no es capaz de ordenar y dar sentido a los procesos internos por sí mismo, acepta lo dicho por los adultos sin mayores contemplaciones. Toman en concreto todo lo dicho por los demás de ahí que las amenazas verbales surtan efecto en los casos de abuso sexual. Es común el abandono de actividades intelectuales o paradójicamente la entrega a intereses donde lo sexual es excluido.”

El proceso de adolescencia se inicia con la maduración sexual entre los trece y diecisiete años. Es este un período de relativa vulnerabilidad debido a los cambios psíquicos, físicos y de relaciones con el ambiente. En este período se facilita la emergencia de estados patológicos”¹⁵⁵.

Señalan como situaciones que afectan a los menores, por ejemplo temores a los cambios y pérdidas infantiles en relación con temores y tristeza de los padres por estos hechos. El adolescente desplegaría una actitud complaciente con ellos y no asumiría su individualidad. Cuando la ambivalencia de los padres es muy intensa es posible que los menores presenten verdaderos estados depresivos y rechazo por parte de su cuerpo y puede en realidad ocurrir desmedido crecimiento de una parte de su cuerpo o falta de desarrollo, por ejemplo senos, caderas, aumento de peso. Si estas situaciones son reforzadas por el ambiente pueden presentarse regresiones patológicas dando lugar a cuadros clínicos psicóticos por ejemplo la Anorexia Nerviosa.

“Los conflictos no elaborados se reactivan impidiendo la aceptación de los cambios, produciéndose así una detención del proceso adolescente traducido en aislamiento, depresión, desinterés y no socialización con los padres. El proceso en general se aborta instalándose precozmente una alteración de carácter o neurosis típica.

Los cambios patológicos en los padres ocurren cuando el menor es la única fuente de gratificación. Esto hace que el menor se sienta confundido y rechace lo que le es propio.

En los casos en que el menor ha sido fuente de gratificación erótica para alguno de los padres, la presencia del proceso adolescente produce un fuerte impacto en el adulto generando rechazo y abandono hacia el menor. El adulto se ve enfrentado con su decaimiento físico y los conflictos de su propia adolescencia. La dinámica de ésta nueva

¹⁵⁵ Ibid. Pág. 23.

relación entre el menor y el adulto abusador, genera intensos sentimientos de odio y rechazo del menor terminando en la ruptura de esa relación”¹⁵⁶.

Se plantea que desde el punto de vista de la víctima, el abuso sexual en sus comienzos no es percibido por el menor como una actividad censurada, y esto junto con el vínculo que lo une al agresor, hace que el menor se sienta confuso con lo que sucede.

“Los menores más jóvenes (preescolar y escolar) pueden pensar que todo el amor y el afecto es similar a esta experiencia y que esto les sucede a todos los niños. En alguna parte de ellos las víctimas manifiestan que sentían que algo no estaba bien pero al mismo tiempo no deseaban perder el amor del abusador a pesar del alto costo. La cooperación del menor en esta etapa es obtenida a través de esta gradual distorsión entre los cuidados dados y la intimidad del menor. Por ejemplo se le dice al menor “no le digas nada a tu mamá por que si no se enferma, o mato a tu mamá, si cuentas te vamos a castigar o si cuentas nadie te va a creer”¹⁵⁷.

La gran mayoría de las veces no es necesario utilizar el maltrato físico para obtener el silencio del menor sino que basta con el mal uso de la autoridad paterna o de la familia. Otras veces las amenazas son acompañadas de regalos o favores especiales que finalmente llevan al menor a obtener una posición especial dentro de la familia si el secreto es guardado aparte.

“Los sentimientos descritos por las víctimas son una combinación entre el miedo y el deseo de ser amados y atendidos. En este punto de la evolución del proceso, los sentimientos sexuales del menor han sido sensibilizados y explotados. La sexualidad innata del menor y su respuesta normal a la estimulación, inicia un desarrollo temprano.

¹⁵⁶ Ibid

¹⁵⁷ Ibid.

El abusador frecuentemente intuye el potencial sexual del menor para responder sexualmente y sus acciones llevan al menor a sentirse cómplice de su propio abuso, haciendo más difícil el contar lo que está sucediendo.

Su autoimagen se torna negativa y para confirmarse que es malo utiliza el autocastigo; por ejemplo, se rechaza la compasión y en vez de ello, se busca el castigo; de ahí que aparezcan cambios conductuales que los padres reportan como rebeldía o inhibiciones.

Debido a que el factor estresante es repetitivo, la víctima ha sido reducida a un estado de ansiedad que puede combinarse paradójicamente con un estado de inactividad desemboca en la incapacidad para crear algún cambio en la situación. Este dinamismo ha sido denominado por Peterson y Seligman en 1983 como 'la desesperanza aprendida' ¹⁵⁸.

Señalan las autoras, cómo luego de que el abuso es descubierto por las víctimas la culpa se intensifica en los meses siguientes, ésta se combina con sentimientos de pérdida y ansiedad de separación ya que han perdido el afecto que se les proporcionaba. En este estado es difícil para la víctima apreciar que el afecto y la disponibilidad del abusador tenían un precio. Dependiendo de la actitud de la madre y la respuesta del entorno puede aumentar la culpa llegando ellas a sentir que ocasionaron la ruptura familiar y en algunos casos que fueron culpables de la encarcelación del abusador. Por este motivo en esta etapa son frecuentes las retractaciones. En los otros casos se observa es una disminución de la ansiedad y mejoría sintomática del menor ¹⁵⁹.

Las investigadoras observan que este proceso finaliza de manera espontánea porque el conflicto rompe con las capacidades de tolerancia del menor y el abuso es descubierto cuando éste decide contar. Este relato espontáneo del menor generalmente se hace a otro menor o a un adulto de confianza. Cuando el proceso ha sido prolongado desde etapas tempranas hasta la adolescencia hemos observado

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid

que el adolescente adopta comportamientos violentos contra su abusador (padre o padrastro), expresando abiertamente su odio.

Un trabajo más esquemático y concreto, es el que nos presenta Norma Griselda Mohito, durante el IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica celebrada el año 2001 en Madrid, España, perito psicóloga de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y profesora de psicología forense en el doctorado de psicología de la Universidad de Palermo, en la cual se detallaron las manifestaciones psicológicas del abuso sexual y ciclos evolutivos¹⁶⁰:

“I - EN NIÑOS MENORES DE TRES AÑOS:

- *Trastornos en el sueño y en el dormir.*
- *Trastornos en la conducta alimentaria.*
- *Modificaciones en los niveles de actividad.*
- *Comportamiento regresivo y/o agresivo.*
- *Conocimiento sexual inapropiado para la edad.*
- *Actividad sexual inadecuada.*

II- EN NIÑOS PRE-ESCOLARES:

- *Hiperactividad.*
- *Enuresis o encopresis luego de haber logrado el control de esfínteres.*
- *Alteraciones en el sueño.*
- *Temores y fobias.*
- *Conductas compulsivas.*
- *Trastornos en el aprendizaje.*
- *Juegos sexuales y curiosidad inusual sobre el tema para la edad.*
- *Masturbaciones compulsivas, con posibilidad de utilización de objetos con los que pueden llegar a lesionarse.*
- *Conductas seductoras hacia los adultos.*
- *Intensa ansiedad frente a la separación.*

¹⁶⁰ MOHITO, Norma Griselda. Durante el IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica. 2001. Madrid, España.

