

**CONSECUENCIAS PENALES DE LA RETRACTACIÓN DEL MENOR DE EDAD
FRENTE A LOS DELITOS DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL
ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS**

JUAN CAMILO GONZÁLEZ

MAURICIO ALBERTO TORRES AGUDELO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2017

**CONSECUENCIAS PENALES DE LA RETRACTACIÓN DEL MENOR DE EDAD
FRENTE A LOS DELITOS DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL
ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS**

Presentado por:

JUAN CAMILO GONZÁLEZ

E-mail: gonzalez.carmona@hotmail.es

MAURICIO ALBERTO TORRES AGUDELO

E-mail: mtorres0821@hotmail.com

Trabajo de grado presentado para optar al título de
ABOGADO

Asesor:

ANDRÉS FELIPE ARANGO GIRALDO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN

2017

Hoja de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, octubre de 2017.

Dedicatoria

A todos aquellos que de una u otra manera nos apoyaron y acompañaron en este esfuerzo académico, en procura de lograr nuestros sueños...

En especial a nuestras familias, quienes con su aliento constante permitieron que esta meta fuera alcanzada.

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	8
ABSTRACT.....	9
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
1.1.1. Descripción	10
1.1.2. Problema de Investigación.....	14
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.2.1. Temática.....	14
1.2.2. Conceptual	15
1.2.3. Espacial.....	15
1.2.4. Temporal.....	15
1.3. OBJETIVOS.....	15
1.3.1. Objetivo general.....	15
1.3.2. Objetivos específicos	16
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	16
2. MARCO TEÓRICO	19
3. DISEÑO METODOLÓGICO	23

3.1.	TIPO DE ESTUDIO.....	23
3.2.	ENFOQUE	¡Error! Marcador no definido.
3.3.	ENFOQUE	24
3.4.	FUENTES DE INFORMACIÓN.....	25
3.5.	ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.....	26
3.6.	COMPROMISOS Y ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN	26
4.	CONSECUENCIAS PENALES DE LA RETRACTACIÓN DEL MENOR DE EDAD FRENTE A LOS DELITOS DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	27
4.1.	ANTECEDENTES.....	27
4.2.	CRITERIOS PARA RECEPCIONAR EL TESTIMONIO DE UN MENOR DE 14 AÑOS QUE SE PRESUME HA SIDO VÍCTIMA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO	31
4.3.	PROTECCIÓN DEL MENOR DE 14 AÑOS QUE SE PRESUME HA SIDO VÍCTIMA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO	41
4.3.1.	El abuso sexual desde la psicología.....	41
4.3.2.	Abuso sexual en menores de edad	45
4.3.3.	La protección del menor	48
4.4.	RETRACTACIÓN EN EL TESTIMONIO DE UN MENOR DE 14 AÑOS QUE SE PRESUME HA SIDO VÍCTIMA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ...	51

4.4.1. El testimonio del menor en los procesos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	51
4.4.2. Efectos y consecuencias de la retractación	68
5. CONCLUSIONES.....	72
BIBLIOGRAFÍA	76
ANEXOS	86

RESUMEN

El propósito principal del presente trabajo se funda en establecer los efectos y consecuencias penales que se derivan de la retractación del testimonio brindado por menores de 14 años frente a situaciones de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo; para alcanzar este objetivo, en primer lugar se identifican los criterios que deben tenerse en cuenta para recepcionar el testimonio de un menor de 14 años que se presume ha sido víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo; en segundo lugar, se determinan los alcances de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la protección que se le debe brindar al menor de 14 años que se presume ha sido víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo; y por último, se hace una descripción de las consecuencias que se derivan de la retractación en el testimonio de un menor de 14 años que se presume ha sido víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

ABSTRACT

The main purpose of this work is based on establishing the effects and penal consequences that derive from the retraction of the testimony provided by children under 14 years of age against situations of abusive sexual intercourse and abusive sexual act; in order to achieve this objective, firstly, the criteria to be taken into account in order to receive the testimony of a 14-year-old child who is presumed to have been a victim of abusive carnal access and abusive sexual intercourse; secondly, the scope of Colombian constitutional jurisprudence is determined on the protection that should be offered to the child of 14 years who is presumed to have been a victim of abusive carnal access and abusive sexual act; and finally, a description of the consequences that derive from the retraction in the testimony of a minor of 14 years who is presumed has been victim of abusive carnal access and abusive sexual act from the jurisprudence of the Supreme Court of Justice.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Descripción

En la actualidad, cada día las noticias de radio, televisión y prensa, informan de la ocurrencia de hechos donde están involucrados menores de edad como víctimas de acceso y actos sexuales abusivos con menor de catorce (14) años y la ciudadanía pide sanciones drásticas para quienes cometen estos delitos, aunque los sectores políticos también aprovechan estas circunstancias para obtener popularidad entre los asociados, solicitando que se impongan penas altas contra sus autores, hasta se ha solicitado que se establezca la pena de muerte. De igual manera, también se han promulgado leyes y reformas que establecen penas altas para los autores de estos delitos, además de la negativa de concederles beneficios judiciales, rebajas de pena y subrogados penales.

Ante este panorama, los cambios en la legislación colombiana han dado como resultado una gran cantidad de sentencias condenatorias, lo que ha conllevado al aumento de la población carcelaria.

García, Blázquez, Morales y Moreno (2002) señalan que durante gran parte de la historia los abusos sexuales cometidos a los menores habían sido desconocidos, reservados, de difícil

reconocimiento legal y bastante cuestionados, tanto en el ámbito familiar como en el social, legal y médico, en relación a la verdad de lo señalado, debido a la gran desconfianza e inexperiencia que se tenía sobre las características y consecuencias, no solamente de los abusos sexuales, sino también de las capacidades que tuvieran los propios niños y niñas, lo que da como resultado la credibilidad y fiabilidad de sus declaraciones.

De acuerdo con Foucault (1998), desde mediados del siglo XX la posición frente al abuso sexual contra menores ha cambiado y se ha avanzado en este aspecto, aun cuando todavía queda un largo camino por recorrer, sobre todo, en la aceptación social de que el acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años (art. 208 y 209 del Código Penal) ocurre en el ámbito familiar y en el entorno cercano de los niños, niñas y adolescentes, así como en otros ambientes sociales; de igual manera, todavía se sigue buscando la adaptación de leyes para la comprobación de este tipo de delitos, procurando la protección de la víctima menor de edad, proponiendo el endurecimiento de las penas para los agresores y procurando la preparación de todos y cada uno de los profesionales y agentes sociales que intervienen, de una u otra manera, en el proceso.

Precisamente, es donde entra a ser importante el análisis de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria, y de la Corte Constitucional, como garante de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual se busca establecer con claridad la posición de estas corporaciones frente a la importancia de los testimonios de los niños víctimas de este tipo de delitos, ya que por muchos años, de acuerdo con García et al. (2002), la tendencia era que a las víctimas de abusos

sexuales menores de edad se les acostumbraba a decir que mentían, estaban mal aconsejadas, eran vengativas, se lo imaginaban, lo deseaban o simplemente, estaban locas de atar, aunque este tipo de abusos con el transcurrir de los tiempos, se ha ido descubriendo, denunciando y penalizando.

Sin embargo, existe un pequeño cúmulo de casos en los que efectivamente se producen manipulaciones de los padres (padre y madre) hacia los hijos con las cuales se les incita a inventar situaciones que nunca ocurrieron; también es posible encontrar casos en los que los mismos menores de edad, motivados por venganzas, odios y rencores, recurren a falsas acusaciones para obtener sus propósitos; de igual forma, existen procesos en los que se parte de presunciones y tanto los padres como las mismas autoridades judiciales crean casos y situaciones que no pasan de ser una simple suposición.

Precisamente, los fallos condenatorios que profieren los jueces y magistrados en investigaciones por delitos sexuales contra menores de edad, se fundamentan en el testimonio que rinde el propio menor de edad víctima de este tipo de delitos; es más, le dan una alta credibilidad, a pesar de las características personales del testigo; al respecto, los artículos 192 y 193 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) fijan reglas encaminadas a proteger los derechos de los menores de edad cuando son víctimas de delitos:

(...) Procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos: 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 (...)

Y debido a que las disposiciones penales (art. 208 y 209 del Código Penal, modificados por la Ley 1536 de 2008) y la Ley de infancia y adolescencia (art. 199 de la Ley 1098 de 2006) no conceden ningún beneficio a los autores y coautores de los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años, así admitan su responsabilidad, los procesos deben adelantarse cumpliéndose todas las etapas procesales; de ahí la importancia de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional sobre la valoración del testimonio del menor de edad cuando se presume víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años, sino también cuando han sido víctimas de las modalidades violentas de dichas conductas típicas, pues ésta ha señalado, por un lado, que no se puede prescindir del testimonio de la víctima menor de edad en casos de acceso carnal abusivo y acto sexual, ni mucho menos ignorarlo, pues dicho testimonio puede bastar como prueba de cargo (Cfr. Sentencia T-708/10); pero por otro lado, señala que a los menores de edad no se les puede otorgar credibilidad en cualquier caso, especialmente por su condición de posibles víctimas de este delito, ya que pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso y ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas.

Básicamente, la tesis que aquí se defiende radica en la existencia de ciertos problemas que dificultan la revelación, por parte de la víctima menor de edad que ha sido abusada sexualmente, entre las cuales se encuentran las limitaciones verbales, la exposición de la mala experiencia sufrida, el miedo, la vergüenza para reconstruir lo sucedido, el impacto negativo de las entrevistas, los exámenes médicos y las comparencias a los estrados judiciales, aunque ello no quiere decir que el testimonio de menores presuntamente abusados sexualmente no sea valorado,

tenido en cuenta o que cause desconfianza o tenga poca fiabilidad, por el contrario, la credibilidad de su testimonio hace posible que se tenga cuenta la realidad de los hechos que expresa sin cuestionamiento alguno de su competencia o de sus capacidades volitivas.

El problema objeto de estudio en concreto se centra en llevar a cabo un análisis de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación reciente en torno a la valoración del testimonio del menor de edad como víctima de delitos sexuales, teniendo especial cuidado por establecer los efectos penales de la retractación de menores de edad que atestiguaron la ocurrencia de un delito de acceso carnal abusivo o acto sexual abusivo, pero que luego cambian su testimonio, bien sea por inducción o por convicción.

1.1.2. Problema de Investigación

¿Cuáles son las consecuencias penales que se derivan de la retractación del testimonio brindado por menores de 14 años frente a situaciones de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años?

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Temática

Derecho procesal penal.

1.2.2. Conceptual

Consecuencias penales de la retractación del menor de edad frente a los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años.

1.2.3. Espacial

Corte Constitucional y Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1.2.4. Temporal

Doctrina, normativa y jurisprudencia con vigencia de septiembre de 2016.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

Establecer los efectos y consecuencias penales que se derivan de la retractación del testimonio brindado por menores de 14 años frente a situaciones de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años.

1.3.2. Objetivos específicos

- Identificar los criterios que deben tenerse en cuenta para recepcionar el testimonio de un menor de 14 años que se presume ha sido víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo.
- Determinar los alcances de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la protección que se le debe brindar al menor de 14 años que se presume ha sido víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo.
- Describir las consecuencias que se derivan de la retractación en el testimonio de un menor de 14 años que se presume ha sido víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

1.4. JUSTIFICACIÓN

La violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes en un asunto de inmensas proporciones, no sólo a nivel nacional, sino internacional. Cada vez más son conocidos los casos en los que los menores de 14 años son maltratados y abusados sexualmente en el mundo y, de forma específica en Colombia.

Es de señalar, además, que uno de los asuntos que más preocupa en el marco del proceso penal colombiano, cuando se denuncian casos de abuso sexual cometidos con menores de 14 años, es la revictimización a la que se ven sujetas las personas que han sido sometidas a este tipo de crímenes, pues con este tipo de procesos lo que se busca es identificar elementos de prueba que evidencian la ocurrencia del delito; sin embargo, para ello se recurre a procedimientos que conllevan a la víctima a revivir el evento e, incluso, posibilita que la víctima se enfrente directamente con su victimario, lo que ocasiona, muchas veces, afectaciones de tipo psicológico, y lleva, incluso, a situaciones de retractación, con los consabidos efectos procesales y penales que ello conlleva.