III – DURANTE LA ETAPA DE LATENCIA:

- *Propenden a reiterarse las manifestaciones descritas en el punto dos.*
- *Dificultades en el aprendizaje.*
- *Alteraciones bruscas en el rendimiento escolar, acompañadas de retraimiento o agresión social, especialmente en el medio escolar.*
- *Conflictos con las figuras de autoridad y desconfianza hacia los adultos significativos.*
- *Sobreadaptación o comportamiento hostil.*
- *Comportamiento cleptómano.*
- *Crueldad con animales.*
- *Desesperanza y tristeza.*
- *Episodios de coerción sexual sobre niños más pequeños o más retraídos.*

IV – EN LA ADOLESCENCIA:

GRUPO A) sintomatología intensa.

- *Intensa autodestructividad.*
- *Búsqueda compulsiva de castigo.*
- *Tentativas de suicidio.*
- *Actuaciones heterodestructivas incluido el homicidio.*
- *Conductas delictivas.*
- *Adicciones.*
- *Fugas de hogar.*
- *Promiscuidad sexual.*
- *Prostitución.*
- *Disociación.*
- *Trastornos en la identidad.*
- *Trastornos psicopatológicos severos (neuróticos, psicóticos, etc.).*

GRUPO B): sintomatología más mitigada.

- *Sobreadaptación.*
- *Retraimiento.*
- *Depresión.*

- *Inhibición sexual llamativa.*
- *Intolerancia frente a manifestaciones verbales de contenido sexual.*
- *Acentuada incapacidad para interactuar con el sexo opuesto.*
- *Homosexualidad”¹⁶¹.*

Conforme a los anteriores estudios, es indiscutible que los actos sexuales en los que participe un impúber generan traumatismos graves en su ser. Y esto aunado a la posible victimización a que se puede exponer en los trámites médicos y legales que se originan con ocasión de los delitos sexuales, tan es así, que los estudios de victimología que se han realizado en los últimos años muestran claramente que existen organismos judiciales que no cuentan con adecuados medios para cubrir estos casos cuando se presentan, ya que en aras de su investigación someten al menor a varios interrogatorios que lo hacen recordar aquello que trata incansablemente de olvidar, generándose así un hecho que se ha denominado como DOBLE VICTIMIZACION¹⁶².

5.2 LA REVICTIMIZACIÓN O DOBLE VICTIMIZACIÓN DEL MENOR

La doble victimización consiste en “...convertir al menor en víctima de procesos judiciales que no entiende y que le son ajenos por su condición, desencadenados al momento del conocimiento de los hechos por parte de las autoridades, siendo expuesta la que ha sido víctima de un abuso sexual cuando ésta es sometida en repetidas ocasiones a recordar los hechos delictuosos, esta figura se emplea en diversos casos, pero se acentúa aun mas en los delitos en los que se tiene como sujeto pasivo de la acción a un menor de edad”¹⁶³.

¹⁶¹ Mohito, Norma Griselda. Durante el IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica. 2001. Madrid, España.

¹⁶² www.psicología-online.com

¹⁶³ www.psicología-online.com

Esta doble victimización del menor, se evidencia particularmente en la victimización causada por la familia o personas que conocen de primera mano los hechos; la victimización causada por los entes investigadores y la producida por los medios de comunicación.

5.2.1 LA VICTIMIZACIÓN CAUSADA POR LA SOCIEDAD

Cuando nos referimos a sociedad dejamos en claro que son todas aquellas personas que tienen un contacto directo con el menor, ya que cuando un hecho ocurre, en la mayoría de los casos las primeras personas que conocen de esto suelen ser aquellas a quienes el menor tiene mas confianza, no siempre son los padres como se podría creer, muchas veces son los hermanos o algún otro tipo de persona, lo cierto es que todos estos agentes externos toman el rol policiaco casi por naturaleza, sometiendo al menor a una serie de interrogatorios, motivados por el morbo y la curiosidad, generando en el menor dolor y contaminando el testimonio que pueda rendir el mismo ante las autoridades.

“Este primer contaminante a que se ve expuesta la víctima es uno de los mas frecuentes y peligrosos, ya que el escozor que se produce al tener que recordar una y otra vez lo mismo, tener que ser interrogado por diferentes personas que conocen del hecho, hace que el menor sufra las lagunas y amnesias que comentamos anteriormente, causando así un desmedro de la prueba como tal”¹⁶⁴.

5.2.2 LA VICTIMIZACIÓN CAUSADA POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Los medios de comunicación se convierten en otro factor contaminante del testimonio del menor, en muchas ocasiones en aras de mantener el reiting publicitario, se cometen atropellos y se publican datos que desmeritan la condición del menor y torpedean la investigación. Para tal efecto se ha solicitado por parte de la misma

¹⁶⁴ www.paueducacion.com/abusossexuales/word/respuestas.doc

Fiscalía que el manejo de la información se haga en coordinación con la oficina de prensa de la institución, claro esta, respetando los derechos fundamentales del menor así como el derecho a la información que detentan los periodistas.

Muchos fiscales miran con preocupación como algunas investigaciones se malogran debido a la publicación irresponsable de algunos datos por parte de los medios escritos, televisivos o de radio, datos como el nombre del agresor o de la víctima y muchos otros que no dejan en buen terreno a los investigadores¹⁶⁵.

5.2.3 LA VICTIMIZACIÓN CAUSADA POR LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Para un niño hay quizá algo más traumático que ser víctima de abuso sexual, el contar cinco veces o más la historia de lo que le sucedió: desde el policía, pasando por el médico forense, el psicólogo, el pediatra y -en el nuevo sistema acusatorio- el abogado de la defensa, el juez de control de garantías, el juez de conocimiento, con quienes se encuentra en las respectivas audiencias donde enfrenta a su agresor y las incisivas preguntas de un abogado.

Las diligencias que se ocasionan con la ocurrencia de un delito sexual, cuando este se denuncia, pueden causar efectos dañinos en el menor si no se cuenta con profesionales capacitados y con experiencia en el trato con menores. Como ejemplo, los exámenes médicos genitales realizados sin tener en cuenta el estado psicológico y anímico de la víctima pueden causar un sentimiento de rechazo que entorpezca el desarrollo de otros trámites como el proceso judicial.

Una de las situaciones que más puede generar traumatismo para el menor, es la declaración de su testimonio sobre los hechos. El daño que pueda resultar a un niño o niña por su participación como testigo en un Tribunal, dependerá de:

¹⁶⁵ www.fiscalia.gov.co

- La edad,
- El grado de desarrollo,
- La presencia de psicopatologías,
- El estado emocional,
- La calidad de la ayuda de los adultos,
- Las peticiones de la sala del Tribunal,
- La oportunidad de las preguntas,
- El nivel de preparación y motivación del Juez,
- El entendimiento del niño o niña sobre los procesos.

Según la mayoría de los autores, la confrontación ante adultos inculcados o implicados y las preguntas agresivas de un abogado acusador o del mismo juez, parecen ser algunas de las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en niños o niñas que comparecen ante un funcionario judicial.

A continuación se presenta una propuesta para lograr el pleno valor probatorio del testimonio del menor sin causarle una doble victimización

5.3 VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DEL MENOR VICTIMA DEL DELITO SEXUAL SIN CAUSARLE UNA DOBLE VICTIMIZACIÓN

Respecto del testimonio rendido por el menor que ha sufrido un abuso sexual, en muchas ocasiones es contaminado por los funcionarios del Estado que actúan de forma incorrecta, desconociendo los derechos fundamentales de los niños, además de sus deberes como funcionarios públicos, este actuar que va en contravía de los principios consagrados en la Constitución Nacional sucede mas de lo que se piensa.

Según estudios ofrecidos por la fundación Antonio Restrepo Barco, en lo pertinente a la Fiscalía, sus funcionarios han actuado de forma inapropiada respecto del manejo de la información suministrada por el menor, ya que en muchas ocasiones, no se da

el manejo adecuado de la misma, colocando al menor en una situación incómoda al tener que repetir los procedimientos, en los cuales debe recordar algunos apartes de lo sucedido, bien sea por el lugar o el tiempo o las características físicas del agresor, e inclusive en algunos casos el tener que recordar las partes del cuerpo que fueron involucradas o los actos cometidos”¹⁶⁶.

De acuerdo con los resultados arrojados por la investigación, en muchos lugares se carece del recurso humano idóneo para tratar con este tipo de delito, generando así un alto grado de impunidad difícil de combatir con las herramientas existentes, debido al bajo nivel de escolaridad que presentan los habitantes de la periferia y de las zonas rurales del país especialmente.

Algunos estudios, afirman los riesgos a que se enfrenta un profesional ante un delito sexual y los mitos que se deben evitar para prevenir la victimización del menor:

“En las personas que de alguna manera deben enfrentar desde su rol de evaluadores de estos casos, surgen patrones de enfrentamiento que van desde el rechazo y culpabilización de cuidadores y padres, hasta la identificación con el sindicado o la víctima; esta situación, debe ser identificada y modificada para poder reflejar la realidad del examinado(a) sin interferencias. Sólo ocasionalmente se ven niños menores de dos años que aún no han desarrollado suficiente lenguaje verbal al punto de poder formar frases completas. En esta etapa el pensamiento del niño es animista, el niño supone que las relaciones con el mundo inanimado son iguales a las relaciones con las personas; por ello puede acariciar un animalito de peluche como le gustaría que le hiciesen con él y golpea un mueble con el que se ha golpeado sintiendo por ejemplo que la silla es mala. Aún el niño de ocho años puede pensar que el sol está vivo porque calienta; podría incluso agregar que da luz porque así lo quiere. Para un niño, una piedra rodando por una pendiente está viva porque se mueve y agregaría que viene a su encuentro.

El menor no es capaz de comprender conceptos abstractos como la permanencia y la reversibilidad, aunque sea considerado sobre el promedio de inteligencia en pruebas

¹⁶⁶ www.fiscalia.gov.co. Estudio Fundación Antonio Restrepo Barco.

*psicológicas. Por todo lo anterior los relatos objetivos, precisos e información causal contenidos en las preguntas de cómo, cuándo y por qué, resultan imprecisas*¹⁶⁷.

Debe tenerse en cuenta además que experiencias como cirugías, enfermedades prolongadas, abandono, ataques sexuales, pueden ser olvidados por los menores como manera de adaptarse. El hecho de que no recuerde no implica que no haya sucedido. Afirman los estudios que en lo sexual, en el niño aún no hay pudor o vergüenza como tales. Debe entonces, tenerse en cuenta este estado de cosas para comprender la actitud de los menores con sus abusadores máxime si entre ellos se encuentran figuras significativas como los padres. Esto permite entender las conductas contradictorias como por ejemplo, la alianza del menor con el agresor.

En el aspecto jurídico, se menciona el interés de tutelar especialmente a quienes por alguna razón presentan mayor riesgo, por fragilidad psíquica, de ser vulnerados en lo sexual, también se brinda el espacio para tipificar como lesiones personales el daño psíquico en la figura de perturbación psíquica. Sin embargo, estos instrumentos aislados de un adecuado soporte social no sirven a la recuperación del menor; queda así, una punibilidad aislada de toda posibilidad de reparación.

Los profesionales encargados de realizar la entrevista al menor incurren en un error por que tienden a creer que las mentes de los niños funcionan como las suyas, como si la comprensión madura no se desarrollase tan lentamente como sus cuerpos. Desgraciadamente el adulto también está sujeto a sus propias dificultades de comprensión, mitos e ideologías que rigen sus conductas y sus sentimientos sin que se den perfecta cuenta de ello¹⁶⁸.

Los cuestionamientos al testimonio del menor, se han ido relativizando con el apoyo de la psicología y la psiquiatría jurídica, estas disciplinas han hecho énfasis en tres

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid

estrategias que generan amplios debates en la actualidad: el apoyo de expertos, la utilización de videos y el testimonio por medio de representante legal.

En relación al **apoyo de expertos** para ayudar activamente a la niña o niño en procesos legales está cada vez mas reconocido en las legislaciones de muchos países, aunque la práctica realmente desarrollada no siempre es congruente con las intenciones de los textos legales. Muchos expertos sólo asumen la función de ser evaluadores neutrales que informan al juez de la realidad del niño, niña o su familia. Se necesita una figura distinta al evaluador, al abogado defensor o de un posible terapeuta. Esta persona especialista, tiene que asumir la responsabilidad del bienestar general de niño o niña y de protegerle cuando interactúa con el sistema legal. A su vez, esta persona puede llegar a ser algún pariente o persona de afecto si está capacitado para ejercer tal función en el medio legal, y si no está implicado en el proceso. Se debe establecer en apoyo a los expertos, que todos los juristas y profesionales que participan en procesos infantiles tengan una formación especializada adecuada, para poder situarse en la perspectiva infantil.

La legislación de algunos países¹⁶⁹ permite en la actualidad que los testimonios infantiles sean grabados en **videos**, en presencia del Juez o de otros testigos por él autorizados, con lo cual se eliminaría la presencia del niño o de la niña en la sala. Sin embargo, esta utilización de videos ha sido objeto de variados debates en países como Estados Unidos, acusando que sólo sirven para mostrar versiones parciales o distorsionadas de la realidad. Tras estas afirmaciones, algunos autores sugieren la utilización de sistemas de televisión de circuito cerrado, que permiten repreguntar al niño, sin necesidad de que permanezca en la sala.

Otras propuestas relacionadas son la ya citada Audiencia Infantil Escocesa o **Children's Hearing** y la denominada **Comité Pigot** de Inglaterra, el cual propone utilizar no un video de una sola declaración, sino una serie de ellos que permite comparar la evolución de las declaraciones infantiles.