Y es que el tema de la explotación y abuso sexual de niños, niñas y adolescentes es un tema que genera toda una serie de retos de índole académico, jurídico y metodológico: se trata de una problemática bastante compleja sobre la cual el derecho sólo puede aportar una perspectiva para afrontar el asunto; y es que resulta sumamente preocupante ver cómo aumenta la cifra de niños, niñas y adolescentes que están siendo explotados y abusados sexualmente.

Es por ello que este ejercicio investigativo procura un acercamiento a un tema que en el marco del proceso penal conlleva importantes repercusiones, en la medida en que el testimonio del menor puede resultar determinante para establecer o no la veracidad de determinados hechos; a ello se suma que el acceso carnal abusivo y el acto sexual abusivo con menor de 14 años da lugar a penas privativas de la libertad, lo cual obliga a que la valoración del testimonio del menor deba realizarse de la manera más objetiva y clara posible.

Este ejercicio, si bien pareciera apuntar a poner en tela de juicio la credibilidad de los testimonios de aquellos menores que se presumen abusados sexualmente, lo cierto es que pretende dejar por sentado la necesidad de escuchar y atender a aquellos niños, niñas y adolescentes que manifiestan haber sido víctimas de dicho delito.

2. MARCO TEÓRICO

Doctrinariamente, los delitos sexuales se han definido como “las conductas punibles desenvueltas en agresividad o en satisfacciones fraudulentas del apetito sexual, o que son frutos de impulsos anormales” (Pérez, 1986, p. 3). Sin embargo, y como se indicó al explicarse la violencia sexual, es claro que en la comisión de los estos delitos no se busca la satisfacción de un impulso físico o un instinto natural, como suele creerse, sino que tal comportamiento es el reflejo de un acto cultural aprendido, que surge de una particular forma de concebir a los seres humanos y sus relaciones.

Sin lugar a dudas, los delitos sexuales se han convertido en un verdadero “problema de salud pública” (Girón, 2015, p. 62) por su desproporcionado incremento anual y así fue señalado en la investigación sobre los presuntos delitos sexuales evaluados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. “Colombia no ha sido ajena a este fenómeno y en Suramérica es uno de los países con mayor índice de agresiones sexuales” (Grisales, López, Herrera y García, 2002, p. 53).

La clasificación que hace la Ley 599 de 2000 sobre este tipo de delitos se contempla en tres títulos de la Parte Especial y se explican de la siguiente manera:

Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (Título II, Capítulo Único).

Delitos contra la libertad individual y otras garantías (Título III, Capítulo Quinto).

Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (Título IV, Capítulo Primero, segundo y cuarto).

Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (Título II, Capítulo Único). Las conductas tipificadas en este título son:

- Acceso carnal violento en persona protegida (art. 138).
- Actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139).
- Prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141).

Delitos contra la libertad individual y otras garantías (Título III, Capítulo Quinto), el cual trajo en su capítulo quinto la tipificación de tráfico de personas.

Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual (Título IV, Capítulos Primero, segundo y cuarto).

Capítulo 1º: De la Violación: en el código penal colombiano se tipificó como violación:

- El acceso carnal violento (art. 205).
- Los actos sexuales violentos (art. 206).
- El Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207).

Capítulo 2º: De los actos sexuales abusivos. Como abuso sexual en el Código se establecen las siguientes conductas:

- El acceso carnal abusivo con menores de 14 años (art. 208).
- Actos sexuales con menor de catorce años (art. 209).
- Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (art. 210).

Capítulo 4º: Del proxenetismo:

- Inducción a la prostitución (art. 213).
- Constreñimiento a la prostitución (art. 214).

- Trata de personas (art. 215).
- Estímulo a la prostitución de menores (art. 217).
- Pornografía con menores (art. 218).
- Turismo sexual (art. 219).

Aunque comúnmente no resulta fácil establecer la frontera entre lo que es y no es violación, desde el punto de vista legal es indispensable hacerlo y para ello se ha dado su clasificación normativa. La definición de violación varía de un país a otro y también varía con el paso del tiempo, en la medida en que se van produciendo cambios culturales y se van desarrollando las normas jurídicas.

En la tipificación de la violación no se hace referencia al grado de responsabilidad que “presuntamente” tenga la víctima frente a una posible comisión de la conducta, sólo se menciona el tema del consentimiento: esto resulta claro ya que ninguna persona, en su sano juicio, va a propiciar las condiciones para que se produzca un acto sexual abusivo y en contra de la voluntad de la víctima; de esta manera, cuando un individuo, sea hombre o mujer, propicia las condiciones para que se procure un acto sexual, éste se sale de la esfera propia del tipo penal, ya que no se encuentra trasgredido el elemento volitivo y, por ende, se trata de una relación totalmente consentida que luego no podrá determinarse, por parte de alguno de los participantes, como en contra de la voluntad y como acceso carnal abusivo.

En su abordaje no debe perderse de vista que es un delito como cualquier otro desde el análisis de sus condiciones de modo, tiempo y lugar, pues estas se dan en cualquier escenario,

pero la diferencia radica en que, a diferencia de otros tipos penales, es un delito contra la persona y su libertad que lleva intrínseco un alto componente de sumisión y como tal debe tratarse.

Precisamente, el bien jurídico que se afecta es el de la libertad sexual, pero incluye además la integridad y la formación sexuales; respecto a la libertad:

para decidir hacer o no hacer, cuándo, dónde, con quien y cómo”, en el ejercicio de la sexualidad requiere una persona consciente, capaz de entender el alcance de sus actos, que sabe lo que hace, porque está informada, con voluntad, en capacidad de tomar decisiones y auto determinarse.

La integridad, para entender la dignidad tanto en el aspecto físico como psicológico de la persona. Es necesario tener en cuenta que en el campo de la sexualidad la división entre cuerpo y siquis no existe. La violencia sexual lesiona la integridad de la persona aunque no quede huella física.

La formación sexual, pues con ella se reconoce que la sexualidad se construye durante el ciclo vital de las personas y que los delitos sexuales atentan contra este proceso de formación (Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2001, p. 244).

3. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. TIPO DE ESTUDIO

Este trabajo se ampara bajo una tipología de investigación descriptiva; el cual tiene la finalidad de describir situaciones, eventos y hechos. Según Hernández, Fernández y Baptista (2006) es decir cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno. Precisamente:

los estudios descriptivos buscan una orientación específica de las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a un análisis riguroso; permitiendo medir, evaluar o recolectar datos sobre diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar (Hernández et al., 2006, p. 60).

3.2. MÉTODO

También tiene un método fenomenológico, pues como lo dice Hernández et al. (2006) “los métodos fenomenológicos estudian la realidad cuya esencia depende del modo en que es vivida y percibida por el sujeto, una realidad interna y personal, única y propia de cada ser humano” (p. 81).

Con frecuencia, la meta del investigador consiste en describir fenómenos, situaciones, contextos y eventos; esto es, detallar cómo son y se manifiestan. Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, miden, evalúan o recolectan datos sobre diversos conceptos (variables), aspectos,

dimensiones o componentes del fenómeno a investigar. En un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide o recolecta información sobre cada una de ellas, para así (valga la redundancia) describir lo que se investiga.

Los estudios descriptivos miden conceptos o recolectan información sobre éstos; únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar cómo se relacionan las variables medidas (p. 268).

3.3. ENFOQUE

Se llevó a cabo un trabajo desde un enfoque cualitativo, el cual, siguiendo las pautas Hernández et al. (2006), se vale de datos sin medición numérica para descubrir o establecer preguntas de investigación en el proceso de interpretación.

Sus características más relevantes son:

1. El investigador plantea un problema, pero no sigue un proceso claramente definido. Sus planteamientos no son tan específicos como en el enfoque cuantitativo.

2. Se utiliza primero para descubrir y retinar preguntas de investigación.

3. Bajo la búsqueda cualitativa, en lugar de iniciar con una teoría particular y luego “voltar” al mundo empírico para confirmar si ésta es apoyada por los hechos, el investigador comienza examinando el mundo social y en este proceso desarrolla una teoría coherente con lo que observa qué ocurre, con frecuencia denominada teoría fundamentada. Dicho de otra forma, las investigaciones cualitativas se fundamentan más en un proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general. Por ejemplo, en un típico estudio cualitativo, el investigador entrevista a una persona, analiza los datos que obtuvo y saca algunas conclusiones; posteriormente, entrevista a otra persona, analiza esta nueva información y revisa sus resultados y conclusiones; del mismo modo, efectúa y analiza más entrevistas para comprender lo que busca. Es decir, procede caso por caso, dato por dato, hasta llegar a una perspectiva más general.

4. En la mayoría de los estudios cualitativos no se prueban hipótesis, éstas se generan durante el proceso y van refinándose conforme se recaban más datos o son un resultado del estudio.

5. El enfoque se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados. No se efectúa una medición numérica, por lo cual el análisis no es estadístico. La recolección de los datos consiste en obtener las perspectivas y puntos de vista de los participantes (sus

emociones, experiencias, significados y otros aspectos subjetivos). También resultan de interés las interacciones entre individuos, grupos y colectividades. El investigador pregunta cuestiones generales y abiertas, recaba datos expresados a través del lenguaje escrito, verbal y no verbal, así como visual, los cuales describe y analiza y los convierte en temas, esto es, conduce la indagación de una manera subjetiva y reconoce sus tendencias personales. Debido a ello, la preocupación directa del investigador se concentra en las vivencias de los participantes tal como fueron (o son) sentidas y experimentadas. Los datos cualitativos como descripciones detalladas de situaciones, eventos, personas, interacciones, conductas observadas y sus manifestaciones (Hernández, et al., 2006, p. 302).

Este enfoque parte de la identificación de un problema de estudio debidamente delimitado y concreto; una vez planteado el problema se revisan antecedentes para evitar incurrir en un proceso investigativo ya realizado; a partir de ello, se construye el marco referencial que sirve de guía al estudio; posteriormente, se identifican una serie de variables que son abordadas mediante un diseño investigativo de tipo descriptivo; luego, se recolectan datos cualitativos a través de análisis jurisprudencial, normativo y doctrinal.

3.4. FUENTES DE INFORMACIÓN

Las fuentes para la investigación están constituidas por la Constitución Política, Leyes vigentes en Colombia, doctrina nacional, artículos de revistas, folletos, resoluciones y oficios que abordan el problema objeto de la investigación y, finalmente, la jurisprudencia proveniente de las altas Cortes colombianas, particularmente la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3.5. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Después de recolectar la información de bibliotecas del Área Metropolitana de Medellín y de páginas de internet, se clasificó en una serie de temáticas coherentes con los diferentes aspectos referentes a la problemática, para que de esta manera se facilitara la comprensión y desarrollo analítico de los objetivos.

3.6. COMPROMISOS Y ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN

Las actividades que se desarrollaron para que los resultados de este trabajo de grado fuesen conocidos por la comunidad académica y transferidos a la sociedad en general, fueron las siguientes:

- Presentación y socialización de la temática y problemática abordada ante los jurados asignados por la Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Monografía de naturaleza científica en la que se consigna y desarrolla la problemática de la investigación.
- Entrega de ejemplares en la biblioteca para que sirvan de material de consulta a la universidad y a la sociedad en general.

4. CONSECUENCIAS PENALES DE LA RETRACTACIÓN DEL MENOR DE EDAD FRENTE A LOS DELITOS DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS

4.1. ANTECEDENTES

Son diversos los antecedentes sobre abuso sexual, abuso sexual contra menores y criterios de valoración del testimonio del menor víctima de delitos sexuales existen, tanto a nivel nacional como internacional; sin embargo, aquí sólo se tendrán en cuenta las investigaciones sobre la retractación del menor cuando éste ha sido víctima de delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años.

Arango (2015), por ejemplo, ha hecho un barrido y análisis de la jurisprudencia colombiana entre 1992 y 2015 en torno a la credibilidad del testimonio de los menores de edad en su blog personal, estudio que facilitó en demasía el trabajo aquí desarrollado, aunque también fue importante mirar otros puntos de vista y otras percepciones de otros investigadores que han realizado estudios sobre la retractación de menores víctimas de abuso sexual.