¹⁶⁹ Canadá, Dinamarca, Uruguay, Argentina y Colombia.

Sin duda, una de las experiencias más traumáticas para los menores es el abuso sexual, sin importar el grado de intimidad, sea acceso carnal o actos sexuales. El testimonio del menor, desgraciadamente se ha vuelto tema de cotidiano, se ha incrementado enormemente en relación directa con el abuso sexual hacia ellos. Hoy más que nunca, se abre nuevamente la discusión en torno a la pregunta ¿hasta qué punto y en qué condiciones el testimonio de un niño que alega haber sufrido abusos sexuales es válido?

Los cuestionamientos al testimonio del menor se trataron a detalle en el capítulo IV, haciendo referencia básicamente a: la constatación de una elevada frecuencia de casos en los que el niño, tras afirmar en un primer momento, haber sido objeto de un abuso sexual, posteriormente se retracta (mentira infantil); y el escaso desarrollo de las capacidades y habilidades cognitivas en niños de corta edad (percepción y memoria).

Un menor abusado sufre una lesión o trauma psíquico de importancia, y al ser sometido a la operación de testimoniar, se le "abre simbólicamente" la cabeza para que sus contenidos psíquicos sean extraídos, conocidos y así investigados por los adultos que llevan a cabo el procedimiento judicial. Si tal operación o proceso judicial, es realizado en lugar, tiempo y forma inadecuados, sin tener en cuenta las características psicológicas y el período evolutivo, y la situación en la que se encuentra el menor-familia, sucede el hecho institucional conocido como revictimización o doble victimización. Una vez finalizado el testimonio, es necesario "cerrar la cabeza" del menor y de su familia y por supuesto, no puede eludirse el tratamiento posterior.

Para evitar esta doble victimización y sus efectos traumáticos en el menor, dentro de las propuestas para un testimonio idóneo del menor, se contempla como elementos principales:

- Trabajos de equipos interdisciplinarios que valoren el desarrollo psicológico y moral del menor.
- Capacitación de los funcionarios judiciales en las limitaciones y capacidades de los menores,
- Crear y adecuar instituciones que tengan relevancia en el trato con la niñez, no olvidando tener siempre en claro el interés superior del niño en desarrollo como sujeto de derechos y capaz de ejercerlos,
- Adaptar los procedimientos con los diferentes mecanismos utilizados tales como audiencias infantiles, videos, evitar exposiciones innecesarias, maltratos verbales de alguna de las partes o sus representantes y el compartir audiencias con los victimarios.

En Colombia se está avanzando en esta problemática, en el marco de la política Haz Paz, la Fiscalía General promovió en 1999 la creación y funcionamiento del Centro de Atención Integral a Víctimas de Delitos Sexuales en Bogotá, allí el número de denuncias recibidas se incrementó en 49.2 por ciento en el último año.¹⁷⁰ Paralelamente se han venido creando en todo el país unidades especializadas en delitos sexuales y en Bogotá funciona desde noviembre de 2001 la Unidad de Violencia Intrafamiliar.

Junto con la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Policía Nacional, el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Medicina Legal, la Alcaldía Mayor de Bogotá y el apoyo técnico y financiero del Fondo de Población de las Naciones Unidas se adelanta desde hace tres años el "diseño y aplicación de modelos de atención integral a víctimas de delitos sexuales".

De igual manera la Fiscalía ha participado en el diseño de protocolos para la atención de esas víctimas, así como también en los casos de trata de personas. A su vez con

¹⁷⁰ www.fiscalia.gov.co

el Instituto Nacional de Medicina Legal se elaboró el mapa georreferencial de asaltos sexuales.

Otro proyecto bandera es el de la Universidad Nacional¹⁷¹, reconociendo que los niños son las principales víctimas de la violencia sexual, presentó el proyecto “Justicia sin traumas” para que los niños no tengan que revivir múltiples veces su historia. Un trabajo interinstitucional permitirá a los pequeños exigir sus derechos al tiempo que se garantiza su privacidad y recuperación psicológica.

Para contribuir a una eficaz administración de justicia, la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Universidad Nacional de Colombia unieron esfuerzos que conducen a garantizar los derechos de los menores mediante la construcción de dos cámaras de Gessel que empezaron a funcionar a partir de septiembre en la Unidad Especializada de Delitos Sexuales de la Fiscalía - ubicada en la diagonal 34 # 818, en Bogotá¹⁷².

La cámara de Gessel está compuesta por dos espacios: uno para la víctima y otro para los investigadores; ambos lugares están separados por un vidrio espejo. De un lado, el menor, en vez de ver a los funcionarios, ve su propio reflejo mientras éstos sí pueden observarlo y escucharlo claramente desde el otro recinto.

Esto evitará la doble victimización que aparece cuando la persona tiene que hacer una y otra vez el relato de los hechos. Mario Ibáñez, psiquiatra del equipo, asegura que la revictimización puede hacer que los síntomas ansiosos aumenten hasta llevar al trastorno de estrés postraumático, en el que la persona empieza a vivir el evento frecuentemente, no solo en pesadillas, sino en *flash back* o reminiscencias, y eso indudablemente genera el deterioro de la vida.

¹⁷¹ Grisales, Paula. Justicia sin traumas. Universidad Nacional.

¹⁷² www.fiscalia.gov.co

Los pilares de este proyecto interinstitucional son:

- **Diálogo protector:** En la tranquilidad de una sala acogedora, bien iluminada, dotada de un sofá y un puff, el niño, acompañado del psicólogo de la Fiscalía, contará una sola vez su historia, que será grabada en audio y video y podrá ser utilizada en las audiencias preliminares. Por medio de un audífono, el psicólogo escuchará las preguntas que desde la otra sala, la policía judicial, el defensor de familia, el médico forense, el trabajador social, quieren que el pequeño responda.

La grabación servirá como elemento material de prueba, pues el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 2767 del 23 de diciembre de 2004, dispuso que cuando los jueces lo estimen conveniente, autorizarán sus declaraciones previamente grabadas en audio y video; y en los casos que sea indispensable oírle en audiencia, el menor deberá estar acompañado de un psicólogo que apoye al juez para que las preguntas no afecten su desarrollo psicológico.

El fiscal Jairo Acosta Montaña, jefe de la Unidad de Delitos Sexuales quien es un profundo conocedor de los procesos legales que deben afrontar las víctimas de delitos sexuales, comenta las ventajas de la grabación obtenida en la cámara de Gessel como elemento material de prueba:

"Someter a un menor al rigor de la prueba testimonial puede hacer que él se cohíba de hablar o, por el mismo temor de estar frente a su agresor en el juicio, cambia su versión o se retracta". Además, los abogados son sagaces, 'si hacen contradecir al más avezado de los testigos, con más veras un menor'. Por eso hay que darle la amplitud para que en un diálogo con el profesional especializado él pueda expresar lo que realmente vivenció".

La Fiscalía grabará los testimonios de los menores víctimas de delito sexual cometidos en Bogotá, pues aunque las denuncias sean hechas en las Unidades de Reacción Inmediata (URI), el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), la

Policía Nacional, la Comisaría de Familia y los Centros Zonales del ICBF, todas son remitidas a esta Unidad de Delitos Sexuales, porque allí están los 26 fiscales encargados de dirigir la investigación de los casos.

- **Terapia integral:** La construcción de estas cámaras es la segunda etapa de un convenio interinstitucional que además de la judicialización y restitución de derechos, comprende una propuesta de atención terapéutica integral que incluye a los padres de los niños, "pues la mayor parte de los casos de violencia sexual suceden en el hogar, y la mayoría de agresores son familiares o conocidos", asegura Susana Leal, coordinadora del grupo Haz Paz, del ICBF.

La Universidad Nacional diseñó para esta institución una propuesta de modelo de atención terapéutica integral, que podría ser implementado en todo el país y en el que participan psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y del lenguaje, ginecobstetras y pediatras. "La idea de ese grupo es hacer desde las diferentes disciplinas un estudio del niño, su familia y su entorno social para que recupere sus derechos y vuelva sano a la sociedad", explica Arturo Parada Baños, director de la Unidad de Gestión y Proyectos de la Facultad de Medicina, responsable del proyecto ante el ICBF.

Para realizar el estudio piloto que dio como resultado la propuesta, se conformó un equipo con profesionales de las áreas mencionadas, quienes utilizaron una metodología de investigación y acción participativa en la que atendieron durante seis meses, con el apoyo del Hospital Materno Infantil, a 24 menores remitidos desde la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía.

En el trabajo experimental, los profesionales de la Universidad Nacional descubrieron que, paradójicamente, los menores cubiertos por las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Asegurados de Régimen Subsidiado (ARS) son los más desprotegidos. "La mayoría de las EPS no están comprometidas, pues la víctima es atendida como

cualquier otro paciente", explica Helena Fino, ginecobstetra del grupo. En estas instituciones el paciente debe pedir cita para médico general, que se demora entre 7 a 15 días; las citas para especialistas tardan entre 20 a 30 días, y a pesar de la remisión expresa no necesariamente les realizan los exámenes de laboratorio solicitados.

Desde la perspectiva del trabajo social, Sonia Moreno Páez señala que la escasez de dinero, la falta de disponibilidad de tiempo de los padres, y en general la tramitología ante las instituciones de salud hacen que los acudientes del niño desistan de la atención.

Pero a pesar de que son muchas las barreras que tienen que sobrellevar el menor y su familia, este trabajo interinstitucional e interdisciplinario es un paso adelante en la compleja tarea de afinar los mecanismos por los cuales la niñez colombiana hace la exigencia efectiva de sus derechos y la restitución de su bienestar psicológico y físico.

El nuevo código de procedimiento penal recoge la necesidad de proteger el (la) menor víctima de delitos sexuales, esto se evidencia en los siguientes artículos que restringen las facultades por un lado de los operadores judiciales y por otro, de la contraparte. El código recoge los avances que se estaban pidiendo a gritos por la psicología, la medicina y el trabajo social, así, el artículo 414, introduce la práctica del testimonio fuera de la sala de audiencias, con la presencia del representante legal del menor:

“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, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público”.

El artículo es un avance, pero se quedó corto; debió prever la presencia de un personal especializado que asista al menor y que pueda objetar preguntas capciosas que puedan causar daño al menor agredido, especialmente por delitos sexuales.

En el mismo sentido, el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal limita el principio general de publicidad, en consideración al posible daño psicológico a que se expone a los menores de edad que deban intervenir en el proceso. Señala el artículo en mención:

“Publicidad. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el Juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación”.

En concordancia con el artículo 149, “Restricciones a la publicidad por motivos de seguridad o respeto a las víctimas menores de edad. En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el Juez podrá limitar total o parcial el acceso al público o a la prensa”

En el párrafo del artículo 92 del CPP, como garantía de reparación de los daños, también se faculta en los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, al Ministerio Público para solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado.

El legislador reconoció la importancia y trascendencia social del delito sexual, por lo cual, fueron excluidos del proceso de descongestión, depuración y liquidación. Norma

que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, pero que fue válida y determinante dentro de la política criminal del Estado.

El menor como víctima del delito, está facultado para actuar dentro del proceso. Así lo determina el artículo 135 del CPP, que consagró protección de la víctima durante el trámite:

“Artículo 135. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

- 1. Las víctimas podrán solicitar al Fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.*
- 2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.*
- 3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.*
- 4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el Fiscal, durante la investigación, solicitará que éstas designen hasta dos (2) abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el Fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.*
- 5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Oficina de Atención a Víctimas de la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.*
- 6. El Juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.*
- 7. Las víctimas podrán formular ante el Juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.”*

Este cúmulo normativo, pasó a ser reforzado mediante la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, que a partir del artículo 192 señala los tratos especiales que se deben tener en cuenta en el evento de niño, niñas, adolescentes víctimas de delitos.

Señala la normatividad en comento que el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y la ley.

Igualmente señala las pautas que el funcionario debe seguir para el desarrollo del proceso judicial en el que intervienen menores de edad. Veamos:

“Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

- 1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.*
- 2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.*
- 3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.*
- 4. Decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el*

pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.

5. Tendrá especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito.

6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.

7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

8. Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.

9. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.

10. Informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.

11. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

12. 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.

13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.”

En este mismo sentido el artículo 194 prescribe que en las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto, se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente.

El artículo 199 crea unas excepciones para mecanismos sustitutivos y beneficios penales cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Así:

“1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. *No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.*
5. *No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.*
6. *En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.*
7. *No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.*
8. *Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.*

Parágrafo transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva”.

Esta hiperactividad normativa es consecuencia directa de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano, en la puesta a tono de la política criminal hacia la protección de reglones poblacionales vulnerables, esto es, los sectores sensibles de la sociedad, en especial los niños. Se da así cumplimiento desarrollo al decálogo de derechos constitucionales consagrados a favor de los infantes y adolescentes.

Nos queda decir que este apartado, fundamento propositivo del trabajo presentado, queda en estado embrionario a espera de la articulación de la subconstelación jurídica (Código de la Infancia y Adolescencia) dentro del sistema jurídico y su posterior desarrollo empírico en la práctica judicial, al que se estará atento.

CONCLUSIONES

Lamentablemente el abuso sexual es uno de los fenómenos que en la actualidad afecta directamente a la población infantil. A pesar de la publicidad, de las campañas en la prevención de los delitos sexuales que involucran a menores, por parte de las autoridades e instituciones públicas y privadas que luchan por la defensa de los derechos de los menores, cada día los niños son abusados, según estadísticas de la Fiscalía General de la Nación cada dos horas hay tres casos de violación a menores¹⁷³.