De esta forma, se puede hacer mención del trabajo de Monteleone (2008), quien realizó un análisis de las etapas cronológicas de las que habla Ronald Summit en su teoría sobre la adaptación o acomodación (el secreto, la desprotección, la acomodación o adaptación, la revelación tardía, conflictiva y poco convincente y la retractación), por las cuales atraviesa una

víctima del delito de abuso sexual infantil, haciendo especial énfasis en la denominada “retractación” y las consecuencias procesales que ello acarrea para el proceso penal. Específicamente, las etapas cronológicas que aborda la investigadora son las que están estrechamente relacionadas con aquellos hechos que pueden circunscribirse dentro del llamado “Síndrome de Maltrato Infantil”, el cual se define dentro de la investigación como “toda injuria física y/o mental y/o abuso sexual y/o trato negligente de todo individuo menor, ocasionado por la persona encargada de su cuidado y custodia, que implique peligro o amenaza para la salud y bienestar físico y mental del niño”; el delito de abuso infantil, por su parte, se define dentro del trabajo como “el contacto genital entre un/una menor de edad (18 años o menos) y un adulto que manipula, engaña o fuerza el niño/a a tener comportamientos sexuales”.

En general, la investigadora aborda el trabajo desde las etapas cronológicas por las cuales atraviesa un menor víctima del delito de abuso sexual, ya que en la gran mayoría de los casos, por la enorme extensión temporal de las investigaciones en torno a este tipo de hechos punibles, por la poca especialización de los investigadores, por los sentimientos de culpa, temor y remordimiento que experimenta el menor por haber sido abusado, aunado a las diversas ocasiones en las que es trasladado a declarar ante personas que no conoce, sean jueces, fiscales, psicólogos, médicos, etc., las víctimas, y hasta sus propias madres que han denunciado el hecho, se retractan de lo denunciado con el propósito de evitar sentirse varias veces victimizado.

En cuanto a la etapa de la retractación, la autora hace hincapié en ésta, ya que ésta sucede, según ella, en muchas ocasiones, en las etapas finales de la investigación, por lo general durante el juicio oral, lo que lleva a la absolución del acusado por falta de pruebas. Efectivamente, señala

la investigadora, si durante el juicio oral la víctima se retracta del suceso denunciado, los jueces concluirán la inexistencia del delito, sin tener en cuenta que esta clase de circunstancias es una de las etapas, casi obligatoria, por las que pasa un menor abusado sexualmente; por ello no se puede perder de vista que ante la falta de tribunales especializados en el tema y ante la primacía del debido proceso legal, defensa y características del juicio oral (inmediatez, contradicción plena), los menores, en muchas ocasiones, son obligados a declarar ante el acusado, haciendo caso omiso de las consecuencias psicológicas que ello puede acarrear (miedo, culpa, etc.), sobre todo en los casos en donde los eventos abusivos suceden en el entorno familiar.

Tapias (2011), por su parte, analiza un caso real desde la psicología forense en el que una menor denunció un delito sexual y luego se retractó; específicamente la investigadora aborda este caso en particular desde esta rama de la psicología, con el propósito de evaluar si las estrategias de valoración pericial contribuyen para emitir el concepto y, a su vez, orientan la decisión judicial. En general, este caso fue juzgado penalmente en relación con el resultado psicológico pericial, pues se pudo constatar que la retractación se dio como consecuencia del síndrome de acomodación al abuso, en el cual los niños emiten retractaciones para proteger al grupo familiar y como parte de la confusión afectiva frente al abusador.

El trabajo de Pipino (2012) igualmente vale la pena resaltarlo, pues en éste la investigadora señala que en la gran mayoría de los casos el delito de abuso sexual contra menores se comete en el contexto intrafamiliar o cercano de la víctima, razón por la cual la metodología criminal que utiliza el abusador sexual, por lo general conocido por la víctima, se caracteriza por varias etapas o ciclos cronológicos (el secreto, la desprotección, la acomodación o adaptación, la revelación

tardía, conflictiva y poco convincente y la retractación) por las que pasa el menor abusado sexualmente. Esto es precisamente lo que analiza la investigadora, pues en muchas ocasiones algunos menores que han sido víctimas de abuso sexual se retractan al momento del testimonio en la entidad judicial, negando el abuso que ya había sido divulgado, cosa que dificulta la intervención judicial, en especial en los casos de abuso sexual infantil, pues los procesos penales, por lo general, se estancan luego de dicha retractación.

A partir de lo anterior, en los resultados de la investigación se señala que es de suma importancia que los profesionales que trabajan con menores que han sido víctimas de delitos sexuales, sobre todo los psicólogos, puedan conocer los factores asociados a la retractación de los menores, ya que dichos profesionales tienen la labor de realizar exámenes que buscan constatar la existencia del abuso sexual, razón por la cual pueden anticipar la ocurrencia de una retractación de lo expresado por el menor, pues al comprender la incidencia de dichas variables relacionadas con fenómeno de abuso sexual podrían descifrar cuándo un menor se encuentra en situación de riesgo y con altas probabilidades de cambiar su versión. Para esto, en cada caso específico, los psicológicos, según la investigadora, deberían tener en cuenta las etapas de las que habla Ronald Summit, con el fin de evitar llegar a un diagnóstico equivocado; de esta forma, es posible brindar una atención diferencial en virtud de los problemas que surgen en el menor como consecuencia de una posible retractación, considerando además que un menor que hace afirmaciones falsas o inventa una versión diferente del hecho está atrapado, por lo que se requiere de asistencia terapéutica, la cual permitirá que el menor que se retractó formule el verdadero cuadro del abuso.

Otra investigación que se puede mencionar aquí es la de Peña (2015), quien realiza un estudio de las implicaciones de la retractación de menores víctimas de algún tipo de delito que atenta contra su libertad, integridad y formación sexual, y los factores que la determinaron; para alcanzar tal propósito la investigadora estableció de forma conceptual los delitos tipificados dentro de la tutela del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de la infancia y adolescencia y las implicaciones del testimonio de la víctima en dicho proceso; de igual manera, analizó las implicaciones que tiene la retractación dentro del proceso acusatorio y luego de la sentencia condenatoria, explicando casuísticamente dichas circunstancias para una mejor comprensión; finalmente, enunció una serie de conclusiones en las que se establece, en líneas generales, que son diversos los factores que inciden en las declaraciones de los menores, las cuales, en muchos eventos, los induce a expresar falsos testimonios y que luego de tomar conciencia de esto, o las pruebas demuestran que fue así, se retractan de lo dicho, trayendo consecuencias, dependiendo del momento en donde se haga la retractación.

4.2. CRITERIOS PARA RECEPCIONAR EL TESTIMONIO DE UN MENOR DE 14 AÑOS QUE SE PRESUME HA SIDO VÍCTIMA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO

El testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general. De la anterior definición, y con relación a ella, se pueden deducir las siguientes notas que la precisan:

En primer lugar, de acuerdo con Parra (2007), la persona (el tercero) que rinde el testimonio debe ser una persona (que es la que tiene capacidad para percibir hechos, acontecimientos en general); por tanto, no puede ser testigo la persona jurídica. Los representantes (personas físicas) de las personas jurídicas sí pueden ser llamados a rendir testimonio.

En segundo lugar, en sentido estricto, no puede rendir testimonio quien tenga la calidad de parte en cualquiera de sus modalidades. Sin embargo, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 60 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), respecto del litisconsorcio facultativo, pues es admisible que uno de sus componentes, con el fin de probar un hecho propio, ofrezca en calidad de testigo a una de las personas que intervienen en el proceso, en su misma posición de parte demandante o demandada, porque en tal supuesto se configuraría parcialmente la nota de extraneidad que caracteriza al testigo. En nuestro medio, el coadyuvante en su condición de parte, y al tenor del artículo 22 del Código General del Proceso, que lo faculta para realizar todos los actos que le están permitidos a la parte principal (en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho litigioso), no puede ser testigo.

En tercer lugar, debe versar sobre hechos en general, teniendo en cuenta que el juez vigilará lo referente a la conducencia y la pertinencia de la prueba, pero esto tiene que ver con la eficacia del testimonio y jamás con la existencia; por ello, en la definición se habla de hechos en general, coincidiendo lo expuesto con lo sostenido por Liebman, citado por Parra (2007): “Testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros” (p. 241). En el mismo sentido Devis Echandía, referenciado por Parra (2007), argumenta:

Es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza (p. 241).

No es necesario que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declara. Es admisible, y así lo considera la doctrina dominante, que pueda declarar sobre hechos que ha realizado personalmente. Puede, por ejemplo, relatar que el contrato que celebró con una persona, inicialmente pensaba celebrarlo con otra, o que sirvió de contacto para la realización de éste, etc. El testimonio de terceros puede versar sobre hechos que ellos oyeron: relatar a otras personas, este es el llamado testimonio de oídas.

Y en cuarto lugar, al rendir su declaración, puede sostener que no le constan los hechos, que no sabe lo que se pregunta; en ese caso, la persona habrá sido testigo, es decir, hubo órgano de la prueba, pero no habrá testimonio, por cuanto no ha habido representación de los hechos solicitados. Por último, es importante tener en cuenta que el deponente puede presenciado u oído en virtud de encargo especial que haya recibido de cualquier persona o entidad, que no sea autoridad.

Es importante señalar que a nivel mundial existen varios instrumentos que permiten recepcionar el testimonio de un menor que se presume ha sido víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo; entre ellos, está el SATAC, que es un protocolo semi-estructurado que permite modificarse en su orden de aplicación (simpatía, identificación de anatomía, indagación de tocamientos, escenario del abuso y cierre), de acuerdo a la habilidad comunicativa de la víctima, su desarrollo, proceso de manifestación del hecho punible, entre otros factores.

De igual forma, está la técnica del análisis de contenido basado en criterios (CBCA), el cual evalúa la calidad del contenido de una declaración usando 19 criterios establecidos (características generales: 1) estructura lógica, 2) producción no estructurada, 3) cantidad de detalles; contenidos específicos: 4) incardinación en contexto, 5) descripción de interacciones, 6) reproducción de conversaciones, 7) complicaciones inesperadas; peculiaridades del contenido: 8) detalles inusuales, 9) detalles superfluos, 10) detalles exactos mal interpretados, 11) asociaciones externas relacionadas, 12) estado mental subjetivo del menor, 13) atribuciones al estado mental del agresor; contenido relacionado con motivación: 14) correcciones espontáneas, 15) admisión de falta de memoria, 16) dudas sobre el propio testimonio, 17) autodesaprobación, 18) perdón al acusado; elementos específicos de la agresión: 19) detalles característicos).

En general, el CBCA hace parte de un procedimiento mucho más general llamado “Evaluación de la Validez de las Declaraciones (SVA), que se compone de tres partes esenciales: una entrevista forense semi-estructurada, el análisis de la transcripción de la entrevista por medio de los estándares del CBCA y la lista de validez; una vez efectuados estos tres procesos que constituyen el SVA el investigador debe proceder a considerar la declaración como creíble, probablemente creíble, indeterminada, probablemente increíble e increíble.

A nivel nacional, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia ha desarrollado una guía dirigida a psicólogos y psiquiatras en la que se establecen lineamientos y recomendaciones metodológicas para efectuar evaluaciones psiquiátricas o psicológicas a menores que presuntamente han sido víctimas de delitos sexuales (ver Anexo A).

En todo caso, si resulta o no admisible el testimonio de un menor de edad, el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) contempla lo siguiente:

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

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 146 de este código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público (Subrayado nuestro).

Aun así, es preciso tener en cuenta que cada juez tiene la potestad de admitir o no el testimonio de un menor, más aún si se trata de un proceso en torno a un acceso carnal abusivo o acto sexual abusivo, bien sea éste en calidad de testigo (caso en el cual la admisión del testimonio puede ser sometida a mayores criterios de objetivación) o de víctima.

Es por ello que:

La incapacidad física o intelectual de recibir o captar percepciones y de relatarlas, se aprecia por el tribunal en cada caso. Recordamos que para la víctima no hay régimen jurídico especial, declarando también en calidad de testigo.

En la recepción del testimonio del niño, sea víctima o sea testigo presencial, se siguen las reglas comunes de la recepción de la prueba testimonial. Rige el principio de intermediación y de la dirección del tribunal en la producción de la prueba. El juez ha de ser quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en la práctica. En la tarea receptora debe actuar necesariamente el órgano judicial.

Por consiguiente, el tribunal no puede delegar la recepción en experto psicólogo. Puede sí, y es muy conveniente que lo haga como se verá más adelante, contar con la asistencia de técnico especializado para la preparación y desarrollo del acto (Fernández, 2000, p. 2).

Ahora bien, a partir de la promulgación de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal Colombiano) se adoptó en Colombia el modelo procesal de característica oral y acusatoria; mientras que antes de esta ley los procesos podían extenderse varios años y las partes, en muchas ocasiones, no tenían necesidad de comparecer al mismo tiempo, con la nueva normativa el descubrimiento de pruebas y, sobre todo, el uso de otro tipo de herramientas técnicas e investigativas se pudieron emplear para poder descubrir la verdad de los hechos que rodeaban ciertos eventos de carácter penal.

Precisamente, esta codificación contiene un amplio articulado (artículos 405 a 423) dedicado al ámbito de la prueba pericial, es decir, aquella realizada con el propósito de efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Esta actividad, no solamente corresponde a miembros de la policía judicial o del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sino también a personas pertenecientes a entidades públicas o privadas, además de particulares especializados en la materia de que se trate. Esto abre, por tanto, la posibilidad de que psicólogos, psiquiatras y demás peritos puedan participar dentro del proceso penal cuando lo que se busque sea una valoración de la salud mental, ya no sólo de los victimarios, sino también de las víctimas para con ello poder darle al proceso elementos suficientes y necesarios para que el juez pueda decidir en derecho y conforme a dictámenes científicos que se salgan de su poder discrecional.

Resulta fundamental que el peritaje psicológico lo realicen personas con la idoneidad suficiente para estos casos, es decir, que sean personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte o personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título (Cfr. art. 408, Ley 906 de 2004).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se trabajará sobre un hipotético evento de una supuesta agresión sexual contra menor de catorce años; así por ejemplo, tratándose de una menor de 14 años que ha sido agredida sexualmente por un pariente cercano, el cual es acusado por la madre de la menor de este delito basada en suposiciones que la han llevado a determinar que la niña ha venido siendo abusada, o por lo menos “acariciada” en sus zonas íntimas por el familiar.

Al recibir el proceso, las autoridades respectivas deben autorizar la práctica de pruebas pertinentes; en este caso hipotético específico, se debe solicitar, como se ha dicho, la captura del imputado para que rinda testimonio sobre los hechos; de igual manera, se debe solicitar un examen al Instituto Nacional de Medicina Legal para verificar un posible acceso carnal. Por lo general, en este tipo de caso, el testimonio del acusado estará dirigido a negar la agresión sexual; de igual forma, los peritazgos adelantados por Medicina Legal, muchas veces dan como resultado la inexistencia de algún tipo de penetración en la víctima.

Frente a estos resultados, el juez que lleva el caso debe proceder a la práctica de una nueva prueba pericial por parte de un psicólogo, el cual deberá realizar los respectivos informes al llevar a cabo entrevistas tanto con la supuesta víctima como con el presunto victimario; de igual

forma, en estos casos se deben tener presentes los testimonios de terceros: padre, madre, allegados, conocidos, etc., tanto de la víctima como del victimario.

Es fundamental que el peritaje llevado a cabo por el psicólogo siga siempre una misma directriz, lo cual debe apuntar a entrevistas minuciosas, detalladas y extensas, pues se trata de la integridad no sólo física, sino también psicológica, de una menor de edad, así como de la libertad y buen nombre de un ciudadano, que por el mero hecho de una acusación no resulta culpable.

Y es que es necesario tener en cuenta que en la actividad pericial adelantada por un psicólogo la información que se recibe resulta determinante para establecer la imputabilidad o inimputabilidad del indiciado. Si al recibir en principio la información que suministre el indiciado no se hace un adecuado registro de la misma, tanto en su expresión verbal como gestual, podría desviarse o reorientarse de manera equivocada el rumbo de la investigación y en especial de la prueba pericial. Entre más detalles se registren, así éstos se consideren irrelevantes, mayores posibilidades hay de llegar a un diagnóstico apropiado. De igual modo, si se hace caso omiso de las particularidades en el momento mismo del interrogatorio y, por tanto, sólo se hace un registro de simples generalidades, se incurriría en una situación que daría lugar no solamente a vacíos del derecho, sino también a vacíos mismos en la evaluación pericial.

Afortunadamente, bajo el nuevo modelo del sistema penal oral acusatorio es posible utilizar instrumentos técnicos y tecnológicos que recogen con lujo de detalles el registro hecho en primera instancia a todo indiciado en un proceso penal.

Muchas veces, lo que se busca en este tipo de procesos, en principio, es determinar el nivel de madurez e inmadurez psicológica, tanto del victimario como de la víctima. De acuerdo con Durán y Carreño (1989), la inmadurez psicológica presenta diversas características:

- a) Una falla en la identidad personal clara.
- b) Dificultad importante para responder por sí mismo.
- c) Incapacidad para que otras personas dependan de él (él tiene que depender de otros).
- d) Incapacidad para aceptar las decisiones de otros que tienen autoridad.
- e) Incapacidad para ser independiente.
- f) No logra disfrutar las relaciones interpersonales.
- g) Incapacidad para establecer una relación íntima satisfactoria y amorosa con un miembro del sexo opuesto.
- h) Intolerancia ante las deficiencias de los demás.
- i) Sin proyección clara o poco realista.

En otras circunstancias también se debe determinar si existe de por medio un trastorno mental, es decir, una conducta con características particulares que llevan a establecer que el entrevistado padece de una problemática psicológica o psiquiátrica especial.

El legislador, al introducir estas entidades: “Inmadurez Psicológica” y “Trastorno mental” como causales de inimputabilidad, no les asignó connotación especial y única, en tanto no es su sola presencia la que origina en sí la imputabilidad del agente; es necesario que estas perturbaciones produzcan en el sujeto activo del hecho descrito como delito, una anulación o alteración de las facultades de comprensión y determinación, y en esto debe ser el perito

absolutamente claro, ya que no todo trastorno mental ni toda inmadurez psicológica producen tal incapacidad en el individuo, si se tienen en cuenta los períodos de remisión parcial de la enfermedad o intervalos lúcidos, así como la severidad o no de la afección psíquica, aunque tratándose de la inmadurez es más complejo el asunto por referirse a una perturbación global de la personalidad.

Uno de los principales aspectos que se analiza en estos casos es la capacidad natural de las personas sindicadas, evaluando la capacidad de autodeterminación de las mismas.

También se estudia si existe la capacidad suficiente en cada caso para hacer un uso adecuado de la razón y así descubrir las causas que han inducido a un comportamiento determinado.

Por último, el peritaje psicológico y psiquiátrico se hace necesario en materia judicial debido a que da claridad sobre diversos supuestos y conjeturas y profundiza en el principio de la seguridad jurídica, lo que permite que la ley se aplique fehacientemente.

4.3. PROTECCIÓN DEL MENOR DE 14 AÑOS QUE SE PRESUME HA SIDO VÍCTIMA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO

4.3.1. El abuso sexual desde la psicología

El abuso sexual infantil es una realidad que deja un sinsabor, tanto en las propias víctimas como en la sociedad; retomando las palabras de Maslow (1989) “sólo el niño que se siente seguro es capaz de avanzar saludablemente en el camino del desarrollo” (p. 216), pero cuando dicha seguridad es robada a través de un acceso carnal violento o ante cualquier reparo de abuso con connotaciones sexuales, el niño seguramente adquirirá un carácter dubitativo, que le hará permanecer incierto en todas las circunstancias que la vida y el destino le deparen.

Los niños, niñas y adolescentes, por el hecho de ser menores de edad, no dejan de ser ciudadanos ni pierden sus derechos; por el contrario, sus derechos prevalecen por encima de los derechos de los demás; un niño, una niña, o un adolescente que conoce y se le respetan sus derechos es un individuo protegido por la sociedad y la familia. Y es que el abuso sexual infantil no es una problemática de menor trascendencia como el robo de una cartera o una infracción de tránsito; este tipo de abusos compone los elementos de una infracción que va por encima del delito penal, pues las repercusiones que se derivan de este tipo de problemáticas no sólo trascienden el plano del daño fisiológico ocasionado al individuo, sino también del daño moral y social que afecta a la persona humana, a la familia y a toda la colectividad.

En este sentido, la psicología tiene mucho que aportar, tanto en la prevención y atención de casos de abuso sexual infantil; pero de igual forma, el psicólogo tiene otras funciones anexas como son la de servir de ayuda en los procesos penales adelantados a presuntos violadores, así como también en la atención personalizada a las víctimas y a los victimarios, tanto con el objeto de minimizar el impacto ocasionado por el abuso, como también con el propósito de evitar que quien ha abusado no recaiga en este tipo de conductas lesivas.

Desde la práctica pericial forense, el profesional de la psicología debe abordar diferentes circunstancias y características que giran en torno a la situación del abuso: motivaciones, testimonios, secuelas, emociones, comportamientos, sintomatologías, conductas, incidencias, adaptaciones, traumas, dinámicas familiares y sociales, etc. De igual forma, debe considerar diversos aspectos para evaluar las consecuencias del daño: lapso transcurrido desde el comienzo de las conductas abusivas, tipo de relación de la víctima con el o los perpetradores, grado de parentesco con el victimario, características de la conducta abusiva, reacción del entorno inmediato del menor frente a los hechos abusivos y nivel de contención socio-familiar con el que cuenta el menor.

Según Sgroi, Porter y Blick (1982), las conductas asociadas al abuso sexual infantil incluyen actitudes de abierto sometimiento, agresión, comportamiento seudomaduro o sobreadaptado, indicios de actividad sexual, juegos sexuales persistentes o conductas sexualmente agresivas, comprensión inapropiada para la edad de comportamientos sexuales, permanencia prolongada en la escuela, dificultades para entablar amistades, desconfianza hacia figuras significativas, falta de participación en la escuela, falta de concentración, baja en el rendimiento escolar, gran temor

hacia los hombres, conductas seductoras, fugas, trastornos del sueño, conductas regresivas, retraimiento, depresión y tendencias suicidas.

De igual modo, y de acuerdo con Rodríguez, Aguiar y García (2012), existen manifestaciones psicológicas del abuso sexual características para cada ciclo evolutivo. En menores de tres años, por ejemplo, hay trastornos en el sueño, la conducta alimentaria, en los niveles de actividad, en el comportamiento y manifiesta actividades sexuales inadecuadas; en niños preescolares, hay hiperactividad, enuresis y encopresis (trastornos de la eliminación), alteraciones en el sueño, fobias, compulsiones, curiosidad sexual inusual, masturbación compulsiva, conductas seductoras, etc. En los niños que atraviesan la etapa de latencia, se presenta una conducta similar a la de los niños preescolares, sumándole a esto comportamientos cleptómanos, crueldad con animales, tristeza y coerción sexual sobre niños más pequeños o retraídos. Y cuando el abuso se da en la adolescencia, se presentan dos tipos de sintomatologías: una intensa (autodestrucción, castigo, suicidio, homicidio, delitos, adicciones, fugas, promiscuidad, prostitución, disociación, etc.) y otra más mitigada (sobreadaptación, retraimiento, depresión, inhibición, intolerancia frente a manifestaciones verbales de contenido sexual, incapacidad para actuar con el sexo opuesto y homosexualidad).

El abuso sexual comporta, por tanto, una sintomatología característica según el grado de desarrollo del niño, de ahí que el diagnóstico del abuso sexual deba incluir la aplicación de principios psicológicos, la evaluación de secuelas y de la incidencia emocional, la ponderación de la incidencia en el comportamiento, el registro de la sintomatología, la incidencia en el plano psicosexual y la compatibilidad con el síndrome de adaptación al abuso sexual infantil.

Pero la labor del psicólogo no solamente se centra en el niño que ha sido ultrajado; también el análisis debe centrar su atención en el estudio situacional del victimario, a quien se le debe entrevistar y analizar su declaración con el objeto de llegar a establecer si el implicado ha cometido realmente el abuso y a determinar cuáles han sido las causas que han dado lugar a dicha conducta.