La terminología sobre la violencia sexual confunde, cuando se dice abuso sexual lo entendemos como violación, y ello es un error, el abuso sexual infantil, en sentido general no debe ser entendido como violación, sino como incluyente de una infinidad de actos sexuales diferentes al acceso carnal que de igual forma afectan al menor y que, por lo tanto, son considerados una manifestación de la violencia infantil. La sociedad debe entender que el único acto sexual castigado y rechazado no es el acceso carnal, hay otros actos como caricias en zonas genitales, besos, rozamientos que pueden o no tener un contenido sexual libinidoso que afecta los menores por no estar en la capacidad suficiente para comprenderlas y asimilarlas.

El ordenamiento jurídico colombiano a través de la ley 1098 de 2006, de la Infancia y la Adolescencia, ha adoptado el avance internacional en la lucha por los derechos de los menores, en este sentido incluye dentro de las manifestaciones de maltrato infantil los malos tratos y los abusos sexuales contra menores.

Este fenómeno no es reciente, desde antiguo se ha tratado de proteger los menores de estos actos, bajo el entendido de que causan daño en la vida presente y futura del

¹⁷³ www.fiscalia.gov.co. Último informe anualizado y totalizado publicado en la página web de la Fiscalía General de la Nación, año 2005. Revista Forensis del IML Y CF 2006.

menor, afectando su dignidad humana y su libertad sexual presente o futura (para otros seguridad sexual, que a su vez confluye a proteger la libertad sexual futura del menor) y ello se justifica su castigo o penalización.

Pese a la elevada incidencia de abusos sexuales a menores, no hay pruebas de que en la actualidad haya más casos que hace 40 ó 50 años. La detección sí ha sufrido un aumento importante, pero no hay pruebas de que la incidencia también haya aumentado. Además, se conocen sólo entre el 5 y el 10 por cien de los casos reales¹⁷⁴, quedando los demás reatos en la denominada zona gris. Es lo que se llama el vértice de la pirámide del maltrato. Posiblemente lo que ocurre es que en la actualidad se produce menos tolerancia social respecto a la vulneración de derechos de los niños. Por el bien de nuestra infancia, nuestras familias, nuestra sociedad y nuestro Estado, presente y futuro la mejor opción es la denuncia.

Hoy por hoy se estima que el 23 por cien de las niñas y un 15 por cien de los niños sufren abusos sexuales antes de los 17 años¹⁷⁵. Los abusos sexuales a menores son, por lo tanto, más frecuentes de lo que generalmente se piensa, aunque es necesario precisar que en estos porcentajes se incluyen desde conductas sexuales sin contacto físico hasta conductas más íntimas como el coito anal o vaginal, uno de cada cuatro casos de abusos sexuales infantiles se trata de conductas muy íntimas y exigentes, como el coito vaginal o anal, el sexo oral y la masturbación¹⁷⁶.

La tipificación del delito sexual ha sido una constante en el Sistema Jurídico Colombiano pero bajo la tutela de diversos bienes jurídicos, inicialmente se trataba de proteger la honestidad sexual, es decir, un tipo de moral sexual determinado además de la libertad y seguridad sexual, esto varió con la promulgación de la Constitución de

¹⁷⁴ www.fiscalia.gov.co

¹⁷⁵ Estadísticas del IML y CF 2005.

¹⁷⁶ Ibid.

1991 en palabras de la Corte Constitucional, pasando a ser el bien jurídico tutelado la dignidad humana que se evidencia en la esfera sexual de las personas. Dentro de este marco constitucional, el estado no podría castigar los delitos bajo la imposición de una determinada moral sexual, por ello el bien protegido debía ser incluyente de todas las determinaciones sexuales. Por ello los Códigos Penales sancionados con posterioridad a la Norma superior de 1991 contemplan como bienes protegidos en los tipos penales de delitos sexuales la libertad, la integridad y, en el vigente, la formación sexual.

El Código Penal Colombiano actual, distingue y sanciona básicamente dos conductas: el acceso carnal y el acto sexual, diferenciándolos y otorgándole mayor dosis punitiva a aquel, bajo el entendido de que causa mayor agravio al bien jurídico tutelado. Sin embargo, no se entiende como en un momento pretérito no muy lejano, se confirió mayor entidad al acceso carnal en persona adulta, que al acceso carnal en menor de catorce años, sujeto pasivo éste de protección especial de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política. Así mismo, se podría alegar una doble penalización por la misma circunstancia: de un lado se pena por el acto sexual en menor de catorce años y nuevamente el artículo 211 prevé una causal de agravación en razón de la edad del menor.

En el contexto internacional algunos países como España, Italia y Brasil, en concordancia con las directrices internacionales de la ONU y ONG's sobre la violencia y el abuso sexual, en este tipo de infracciones que involucran menores de edad, se presumen la violencia por el solo hecho de la edad de la víctima. En nuestra normatividad no es así, la violencia no se presume, incluso el tipo penal no lo contempla como un elemento de la descripción típica.

El testimonio del menor juega un papel trascendental como medio de convicción del acto sexual en menor de catorce años, conducta que debido a su característica cerrada, es de difícil prueba, contándose en muchas oportunidades tan solo como

elemento de juicio, el testimonio del menor de prueba de cargo. Lo anterior frente al principio de testis unus, testis nullus, el cual en buena hora para delitos como el que se analizó, ha venido en decadencia.

De otro lado, el testimonio del menor tradicionalmente ha generado reservas, debido a la inmadurez y las características propias de su memoria, muy matizada por la imaginación y propensa a la mentira. Sin embargo, como se estableció en el desarrollo de este trabajo, el testimonio tiene pleno valor probatorio para incriminar y llevar a juicio al sujeto activo de la conducta delictiva, pero teniendo en cuenta requisitos y estrategias psicológicas, psiquiátricas, médicas y jurídicas que permitan determinar credibilidad de la versión de la víctima menor de edad.

El nuevo código de Procedimiento Penal no prohíbe el testimonio de menores, al contrario, regula de manera particular el procedimiento para su recepción y el tratamiento particular cuando se trata de la víctima, diferenciándolo marcadamente con el de los mayores. Frente al testimonio de menores se debe distinguir según este sea mayor o menor de doce años, al primer grupo, no se le apremia con la gravedad del juramento, debiendo estar acompañado del representante legal o de un mayor de edad y puede realizarse la entrevista fuera de la sala de audiencia: al segundo grupo, no le está señalado trato diferencial, por lo que se ciñe al procedimiento general para los mayores de edad. En este mismo sentido fue ratificado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006 cuyo artículo 26 señala “Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. (...) En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.”

Sobre la credibilidad del testimonio del menor no hay un principio rector para su valoración, por lo que en el aspecto probatorio se rige por el principio de la sana crítica y la interpretación en conjunto de las pruebas. Sin lugar a dudas, los peritos juegan un papel estelar en la conducción del testimonio del menor, en especial los médicos, psiquiatras y psicólogos que deben prestar su asistencia al juez para llegarle al conocimiento de la realidad histórica del hecho, sin asomo de duda, tal como lo exige el Nuevo Código de Procedimiento Penal, a fin de arraigar la certeza de la responsabilidad penal por la conducta punible.