Todos estos criterios permiten una identificación clara y una valoración de la validez de los testimonios. Si bien el diagnóstico psicológico-forense implica la utilización de elementos científico-técnicos de la psicología del testimonio, de igual forma debe estar basado en los principios generales de la psicología. La gran mayoría de los casos de abuso sexual presentan dificultades de análisis, ya que en muchos casos se evita por parte de la víctima el recuerdo desagradable, el estímulo asociado al trauma, la incapacidad para recordar, la intensa disociación, e inclusive el mismo miedo que en algunos casos media como mecanismo utilizado por el victimario para evitar que el menor objeto del abuso hable sobre lo sucedido.

Ésta es una problemática, que a pesar de ser estudiada científicamente por la psicología y abordada técnicamente por el derecho, no deja de crear mella en los profesionales, ya que el espanto y el horror que genera el abuso sexual infantil, demuestra claramente el grado de descomposición social al que llegan algunos sujetos, sólo por el hecho de poner por encima de la integridad de la persona humana el interés y el placer personal.

4.3.2. Abuso sexual en menores de edad

Diversas investigaciones coinciden en que el abuso sexual infantil es un hecho que se presenta de manera frecuente en la sociedad y al interior de las familias, fenómeno que puede causar importantes daños psicológicos a las víctimas en el momento de sufrir los abusos y en etapas posteriores de la vida.

“La vida del niño es sagrada, pero se puede profanar” (Urra, 2002, p. 429); pero de igual forma, ya que “los niños no tienen patrias, son niños y han de ser todos protegidos” (Urra, 2002, p. 432); “las agresiones sexuales en el seno familiar no pueden quedar sin respuesta legal” (Urra, 2002, p. 441); y “está comprobado que los niños más susceptibles de sufrir maltrato sexual, son aquellos que también son maltratados de otras formas” (Urra, 2002, p. 453).

Como puede verse, el abuso sexual en la infancia tiene connotaciones que van desde las mismas secuelas psicológicas que deja tal problemática en los niños, como también otras tantas de tipo social, legal y familiar. La responsabilidad frente al abuso sexual infantil, no sólo recae sobre la figura de la familia y la de los organismos del Estado; dicho abuso compete a toda la sociedad, pues es la sociedad, muchas veces, la que llega a tolerar este tipo de conductas hasta el punto de que en muchos casos la única solución posible que se contempla es la de fortalecer un aparato judicial y legal prohibitivo y punitivo y no asumir conductas preventivas.

El concepto de abuso sexual que involucra a un niño o adolescente se determina en cuanto a prácticas sexuales por parte de un adulto cuyos alcances la víctima no puede dimensionar y es

incapaz de emitir un consentimiento válido. Respecto a este tipo de casos, los psicólogos tienen un papel fundamental, y es el de diagnosticar mediante la práctica pericial forense la situación en la cual se ha dado este abuso; dentro del abordaje multifocal del psicólogo, se debe tener en cuenta la motivación y procedencia de la denuncia, la aplicación de los principios de la psicología, la evaluación de las secuelas, la incidencia emocional y psicosexual, el registro de la sintomatología, entre otros factores.

En el IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica (2001) se estipularon las diferentes consideraciones que la psicología y el psicólogo como tal deben tener en cuenta a la hora de abordar casos de abuso sexual infantil. En este sentido, se establece no solamente la necesidad de identificar la manera como la ley aborda este tipo de problemas, sino que a la vez se debe tener en consideración todos los factores y variables que inciden en la problemática ya mencionada.

Dentro de los ítems a considerar para evaluar las consecuencias del daño ocasionadas por el abuso sexual de menores están: lapso transcurrido desde el comienzo de las conductas abusivas, tipo de relación de la víctima con el o los perpetradores, grado de parentesco con el victimario, características de la conducta abusiva, reacción del entorno inmediato del menor frente a los hechos abusivos y nivel de contención socio-familiar con el que cuenta el menor.

Las conductas asociadas al abuso sexual infantil son diversas; puede haber actitudes de abierto sometimiento, conductas agresivas con tendencia a externalizar el conflicto, comportamiento pseudos-maduro o sobre-adaptado, indicios de actividades sexuales, juegos

sexuales persistentes, comprensión detallada de comportamiento sexual, permanencia prolongada en la escuela, mala relación con sus pares, desconfianza, falta de participación, problemas de concentración, rendimiento escolar bajo, temor hacia los hombres, conductas seductoras con los hombres, fugas de hogar, trastornos del sueño, conductas regresivas, retraimiento, depresión e ideación suicida.

Sin embargo, a pesar de esas conductas generalizadas, hay otras manifestaciones psicológicas del abuso sexual, de acuerdo a ciclos evolutivos y de desarrollo del niño; es así como se presentan diferentes comportamientos en niños menores de tres años los cuales difieren, en gran medida, en niños preescolares, durante la etapa de latencia y en la adolescencia.

El diagnóstico del abuso sexual incluye una metodología basada en la evaluación clínico-semiológica y psico-diagnóstica del menor, entrevistas informativas, análisis de vinculación entre víctima y victimario, análisis del expediente judicial, ponderación del riesgo para el menor y estimación de la necesidad de tratamiento. También se suele utilizar la psicología del testimonio, que es una línea de investigación dirigida al estudio de los procesos implicados en la diferencia entre realidad percibida y realidad imaginada.

Desde una perspectiva pericial, la labor del psicólogo debe centrarse en el estudio de las constancias de autos, el análisis de las declaraciones del menor, la entrevista, la administración de técnicas proyectivas gráficas y, por último, el análisis en conjunto de todas las situaciones. Para el análisis de testimonios se debe tener una posición objetiva basada en los principios de la psicología y los conceptos profesionales de quien realice dicho análisis.

Según se observa, la naturaleza misma del abuso sexual infantil, tanto en niños como en adolescentes, requieren de un abordaje por parte de la psicología de carácter multidisciplinal y ello se debe al hecho de que este tipo de abuso tiene repercusiones, no sólo en el niño o en la niña que es objeto del abuso, sino también en los familiares del niño y en la sociedad en general.

Resulta interesante e importante estudiar este tema, no sólo por el hecho de que hoy en día la justicia dé cabida al psicólogo para que actúe en los procesos que se adelantan sobre esta materia, sino también porque muchos de los traumas y de las alteraciones del comportamiento en los diferentes casos clínicos, psicológicos y psiquiátricos que analizan los psicólogos tienen, en algún momento o medida, algún tipo de relación, en la mayoría de las situaciones, circunstancias de abuso sexual infantil.

En resumen, todo tratamiento y todo abordaje psicológico de este tipo de abuso debe procurar, en primer lugar, que se evite la ocurrencia de este abuso y que en caso de que éste ya haya ocurrido, debe evitarse que se vuelva a dar; respecto al agresor, se debe realizar un seguimiento permanente de éste, más aún cuando recupere su libertad, ya que probablemente podría incurrir en una conducta de estas nuevamente, lo que convertiría en víctimas a otros niños inocentes.

4.3.3. La protección del menor

La Constitución Política Nacional consagra la protección de los derechos fundamentales, en especial, de los derechos de los niños; ubicando al Estado colombiano en posición de garante

frente a la protección de estos derechos. No obstante, basta con caminar por las calles o simplemente mirar los noticieros para darnos cuenta de que los derechos de los niños, niñas y adolescentes están siendo vulnerados desde el momento en que nacen.

No ha sido aplicada en nuestro país una política efectiva de integración social que garantice siquiera la protección de los derechos fundamentales de las personas; los niños se están desarrollando bajo las políticas de un Estado que no vela por su bienestar, que no brinda garantías siquiera mínimas de salud, educación, vivienda, recreación, pues pese a contar con normas que reconocen los derechos de los niños y la prevalencia de los mismos, estas no pasan de ser letras muertas en un país en el que el hambre, la mendicidad, las enfermedades y la violencia son la constante para muchos niños que viven en condiciones deplorables.

Un Estado que no brinda garantías fundamentales mínimas para el desarrollo y supervivencia de sus miembros, no puede exigir como resultado ciudadanos honestos que respeten la ley y se adhieran a ella, porque dicha ley está siendo infringida desde la desprotección de sus propios derechos. Un Estado que no brinda educación y maneja altos índices de desempleo como el nuestro no puede esperar que sus habitantes trabajen dignamente y no se dejen seducir por propuestas delictivas que ofrecen mejores ingresos y por ende mejores condiciones de vida para su familia, y no pretendemos con esto justificar al adolescente infractor porque si bien es cierto que el Estado no brinda las garantías consagradas constitucionalmente, también es cierto que la decisión de delinquir la toma cada persona, pero sí se considera que un Estado como el colombiano no puede exigir lo que no está cumpliendo.

Se quiere con ello resaltar que es el Estado, en su condición de administrador del país, el principal responsable de brindar las garantías que los niños, niñas y adolescentes requieren para el libre ejercicio de sus derechos, por medio de políticas socioeconómicas que promuevan el crecimiento y desarrollo de estos en el marco del reconocimiento y protección de sus derechos, pues en muchos casos el abandono por parte del Estado genera un resentimiento social que se refleja en las acciones delictivas por parte de adolescentes, y la reincidencia en ellas hasta la edad adulta por no haber recibido un trato adecuado para la rehabilitación, resocialización y restablecimiento de sus derechos cuando todavía eran menores de edad.

En cuanto a la protección de menores, no hay que olvidar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección, sobre todo porque sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás; así lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana, pues para ellos “existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (C.C., 2014, C-177).

Por tanto, los menores que sean víctimas de delitos sexuales, dentro del proceso penal que se lleve a cabo por este tipo de abusos los operadores judiciales deberán adoptar todas las medidas necesarias para proteger los intereses superiores de estos, sin que ello implique una “afectación de garantías integradoras del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción, ni los principios de inmediatez o el acceso a la administración de justicia” (C.C., 2014, C-177). Esto también se sobreentiende a partir de lo preceptuado en los artículos 192 y 193 de la Ley 1098 de

2006, en los que se establecen reglas orientadas a proteger los derechos de los menores cuando estos son víctimas de delitos.

Así las cosas, le atañe al funcionario judicial que intervenga en la investigación y juzgamiento de conductas que violen la libertad, la integridad y la formación sexual de menores, dispensar todos los recursos y medios de que disponga para comprobar la verdad; a su vez, debe efectuar una investigación integral y oportuna de los sucesos de que tenga conocimiento, ya sea a través de denuncia, petición especial o de oficio, tratando de atender siempre el interés superior del menor y el respeto a su dignidad humana, impidiendo cualquier hecho que lleve a su revictimización.

4.4. RETRACTACIÓN EN EL TESTIMONIO DE UN MENOR DE 14 AÑOS QUE SE PRESUME HA SIDO VÍCTIMA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTO SEXUAL ABUSIVO DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

4.4.1. El testimonio del menor en los procesos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

A continuación se realiza un abordaje de la posición que ha adoptado la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en la última década a través de su Sala de Casación

Penal sobre el papel del testimonio del menor en los procesos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo.

En primer lugar, está la Sentencia del 26 de enero de 2006, en la que la Corte Suprema insiste en derredor de un tema que históricamente ha resultado polémico para las distintas disciplinas del Derecho, como lo es la credibilidad que ofrece el testimonio de los menores de edad con énfasis particular –por ser el supuesto fáctico que ocupa la atención- en los casos en que son sujetos pasivos de abusos sexuales, para finalmente establecer si con la decisión absolutoria impugnada se vulneraron las garantías fundamentales de la víctima.

La Corte entra a analizar la valoración probatoria del fallador, según la cual no revisten credibilidad las acusaciones inferidas por la niña contra su abuelo, a quien señaló de haberla tocado y besado en diferentes partes de su cuerpo en varias oportunidades y darle algunos obsequios a cambio, por tratarse del testimonio de una menor de edad quien “dada su *inmadurez* no tiene una plena aptitud para testificar toda vez que su conocimiento está delimitado por la falta de experiencia en el aprendizaje”; además, porque el conocimiento de quienes se encuentran en esa condición es disperso, lo cual les impide profundizar la observación, a lo que se suma que carecen de sentido ético, siéndoles imposible, por tanto, medir las consecuencias y el perjuicio que ocasionan con sus afirmaciones, con mayor razón en este caso, dice el Tribunal, al comprobarse que no existe en el proceso dictamen pericial que certifique la sanidad mental de la ofendida.

Es preciso aclarar que la descalificación del testimonio rendido por la víctima por parte del juzgador de segunda instancia no devino de su sola condición de menor, sino que a esa situación (“proviene de una persona bastante joven”, se puntualiza en el fallo) se sumaron otros aspectos que desdican de su credibilidad.

Si bien para el sentenciador el sólo hecho de que un menor ostente las aludidas limitaciones no implica necesariamente que su dicho se deba descartar, como a esa circunstancia se sumaron otras señaladas en el fallo se terminó por no otorgar credibilidad al testimonio de la menor.

En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre este tema ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de otras personas en atención a su condición personal, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en su capacidad volitiva o de razonamiento pérdidas o no desarrolladas.

La primera premisa que conduce a esa conclusión tiene que ver con que la ley penal no impone restricción en ese sentido. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, por ejemplo, actualmente no existe prevención al respecto, ni en la Ley 600 de 2000 que rige este asunto (artículo 266), ni en la 906 de 2004 (383, inciso segundo), distinta a la de que en las dos legislaciones se precisa que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica (C.S.J. Sentencia del 26 de enero de 2006, Rad. 23706).

En segundo lugar, está la Sentencia del 30 de marzo de 2006, en la que la Corte cita la obra de Viar y Lamberti (1998) en los siguientes términos:

(...) Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera

acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. El uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias (...) (p. 106).

Para la Corte, los niños víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia se constituyen en un caso especial, cuya versión es necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable*, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004) o si prescinde de su declaración directa, 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.

* Es importante tener en cuenta que los jueces tienen tres o cuatro caminos para la valoración de las pruebas; por eso se habla de una posible mixtura entre la tarifa legal y la sana crítica (N. de la A).

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 (C.S.J. Sentencia del 30 de marzo de 2006, Rad. 24468).

En tercer lugar, está la Sentencia del 26 de enero de 2006, en la que la Corte, con miras a desechar cualquier inquietud en relación con el testimonio del menor de doce años, clarifica que al igual que cualquier persona requerida por el órgano competente, está en la obligación de testificar, sólo que no se le recibirá juramento y, en lo posible, deberá estar asistido por su representante legal o por un pariente suyo mayor de edad, a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia. Así lo dispone claramente el inciso primero del artículo 282 del Código de Procedimiento Penal.

De modo que, si la legislación procesal penal autoriza la convocatoria del menor de 12 años como testigo dentro del proceso, no son posibles de *lege ferenda* aquellos juicios anticipados que sugiere el demandante y expone también el Procurador Delegado, en el sentido de que una persona de esa edad no puede ser fiel a las impresiones que recibe durante el desarrollo de un acontecimiento cualquiera, dado que su capacidad de concentración es dispersa y también es limitada su comprensión de lo que ocurre en el mundo exterior. Si esto fuera tan fatal y categórico como se insinúa, de una vez el legislador hubiera descartado como testigos a los

menores de 12 años, pero, por el contrario, la psicología experimental enseña que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en determinado caso se haya podido ver u oír bien.

Por ello, cualquier persona, sin importar su condición, de la cual se pueda pregonar que de alguna manera estuvo en contacto con los hechos pasados, debe ser admitida como testigo dentro del proceso, obviamente sin perjuicio del valor probatorio que los funcionarios judiciales en su oportunidad le puedan adjudicar al testimonio, en relación con las características personales de aquellos de quienes proviene y otros criterios legalmente dispuestos (C. P. P., arts. 254 y 294).

El juramento del testigo es apenas una facultad de compulsión que la ley autoriza para procurar su vinculación con la verdad de lo percibido, lo cual permite amonestarlo sobre la importancia moral y legal del acto, al igual que de las sanciones penales a que se haría acreedor si declarare falsamente o incumple lo prometido (art. 285 C. P. P.). En el caso del menor de 12 años, precisamente por su corta edad, la ley optó por no compelerlo con una formalidad por la cual aún no está en capacidad de responder, porque, en últimas, jurídicamente no interesa tanto que el testigo haya faltado al compromiso moral sino que haya violado un vínculo legal para ocultar o desdibujar la verdad que conoce, conducta que es la que lo podría conducir a una sanción penal.

Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. De igual manera, si la

importancia del juramento es más funcional que de regularidad de la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando no se le trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el artículo 282 del C. de P. P. y no por voluntad judicial (C.S.J. Sentencia del 26 de enero de 2006, Rad. 21791).

En cuarto lugar, está la Sentencia del 13 de febrero de 2008, en la que estudia la Corte la impugnación admitida que trata de la agresión sexual de un menor de edad, la cual brinda una vez más la oportunidad a dicha corporación para reiterar su criterio en el sentido de que al testimonio del menor, víctima de acto sexual, se le debe otorgar una especial confiabilidad, sin que ello signifique demeritar la versión por la mera condición de la edad prematura.

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Al respecto, se sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos.

Sin embargo, es claro que los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros.

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

A partir de investigaciones científicas, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales (C.S.J. Sentencia del 13 de febrero de 2008, Rad. 28742).

En quinto lugar, está la Sentencia del 21 de octubre de 2009, en la que señala la Corte que la apreciación del testimonio de los menores (aunque la técnica del recaudo de la prueba requiera

del apoyo de autoridades especializadas) se rige por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal; en relación con la contemplación material del dicho del menor de edad, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece los criterios para recibirlo en procesos judiciales donde son víctimas los niños, niñas y adolescentes; ciertamente que el apoyo del Psicólogo en la investigación es trascendente porque adecua el interrogatorio a un lenguaje comprensible de conformidad con la edad de la víctima, de manera que las respuestas logradas permiten dictaminar con criterio profesional, especializado, y concluir de manera fundamentada que la víctima rindió de manera idónea y comprensible la versión de unos hechos.

A la luz de los artículos 382 y 379 del C. de P.P., en concordancia y de conformidad con las técnicas de indagación e investigación (Libro II, Títulos I y II del C. de P.P.; artículos 200 al 285) los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Art. 275 ib.) que recauden quienes fungen como órganos de indagación e investigación son medios de conocimiento y tienen vocación probatoria siempre que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales.

Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del

conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara.

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las

fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

Por manera que, después de haber sido legítimamente incorporado un medio cognoscitivo (elemento material probatorio y evidencia física Art. 275) de manera legítima por el sujeto procesal, bien de forma directa, oral a través del órgano de indagación o de investigación (testigo de acreditación, fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que la recaudó en la fase de indagación e investigación y acreditada la cadena de custodia, en fin, la legalidad del medio de convicción y la controversia (art. 392), será un referente válido –prueba- en el juicio, óptimo para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido: condenatorio, absolutorio, o declaratorio del estado de duda (arts. 7 y 381 del C. de P.P.)”. (Cfr. C.S.J., Sentencia del 8 de noviembre de 2007, Rad. 26411 y Sentencia del 21 de octubre de 2009, Rad. 32103).

En sexto lugar, está la Sentencia del 9 de noviembre de 2009, en la que se hace referencia al tema de la entrevista, la cual no requiere (por sí) que sea practicada por un profesional de la psicología titulado, como parece entenderlo el recurrente; basta con el recaudo de la versión mediante el apoyo de una persona (testigo de acreditación) con alguna experiencia y aptitud para orientar adecuadamente la conversación, que garantice el respeto a toda forma de violencia (art. 44 C. Pol.).

En esos propósitos, pueden colaborar con la Administración de Justicia los psiquiatras, los psicólogos, los estudiantes que ya poseen alguna formación que los hace idóneos, los profesionales de la salud, los peritos, los policías judiciales capacitados en derechos humanos y de infancia y adolescencia, las madres comunitarias, en fin, personas que puedan concurrir al proceso penal como testigo, cuya aptitud e idoneidad les permita obtener la información mediante procedimientos éticamente aceptables, válidos, lícitos, limpios, respetuosos de los derechos humanos.

Se trata es de lograr una conversación sin violentar, sin victimizar de nuevo al niño, utilizando métodos informales, amables (el apoyo de las cámaras gessell persigue esos fines); el experto funge como instrumento que le permite al juez acceder de forma adecuada al conocimiento del tema objeto de prueba.

La entrevista persigue averiguar los hechos y enterar a las partes y al juez, quien al momento de contemplar las pruebas examinará las que permitan acceder al conocimiento de la verdad material, fin último del proceso penal.

La acreditación del testigo tiene por finalidad que el juez aprecie la confiabilidad y la validez del medio de convicción que por su conducto se aporta (entrevista, dictamen, etc.); la acreditación se vincula con la legalidad del recaudo de la evidencia, mas no suple la función del juez como perito de peritos, porque es al juez a quien corresponde apreciar las pruebas y asignarles mérito persuasivo.

El testigo de acreditación funge como la fuente indirecta del conocimiento de los hechos, la importancia del testigo acreditado radica en que su versión es la de un testigo calificado, cuya credibilidad es siempre objeto de examen por el juez (C.S.J. Sentencia del 9 de noviembre de 2009, Rad. 32595).

En séptimo lugar, está la Sentencia del 21 de septiembre de 2011, en la que se hace alusión al hecho según el cual, tratándose del testimonio de menores víctimas de delitos, la intervención del juez está reglada, no por el precepto general de la Ley 906 de 2004, artículo 397, sino por uno especial como lo es el 150 de la Ley 1098 de 2006, de acuerdo con el cual aquél sólo tiene facultad para procurar que se responda de manera clara y precisa la interpelación formulada, es decir, que no puede hacer preguntas complementarias cuando se trata de testigos menores de edad, como con desconocimiento de tal normatividad lo hizo el a-quo en el asunto examinado (C.S.J. Sentencia del 21 de septiembre de 2011, Rad. 36827).

En octavo lugar, está la Sentencia del 11 de mayo de 2011, en la que para la Corte es clara la importancia del testigo de excepción que para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo

adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.

No duda la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiverse, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.

Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables (C.S.J. Sentencia del 11 de mayo de 2011, Rad. 35080).

En noveno lugar, está la Sentencia del 8 de agosto de 2013, en la que la Corte señala que en doctrina sentada con fundamento en la Ley 600 de 2000 (sin atención al Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006 cuyos arts. 150 y 194 contemplan especiales exigencias tratándose de versiones de menores pues entró a regir a mediados de 2007) se advierte que preceptos como el 266 del estatuto procesal en cita de acuerdo con el cual la versión rendida por un menor de edad debe cumplirse con asistencia “de su representante legal o por un pariente mayor de edad”, no solamente carecía de estricto poder vinculante pues debía efectuarse con ese

acompañamiento “en lo posible”, según el propio texto de ley, sino que los presupuestos allí previstos se contemplaron estrictamente en favor de los menores, esto es, atendiendo al principio de garantizar prioritariamente sus derechos, pero no bajo el entendido que el legislador hubiera revestido de cierta sacramentalidad su práctica, en forma tal que sin esos ritos de formación la prueba se viera afectada en su legalidad, esto es, descartando su esencialidad como para reputarla inválida (C.S.J. Sentencia del 8 de agosto de 2013, Rad. 41136).

En décimo lugar, está la Sentencia del 10 de julio de 2013, en la que la Corte se refiere a los parámetros especiales que deben observarse en el análisis del testimonio de menores víctimas de delitos sexuales, pues de acuerdo con las investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad.

No se desconocen ahora esos factores, lo que se trata de explicar es que a los menores de edad no se les puede otorgar credibilidad en cualquier caso y especialmente por su condición de posibles víctimas de abuso sexual. Como testigos, también deben examinarse de conformidad con los criterios previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, sin parcialidad ni prejuicio de ningún tipo y sin marginar de la evaluación los demás medios de convicción, de cuyo ejercicio finalmente surgirá el mérito que les corresponda.

En el caso objeto de análisis es posible que la menor hubiese sido manipulada por su madre para que denunciara a su padre como quien la había accedido carnalmente en múltiples oportunidades, empero, sin que las demás evidencias tuvieran la capacidad de corroborar los

hechos puestos en conocimiento de la autoridad judicial, lo que enerva la fuerza probatoria de ese testimonio, cuya credibilidad fundamentalmente derivaba de la condición de menor de edad de la víctima y la espontaneidad, naturalidad, reiteración, consistencia y coherencia del relato deducidos por el Tribunal, y que se puso en duda al analizar cada una de las intervenciones de la denunciante, al compararlas con las demás evidencias y al valorar la prueba en conjunto.