La ley 906 de 2004 contempla dos etapas del proceso penal acusatorio, indagación e investigación, a cargo del fiscal en coordinación con la policía judicial; y la etapa de juicio oral, en la primera se autoriza la entrevista de los posibles testigos y en caso de ser solicitado como tal puede ser interrogado en la etapa de juicio, además del interrogatorio, contrainterrogatorio, redirecto y recontrainterrogatorio del testigo como medio de garantizar el debido proceso, la defensa y contradicción de las pruebas. Estas diversas posibilidades de interrogatorio podrían contravenir la protección contra una posible doble victimización de la víctima-testigo. Así mismo, el artículo 16 CP impone al juez la inmediación en la práctica de las pruebas, especialmente frente a la recepción del testimonio, lo que impediría, como se ha propuesto, la grabación de la entrevista para que tenga pleno valor probatorio la prueba testimonial en la audiencia de juicio oral. Atendiendo, además, el principio constitucional de contradicción de la prueba, que se materializa en el caso en el contrainterrogatorio del testigo, en este sentido podría decirse que no tendría pleno valor el testimonio de un menor que no es sometido a las reglas del interrogatorio cruzado, porque la contradicción de los testigos en la audiencia le da su valor como medio probatorio.

En este sentido, el testimonio del menor víctima de delitos sexuales pone en tensión dos derechos fundamentales, la potestad del Estado para investigar y sancionar los delitos orientado por los principios de defensa y debido proceso, en especial la inmediación y contradicción de las pruebas, y el principio de interés superior del niño

consagrado en el artículo 44 CN, según el cual el Estado garantiza los derechos de los niños con prevalencia sobre los de los demás sujetos protegidos. Dentro del proceso penal (investigación y sanción) que adelanta el Estado con ocasión de un delito, pueden ser vulnerados los derechos de los sujetos, y en especial si se trata de menores que son sugestionables y vulnerables. Esta tensión de derechos se debe dirimir a favor de los menores, aunque el Estado tenga una potestad para sancionar los delitos y, más aún, de oficio tratándose de menores de edad; no es posible hacer sacrificios de los derechos de un sujeto especialmente protegido por la Constitución, so pretexto de hacer efectivo el *ius puniendo* del Estado. Así, el Estado puede y debe ejercer su potestad pero con la limitante propia de un Estado Social de Derecho, cuyo vértice son los derechos fundamentales de la persona.

En un caso hipotético, si un menor está en gran medida afectado por un abuso sexual puede el Estado ejercer su potestad y entrevistarlo, luego, en la dinámica del desarrollo del proceso, interrogarlo, conainterrogarlo y reinterrogarlo, a sabiendas que a pesar de la asistencia de profesionales el menor sufrirá una doble victimización, solo para cumplir su cometido constitucional de investigar y sancionar los delitos o, ¿puede desistir de su deber de ejercer su potestad sancionatoria? La respuesta a esta disyuntiva deber ser a favor del menor, por virtud y mandato imperativo del artículo 44 de la Norma Normarum. Entonces, los sujetos procesales, todos, al estar obligados por la Constitución al respeto primordial de los derechos del niño, deben estar atentos a que el manejo probatorio en los delitos sexuales, que comprometa a menores no genere en estos la llamada doble victimización. Y se justifica en la medida, en que se busca evitar que el menor comparezca en repetidas ocasiones a dar su versión de los hechos, lo que lo obliga a recordar y revivir el momento ultrajante, generando traumas y sentimientos de culpa en su condición de víctima.

El artículo 414 abre un espacio de protección al permitir la realización del interrogatorio fuera de la sala de audiencias, pero no señala si se permite la asistencia de profesionales, tales como psicólogos, psiquiatras, terapeutas y trabajadores sociales principalmente, que eviten la vulneración psicosomática del

menor, además de la exposición a preguntas capciosas, sugestivas o malintencionadas que confundan al menor sobre lo sucedido.

Sin embargo, no debe llegarse al extremo de sugerir que no se debe recepcionar el testimonio a menores abusados, porque en gran medida es la única prueba del delito, en especial la modalidad consagrada en el artículo 209 del Código Penal, cuando no se ha dado la penetración, y no existe evidencias físicas de los actos de contenido erótico o sexual realizados en el menor, los cuales sin su dicho dejaría inerte la protección al bien jurídico y la correlativa impunidad del hecho.

Este análisis pretendió hacer énfasis en el valor probatorio y obligatoriedad (artículo 26 ley 1098 de 2006) de los testimonios de menores pero bajo condiciones que eviten la doble victimización del menor abusado. Para el caso de la investigación, se propuso la presencia de un juez de garantías y de profesionales capacitados que salvaguarden la integridad del menor durante la realización de la entrevista previa al juicio, con vocación a tomar valor probatorio de testimonio en la audiencia de juicio oral, cumpliendo la legalidad y respeto del debido proceso y, a su vez, que resguarde al menor de posibles daños traumáticos secundarios o reminiscencia, con la ayuda de un grupo interdisciplinario. Este trato especial a menores víctimas de delitos sexuales evidencia la necesidad de capacitar los funcionarios judiciales para que puedan realizar la entrevista y la recepción de las exposiciones, y dirigir el posterior interrogatorio del menor sin vulnerarlo evitando causarle una doble victimización.

La lucha contra el abuso sexual no se agota en la investigación y sanción de los delitos sexuales, frente a esta cruel realidad la mejor opción es la prevención, que en la medida de las posibilidades se viene realizando en Colombia por instituciones públicas y privadas encargadas de temas infantiles como el ICBF, Profamilia, UNICEF, y ONG's. Nuestros niños tienen derecho a vivir una sexualidad presente y futura sin castración del proceso natural: nunca serán suficientes los programas de prevención del fenómeno social del abuso sexual. Sin embargo, no es solo competencia del Estado, es una tarea de la familia, de los

padres, de los colegios y escuelas, de los educadores y de la sociedad. Se requiere de este último, implementar una educación sexual de los menores dirigida por profesionales que deben estar en contacto directo o indirecto con los niños como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, entre otros profesionales.

Ante todo, esta educación debe ir dirigida a eliminar los tabúes relacionados con la sexualidad, asegurando que tanto padres como profesores hablen de forma positiva y acepten la sexualidad infantil como algo natural. Estos programas deben incluir aspectos relacionados con los abusos sexuales, para que los niños y niñas conozcan que riesgos existen, aprendan a reconocer el abuso, sepan resistirse a ellos y comuniquen a sus familiares o educadores lo que les ocurre. También es importante que los niños no se sientan culpables, estigmatizados y sepan que pueden superar la experiencia, así como el hecho de que los agresores son personas que necesitan ayuda.

En este sentido se debe enseñar a los menores en qué consiste el abuso sexual. Atendiendo a su corta edad, los menores no comprenden o diferencian los contactos normales entre las personas y los de contenido libidinoso: por ello, debe mostrárseles claramente cuales actos no son aceptables (caricias de los genitales, besos, etc.); también deben aprender a rechazar estos actos de contenido sexual, los menores tienen entendido que deben respetar a los adultos, pero deben aprender a no permitir que invadan su cuerpo e intimidad, a rechazar chantajes y agresiones de los victimarios.