En todo caso, considera la Corte que no puede superarse la incertidumbre acerca de si los hechos denunciados ocurrieron, con mayor razón, porque el Tribunal inexplicablemente dejó por fuera del análisis probatorio apartes importantes del testimonio de la menor del informe técnico médico legal sexológico y del concepto psiquiátrico, evidencias que omitió confrontar con otras, como el testimonio de otros testigos, cuya valoración excluyó completamente, configurándose de esa forma los errores denunciados, es decir, los falsos juicios de identidad por cercenamiento y el falso juicio de existencia por omisión (C.S.J. Sentencia del 10 de julio de 2013, Rad. 40876).

En onceavo lugar, está la Sentencia del 25 de septiembre de 2013, en la que la Corte acude a las decisiones frente a las cuales ha trazado una línea de pensamiento que si bien en un comienzo aludió a la confianza generada por los testimonios de los menores víctimas de abusos sexuales, dado el impacto causado en su memoria por el hecho, con posterioridad afirmó que el juez debe valorar sus dichos bajo los lineamientos de la sana crítica, integrando sus razonamientos con las demás pruebas aportadas, en tanto ni pueden ser rechazados en todos los casos en el argumento de resultar fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, como tampoco debe creérseles indefectiblemente, sino que sus versiones se impone valorarlas como las de un testigo (C.S.J. Sentencia del 25 de septiembre de 2013, Rad. 40455).

Por último, está la Sentencia del 21 de octubre de 2013, en la que en referencia al “informe pericial integral sexológico forense”, el sentenciador de alzada señaló que “tampoco puede afirmarse que el testimonio de la menor haya sido la única prueba del delito porque precisamente el dictamen como prueba técnica es categórico en afirmar que el himen de la menor está desgarrado y por la misma razón el acceso denunciado sí existió”, lo que indica que respetó fielmente la expresión fáctica de la pericia.

Cierto es, como se indica en los fallos, que en los casos en los cuales las víctimas de la violencia sexual sean menores, la declaración de éstas adquiere gran relevancia y constituye prueba de preponderante mérito persuasivo, pero esto no significa, en manera alguna que su dicho deba apreciarse aún con prescindencia de la totalidad de la prueba válidamente recaudada, como al parecer ha sido entendido por los juzgadores en el presente evento (C.S.J. Sentencia del 21 de octubre de 2013, Rad. 32983).

4.4.2. Efectos y consecuencias de la retractación

La declaración que hace un menor víctima de delito sexual es de tal importancia dentro del proceso penal que está orientada en contra del presunto autor del hecho punible y es por ello que en los casos en donde se denuncie abuso sexual por parte de un menor, señala Peña (2015), se deben tener en cuenta una serie de posibilidades en consideración:

1. El (la) niño(a) es víctima de abuso sexual y su alegación es creíble y precisa.

2. El (la) niño(a) es víctima de abuso sexual, pero debido a su edad o deficiencia cognoscitiva no posee las destrezas verbales necesarias para presentar una descripción creíble.
3. El (la) niño(a) es víctima de abuso sexual, pero debido al miedo, no informa que es objeto de abuso, ni identifica al agresor.
4. El (la) niño(a) es víctima de abuso sexual, pero debido a una errada lealtad, no informa que es objeto de abuso, ni identifica al agresor.
5. El (la) niño(a) no es víctima de abuso sexual, es creíble, pero ha malinterpretado una interacción inocente.
6. El (la) niño(a) no es víctima de abuso sexual, pero ha sido sin intención alguna contaminado por una figura de autoridad.
7. El (la) niño(a) no es víctima de abuso sexual, pero ha sido intencionalmente manipulado por una figura de autoridad, al grado de creerse el abuso sexual.
8. El (la) niño(a) no es víctima de abuso sexual, pero a sabiendas y falsamente acusa a alguna persona de abuso sexual debido a la presión que ejerce una figura de autoridad, la cual realmente cree que el niño ha sido abusado sexualmente.
9. El (la) niño(a) no es víctima de abuso sexual, pero conociendo la falsedad acusa a alguna persona del abuso por razones de venganza o engrandecimiento.

Considerando que el testimonio del menor en el juicio oral y público es una de las formas de declaración de éste, ésta tiene efectos durante el proceso, por lo que debe valorarse de manera exhaustiva para no incurrir en equivocaciones y respetar todas las garantías del debido proceso, sin obviar, claro está, la situación en la que se encuentra el menor, pues muchas veces por miedo a ser castigado, a que no le crean sus versiones, a posibles represalias por parte del abusador, o en ocasiones por su núcleo familiar, o por los sentimientos de vergüenza y culpa que le genera esta clase de circunstancias, son muy volubles tales declaraciones; de igual forma, no hay que olvidar que el menor está expuesto a la sugestibilidad, al impacto traumático de la situación, a la comunicación verbal, a la sexualidad infantil, al juicio moral, etc., condiciones que hacen necesario un análisis profundo y crítico de los testimonios dados por el menor, aparte de que debe efectuarse con las formalidades y garantías del caso para no revictimizarlo.

De esta forma, el proceso debe desencadenar en una valoración de las circunstancias y en unas conclusiones que brindan un conocimiento personal, atendiendo a lo preceptuado por los artículos 402 y 404 del Código de Procedimiento Penal:

El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo (art. 402).

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 contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad (art. 404).

Estas dos normativas son las que fundamentan las decisiones acogidas de acuerdo con las pruebas que se debatieron en el juicio oral, según la tipificación del delito acusado.

Con respecto al testimonio del menor en los casos de abuso sexual, se debe hacer una valoración teniendo en cuenta, entre otros criterios, lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-078 de 2010:

La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

Ahora bien, en el proceso penal los menores de edad tienen derecho a la retractación, que radica en el cambio parcial o total, ya sea del acusado, del ofendido o de un testigo, de la versión de los hechos manifestados previamente.

Como se señaló en líneas anteriores, las declaraciones dadas por los menores a veces son volubles y necesitan de un análisis mucho más exhaustivo para así dar plena certeza de sus aseveraciones, de donde se obtiene la existencia de diversos factores que influyen en gran medida en las declaraciones de estos, y que pueden en cierto momento del proceso, o quizá ya concluido éste, retractarse cambiando completamente las razones que establecen la responsabilidad de cierta persona.

En todo caso, situaciones que hacen que se aborde exhaustivamente las circunstancias fácticas narradas por el menor, las cuales deben atenderse aun a pesar de éste haberse retractado en el testimonio, se deben evaluar bajo el siguiente razonamiento de la Corte Suprema de Justicia:

La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye *per se* lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso (Corte Suprema de Justicia, 2006, Rad. 22240).

5. CONCLUSIONES

Al establecer la posición jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia predominante, como órgano de cierre, sobre la valoración del testimonio del menor de edad como víctima de delitos sexuales, se evidencian dos tipos de posiciones: en una primera posición, asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la gran mayoría de sus pronunciamientos desde 2006 hasta los primeros pronunciamientos de 2013 sobre testimonio del menor de edad víctima de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años, dicha corporación valora altamente la credibilidad que ofrece el testimonio de los menores de edad con énfasis particular en los casos en que son sujetos pasivos de abusos sexuales, pues a pesar de la condición de inmadurez de un menor, ello no significa inevitablemente que lo que ha expresado se deba descartar, por lo que no es apropiado imputar una prohibición o tarifa probatoria que aleje de toda credibilidad el testimonio del menor.

La segunda posición se puede interpretar a partir de la lectura de los últimos pronunciamientos proferidos por la Corte Suprema en 2014, es donde se vislumbra la posibilidad de que los testimonios de menores víctimas de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo pueden ser objeto de manipulación; frente a ello, la Corte acude a las decisiones frente a las cuales ha direccionado una línea de pensamiento, que si bien en un principio hizo alusión a la confianza que generan los testimonios de los menores víctimas de abusos sexuales, por el impacto que causa en su memoria el hecho, luego aseveró que el juez es quien debe valorar los relatos de estos bajo los parámetros de la sana crítica; de esta manera, afirma la Corte que en los

casos en los cuales las víctimas de la violencia sexual sean menores, la declaración de estas adquiere gran relevancia y constituye prueba predominante de estimación concluyente, aunque esto no quiere decir de ninguna manera que su relato deba ser apreciado con prescindencia de la totalidad de la prueba que ha sido recaudada válidamente.

A partir de los anteriores planteamientos se puede señalar que la Corte, al realizar el análisis del caso, le da una gran importancia al testimonio de la víctima, sobre todo porque su declaración constituye una prueba fundamental y como tal tiene un gran valor probatorio al momento de analizarse junto con las otras pruebas que se hallaban en el expediente. Así, como cualquier otra prueba de índole testimonial, la declaración de la menor en cada caso está sujeta a lo que determina la sana crítica y a su cotejo con los otros elementos probatorios del proceso, sin que se halle una razón valedera para no otorgarle el crédito a tales versiones bajo la justificación de una supuesta inferioridad mental.

Pero también existen providencias en las que el testimonio del menor no es un elemento esencial dentro del proceso, por su corta edad y, además, porque no se quiere imponer de forma artificiosa o equivocadamente a éste, obligándolo a declarar en contra de una persona; sin embargo, puede luego ser admitida haciéndose una evaluación crítica del mismo, en especial porque se puede tener en cuenta que cualquier persona, sea cual sea su condición, puede divulgar de alguna manera si estuvo o no en contacto con lo acontecido.

Como puede verse, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que al menor de edad hay que creerle tajantemente cuando expresa que ha sido víctima de un abuso, sobre todo si

es de índole sexual, bajo el argumento de que es digno de confianza, la realidad muestra otra cosa muy distinta, y es que un juez, por lo general, no falla en favor del acusado de tal abuso, sino por el contrario en favor del menor, con ello demostrando que efectivamente se toma a éste, por el sólo hecho de afirmar que ha sido víctima de abuso sexual, como el sujeto pasivo tal de conducta.

La anterior aseveración significa que a los menores siempre hay que creerles cuando dicen que han sido abusados sexualmente, sólo por el hecho ser sujetos de especial protección, lo que deja de lado la idea que expone la Corte Suprema de Justicia y es que también estos pueden mentir, al igual que sucede con un testigo adulto, o que lo dicho por estos pueda que se aparte de la realidad, la maquille, la oculte o la tergiverse, ya sea por intereses personales que se desconozcan o por manipulación, la cual se da en muchas ocasiones por parte de la propia familia.

Cabe anotar que la retractación de un menor que ha sido víctima de abuso sexual no opera de manera automática o in situ, sobre todo porque para que se acepte tal figura, según la jurisprudencia, es necesario que esté fortalecida o ratificada sin falla alguna por otros medios probatorios, legales y habituales en el proceso, es decir, que las razones que inspiraron al declarante para retractarse y dejar sin validez alguna sus versiones anteriores sean serias, probadas y sometidas al criterio de la persuasión racional.

En todo caso, la sola retractación no hace que se pierda la eficacia de las declaraciones dadas con anterioridad por el menor, sino que es necesario hacer un esfuerzo analítico mucho más

profundo en aras de establecer no sólo cuál de las distintas versiones se ajustan a la realidad de lo sucedido, sino de las razones que tuvo éste para mentir o para retractarse de lo dicho ante el órgano judicial.

A ello hay que sumar que la mera recepción del testimonio de un menor que se presume ha sido víctima de algún tipo de delito sexual, en general se convierte en una situación revictimizante, en la medida en que conlleva un proceso de rememoración de los hechos, esto es, del acto abusivo, situación que ha sido descrita por múltiples doctrinantes no sólo desde una óptica jurídica, sino también psicosocial.

Frente a esto hay que tener en cuenta que en todo proceso penal en donde se abordan casos de delitos sexuales cometidos en contra de menores de 14 años, la entrevista que se le hace al menor muchas veces constituye en prueba insoslayable y fundamental; dicha entrevista, que es realizada por un perito, especialmente por psicólogos forenses, resulta determinante para el causa del proceso, y la misma, como se ha visto, ha recibido críticas en la medida en que puede generar una situación revictimizante del menor, así como puede dar lugar a testimonios forzosos; a pesar de ello, es necesario tener en cuenta que en la gran mayoría de los casos, en un alto porcentaje de las denuncias de abuso o acoso sexual en contra de menores de 14 años, los testimonios que aportan estos menores obedecen a descripciones de situaciones verídicas, de ahí que la retractación no goce de la misma credibilidad que el testimonio mismo del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Q., M. L. (1994). *El testigo deshonesto*. Barcelona: Paidós.