Pero lo más importante es romper el silencio, no guardar el secreto, de esto depende no solo el castigo sino la posibilidad de que un menor abusado reciba el tratamiento adecuado por personal capacitado que le permita superar el trance, la culpa y gozar de una sexualidad sana y normal a pesar del abuso sexual.

De los esfuerzos por el respeto de los derechos de los niños de hoy depende el futuro de nuestros ciudadanos, de nuestras familias, de nuestra sociedad y de

nuestro Estado, todos tenemos parte y responsabilidad en esta realidad. ¡la peor actitud es la indiferencia!

BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE NOREÑA, Luís.** Pruebas judiciales. Imprenta departamental. Manizales, 1941
- ARENAS SALAZAR, Jorge.** Pruebas Penales. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá, 1996
- _____, Pruebas Penales. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Bogotá, 2003
- BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto.** Delitos Sexuales, editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1998
- BECCARIA, Cesare.** De los Delitos y las Penas. Tercera Edición. Temis. Bogotá, 1994
- CARDOSO ISAZA, Jorge.** Pruebas judiciales. 5 Edición. Jurídicas Wilches. 1995
- CARRARA, Francesco.** Curso de Derecho Criminal. Universidad de Pisa. Parte general, Vol. II. Ed. Depalma, 1944
- Código Penal** de 1936. Editorial Temis. 1954
- Código Penal** de 1980. Editorial Temis. 1982
- Código Penal** de 2000. Editorial Leyer. 2002
- Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia T-011 de 1993. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia T-124/93. Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia C-542/93, Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.
- Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia C-311 de 1995
- Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia. C-285 de 5 de junio de 1997 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia T-881 de 2002

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-146 de marzo 23 de 1994. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-490 de agosto 13 de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-396 de mayo 23 de 2007. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-774 de julio 25 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. Sentencia de diciembre 11 de 2003. Rad. 18.585. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. Sentencia de febrero 28 de 1990. Rad. 3925. Magistrado Ponente Édgar Saavedra Rojas

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. Sentencia de marzo 30 de 2006. Rad. 24468. Magistrado Ponente Édgar Lombana Trujillo

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación Penal. Sentencia de marzo 30 de 2006. Rad. 24468. Magistrado Ponente: Dr. Édgar Lombana Trujillo.

CUELLO CALON, Eugenio. Delitos sexuales, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1958

DEI MALATESTA, Nicola Fraimarino. Lógica de Las Pruebas en Materia Criminal, Editorial Temis. Bogotá, 1973

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado de derecho procesal civil, t. VI (de la prueba en particular). Temis, Bogotá, 1969

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL. Modulo para formación de Fiscales. Versión preliminar para trabajo. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2007

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. Tomo I y II. Temis. Bogotá, 1995.

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Sistemas Penales de Juzgamiento. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2001

FERRI, Enrico. Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus, Madrid, 1933

- GOICOECHEA HORNO, Pepa.** INFORME NACIONAL DE EXPLOTACIÓN SEXUAL INFANTIL. ANÁLISIS DE SU SITUACIÓN EN ESPAÑA. ECPAT. España, 2004
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luís.** La nueva regulación de la prueba testifical en ley de enjuiciamiento española de 2000. En. La prueba. Homenaje al maestro Hernando DEVIS Echandia. Universidad Libre de Colombia e Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Primera edición. Bogota, 2002
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo.** La prueba 'jurídica' de la culpabilidad en el nuevo sistema penal. Estudios de Derecho Penal. Giro Editores Ltda. Bogotá, 2005
- GONZÁLEZ AMADO, Iván.** Propuesta para la reforma del sistema Procesal Penal Colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa.
- GONZÁLEZ BLANCO, Alberto.** Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano". Editorial Porrúa, SA. Méjico, 1974
- GORPHE, Francois.** La Apreciación Judicial de las Pruebas. Editorial la Ley, Buenos Aires, 1967
- _____. La Critica del Testimonio, Instituto Editorial de Reus, V edición. Preciados, 1971
- GRISALES, Paula.** Justicia sin traumas. Universidad Nacional.
- MAGGIORE, Giuseppe.** Derecho Penal. Editorial Temis, Bogotá, 1955, T IV
- MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro.** Sistema acusatorio y prueba. Colección de Estudios N° 7. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2004
- MARTÍNEZ, Lisandro.** Derecho Penal Sexual. Editorial La ley
- MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto.** Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis. 3 Edición. 1984.
- MARTÍNEZ TORO, Adriana y otra.** Universidad Nacional de Colombia y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Psiquiatría Forense. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Bogotá. Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- MOHITO, Norma Griselda.** Durante el IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica. 2001. Madrid, España.

MOLINA CENTENO DE MADA, Silvia. El testimonio del menor víctima de delitos sexuales puede transformarse en un acto reparatorio de la salud mental" en La Ley del 27 de abril de 1999, de la República Argentina.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal: parte especial. 15ª. Edición. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2004. Páginas 205-231

NÚÑEZ CANTILLO, Adolfo. El testimonio como medio de prueba. Ediciones Librería del Profesional. 1987.

OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1997.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. En Revista de Derecho Penal. Mes de Agosto, Editorial Leyer. Bogotá. 1997. Pág. 131

PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba judicial el testimonio. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional, 3ª ed. 1988, p. 3

_____. Racionalidad e ideología en la prueba de oficio. Editorial Temis. Bogotá. 2004.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Teoría de la prueba y derecho penal. Cuadernos Luís Jiménez Asúa. Editorial Dykinson. Madrid. 1999. Páginas 65 a 79.

PÉREZ, Luís Carlos. Tratado de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá. Vol. II (parte especial), Págs. 318 a 321.

QUIJANO, Arturo. Evolución del Derecho Penal en Colombia. Imprenta de Medardo Rivas, Bogotá, 1898, Pág. 17.

REVISTA FORENSIS 2004. DATOS PARA LA VIDA. Centro de referencia nacional sobre violencia. I edición. IML y CF. 2005.

REYES ALVARADO, Yesid. La Prueba Testimonial, primera edición. Ediciones Reyes Echandía y Abogados. Bogotá. 1988. Pág. 42

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal - Parte General. Univ. Externado de Colombia, 7ª edición. 1980. Pág. 133-135.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Curso de derecho probatorio; Compendio. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 135

ROCHA, Antonio. Pruebas en Derecho. Pág. 329.

RODRÍGUEZ, Orlando. El testimonio penal y sus errores. Ediciones Buenos Aires. Pág. 154.

SAGRADA BIBLIA. Libro del Deuteronomio 25, XXII.

SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

VALENCIA Jorge Enrique. Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales. Editorial Legis. 2da. Edición Bogotá 2002. Pág. 3 a 75

www.fiscalia.gov.co.

www.margen.org.com

www.paueducacion.com/abusossexuales/word/respuestas.doc

www.psicologia-online.com

www.unicef.org.co

www.PAFI.org.htm

www.care.com

www.discovery.español.com

www.oms.org.html

www.saludlatina.com/psi/sexabus.htm

www.bipolars.com/espan/creativity.htm

www.defensoria.org.co

National Center of Child Abuse and Neglect,