Altavilla, E. (1970). *Sicología Judicial*. Bogotá: Temis.

Arango G., A. (2015). *Línea Jurisprudencial credibilidad del testimonio del menor*. Recuperado de <http://derechoprocesalpenalcontemporaneo.blogspot.com.co/2015/06/linea-jurisprudencial-credibilidad-del.html>

Beltrán D., C. (2007). Características y factores precipitantes asociados al abuso sexual. *Med UNAB*, 10(1), 38-49.

Besten, B. (1991). *Abusos sexuales en los niños*. Barcelona: Herder.

Buenahora, N., Benjumea, A., Poveda, N., Caicedo, L. P., & Barraza, C. (2010). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*. Bogotá: Corporación Humanas.

Bunch, C. (1991). *Hacia una revisión de los Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Ediciones de las mujeres. ISIS internacional N° 15.

Cabal, L., Lemaitre, J., & Roa, M. (2001). *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Temis.

Cafferrata N., J. (1986). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Desalma.

Congreso de la República. (2004). *Ley 906, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.

Congreso de la República. (2006). *Ley 1098, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

Congreso de la República. (2013). *Ley 1652, por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*. Bogotá: Diario Oficial 48849 del 12 de julio de 2013.

Corporación para la vida Mujeres que crean. (1998). *Hablemos de las distintas violencias contra la mujer*. Medellín: Serie mujeres y nuevo milenio.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-554*. Bogotá. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-949*. Bogotá. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-1103*. Bogotá. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-713*. Bogotá. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-808*. Bogotá. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-458*. Bogotá. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-078*. Bogotá. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-1015*. Bogotá. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-708*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-843*. Bogotá. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-117*. Bogotá. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-177*. Bogotá. Magistrado Ponente:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2006). *Sentencia del 26 de enero. Rad. 23706*. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2006). *Sentencia del 30 de marzo. Rad. 24468*. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2006). *Sentencia del 26 de enero. Rad. 21791*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2006). *Sentencia del 23 de agosto. Rad. 22240*. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2008). *Sentencia del 13 de febrero. Rad. 28742*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2009). *Sentencia del 21 de octubre. Rad. 32103*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2009). *Sentencia del 9 de noviembre. Rad. 32595*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2011). *Sentencia del 21 de septiembre. Rad. 36827*. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2011). *Sentencia del 11 de mayo. Rad. 35080*. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2013). *Sentencia del 8 de agosto. Rad. 41136*. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2013). *Sentencia del 10 de julio. Rad. 40876*. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2013). *Sentencia del 25 de septiembre. Rad. 40455*. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2013). *Sentencia del 21 de octubre. Rad. 32983*. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (1992). *Sentencia del 19 de marzo. Rad. 19563*. Bogotá.

Magistrado Ponente: Jorge Carreño Luengas.

Chiesa A., E. (1995). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Bogotá: Forum.

De Ávila B., B., & Villamil S., Y. (2011). *La prueba testimonial del adolescente*. Bogotá:

Universidad Nueva Granada.

Decastro G., A. (2005). *El Contrainterrogatorio*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Devis E., H. (1984). *Compendio de la Prueba Judicial*. Argentina: Rubinzal Cullzoni.

Díaz C., F. M. (1996). *Violencia sexual*. Medellín: Cerfami.

Durán, L., & Carreño M., L. (1989). *Principios de psiquiatría forense*. Bogotá: Universidad Nacional.

Fernández D., E. (2000). *Abuso Sexual del Niño y la Administración de Justicia*. Montevideo

(Uruguay): Grupo de Victimología y Psicología Jurídica.

Fierro, M. (2001). *Semiología del psiquismo*. Bogotá: Multiletras Editores.

Foucault, M. (1998). *Vigilar y Castigar*. Madrid: Siglo XXI.

García H., C. (2009). *Propuesta de reforma al Código Penal del Estado de Michoacán en materia de violación entre cónyuges*. México: Universidad Michoacana de San Nicolás de Higo.

García J., M., Blázquez F., S., Morales G., L., & Moreno R., J. L. (2002). Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio. *Eúphoros*, (5), 37-60.

García V., J. (2003). *Las pruebas en el Proceso Penal*. Bogotá: Librería Jurídica Gustavo Ibáñez.

Girón, R. (2015). Abuso sexual en menores de edad, problema de salud pública. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 23(1), 61-71.

Gómez J., J. (2004). *Las Pruebas en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Gómez O., D., & Hincapié C., N. (2006). *La perspectiva de género en el delito de acceso carnal violento: ¿equidad o neutralidad judicial?* Medellín: Universidad de Antioquia.

Gorphe, F. (1971). *La Apreciación Judicial de las Pruebas*. Buenos Aires: La Ley.

Grisales R., H., López L., L., Herrera J., J. F., & García R., E. (2002). Caracterización de los presuntos delitos sexuales evaluados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Medellín, 1995-2000. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 20(1), 51-68.

Groizard, A. (1917). *El Código Penal de 1870*. Burgos (España): Reus.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Seccional Medellín. (2008). *El Acceso Sexual al Interior de la Familia en Medellín*. Medellín: Boletín informativo ICBF.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2010). *Guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales*. Bogotá: INMLCF.

Levene, R. (1943). *El delito de falso testimonio*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft.

López M., D. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Márquez P., L. (2008). *La relevancia de la prueba testimonial dentro del sistema penal acusatorio colombiano*. Sabaneta: Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo – UNICIENCIA.

Maslow, A. (1989). *Más allá del ego: textos de psicología transpersonal*. España: Kairós.

Monteleone, R. (2008). *Abuso sexual infantil. La retractación de la víctima y sus consecuencias procesales*. Argentina: Serie Victimología 5.

Naciones Unidas. (2008). *Rompiendo el muro. Manual para la formación de facilitadoras y facilitadores comunitarios en violencia sexual basada en género*. Bogotá: Programa Mundial de Alimentos.

Parra Q., J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería del Profesional.

Peña I., C. (2015). *La retractación de los menores de edad y sus consecuencias en los procesos de delitos sexuales*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Pérez, L. C. (1986). *Derecho penal: partes general y especial*. Tomo V. Temis: Bogotá.

Pipino, A. V. (2012). *La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual*. Recuperado de <http://psicologiajuridica.org/archives/2770>

Reyes A., Y. (1988). *La prueba Testimonial*. Bogotá: Ediciones Reyes Echandía Abogados.

Rodríguez L., Y., Aguiar G., B., & García A., I. (2012). Consecuencias psicológicas del abuso sexual infantil. *Eureka*, 9(1), 58-68.

- Sgroi, S., Porter, F., & Blick, L. (1982). *Treatment of the Sexually Abused Child. Handbook of Clinical Intervention in Child Sexual Abuse*. Lexington, MA: Lexington Books.
- Tapias S., Á. (2011). Técnicas psicológicas forenses en caso de retractación de la víctima de delito sexual menor de edad. *IUSTA*, 2(35), 53-79.
- Urra, J. (2002). *Tratado de Psicología Forense: En el umbral del silencio. Abusos sexuales a niñas y niños*. Madrid: Siglo XXI.
- Velásquez V., F. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Temis.
- Viar, J., & Lamberti, S. (Comp.). (1998). *Violencia familiar y abuso sexual: abuso sexual infantil*. Buenos Aires (Argentina): Universidad del Museo Social de Argentina.
- Villanueva, Z. (2012). *Acceso a la Justicia de la Mujer. Primer y Segundo Encuentro de las Magistradas de las Cortes Supremas de Justicia Latinoamericanas*. Costa Rica y Panamá: CIDH.
- Ysern de A., J., & Becerra A., P. (2006). Abuso sexual intrafamiliar: prevalencia y características en jóvenes de 3° medio de liceos municipalizados de Chillán, Chile. *Theoria*, 15 (1): 79-85.

ANEXOS

Anexo A. Esquema de parámetros prácticos para la evaluación forense de niños, niñas y adolescentes quienes pueden haber sido abusados física o sexualmente

Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales
Código: DG-M-Guía-09-V01. Versión 01, febrero de 2010



ANEXO A

ESQUEMA DE PARÁMETROS PRÁCTICOS PARA LA EVALUACIÓN FORENSE DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUIENES PUEDEN HABER SIDO ABUSADOS FÍSICA O SEXUALMENTE

Tomado y adaptado del texto en inglés: American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (AACAP) "Practice Parameters for the Forensic Evaluation of Children and Adolescents who may have been physically or sexually abused"⁶⁸.

El evaluador de una posible víctima de abuso debe seguir los mismos principios básicos utilizados en cualquier otra valoración psiquiátrica. Es decir, debe recolectar la información lo más completa y precisa posible. La entrevista con el niño o niña debe incluir observación de los procesos conscientes e inconscientes, registrando ambas formas (la manera en que el niño o niña habla y como él o ella se relaciona con el entrevistador) y el contenido (qué dice), y el evaluador debe mantener su mente abierta a los diagnósticos diferenciales y las posibles explicaciones para los datos recolectados. La evaluación forense difiere de la clínica en que requiere información adicional tal como reportes judiciales, información de testigos, reportes médicos y valoración de familiares del entrevistado.

I. DEFINICIÓN DE ROL Y CLARIFICACIÓN

- A. Explicar el rol del evaluador a los padres o acompañantes y al niño o niña de forma apropiada.
- B. Explicar quién solicita la valoración, el propósito y aspectos de confidencialidad, tales como quién tendrá acceso al reporte.

⁶⁸ American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (AACAP). "Practice Parameters for the Forensic Evaluation of Children and Adolescents who may have been physically or sexually abused." En: "Supplement to Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry", Volume 36, No. 10, October 1997; pp. 37S-56S.



- C. Clarificar que el evaluador forense y el terapeuta del niño(a) son personas diferentes.
- D. Estar preparado para testificar en la corte.
- E. Clarificar forma de pago (peritos particulares).

II. VALORACIÓN DIAGNÓSTICA

- A. Obtener la historia por parte del acompañante del niño o niña, con énfasis en:
 - 1. Cómo surgió la revelación y qué se hizo posteriormente. Determinar el tono emocional de la primera revelación, y si existían sospechas de abuso.
 - 2. Secuencia de valoraciones previas, técnicas empleadas y qué fue reportado. Trate de determinar si las entrevistas previas, pueden haber distorsionado el relato o recuerdo del menor. Si tiene acceso, revise transcripciones de entrevista, videos o grabaciones.
 - 3. Síntomas y cambios conductuales que pueden ocurrir en niños abusados físicamente, tales como depresión, conductas agresivas y síntomas disociativos.
 - 4. Síntomas y cambios conductuales que pueden ocurrir en niños abusados sexualmente:
 - a) Ansiedad: temor, fobias, insomnio, pesadillas que directamente recrean el abuso.
 - b) Quejas somáticas, trastorno de estrés postraumático.
 - c) Reacciones disociativas y síntomas histéricos, tales como periodos de amnesia, ensoñación diurna, estados de trance, pseudocrisis y trastorno de personalidad múltiple.
 - d) Alteraciones en conductas sexuales, tales como aumento del deseo sexual visto en masturbación frecuente o frente a otras personas, curiosidad sexual excesiva, imitación del coito, insertar objetos en vagina o ano, promiscuidad sexual, conducta sexualmente agresiva hacia otras personas, conocimientos sexuales no apro-



- piados para la edad. Puede también evitar estímulos sexuales a través de fobias e inhibiciones.
- e) Quejas somáticas, enuresis, encopresis, tocamiento frecuente de genitales o ano, obesidad, cefalea o dolor abdominal.
 - f) Recordar que los niños no abusados pueden presentar conductas similares.
5. Historia de estimulación sexual, abuso previo u otro tipo de trauma. Considere otro tipo de estrés que pueda causar los síntomas del menor.
 6. Exposición a otros posibles abusadores.
 7. Considerar presencia de trastornos psiquiátricos o déficit cognitivo.
 8. Patrones de disciplina, normas, actitudes hacia la sexualidad en la familia.
 9. Historia del desarrollo, desde el nacimiento hasta la actualidad; evaluar posibles periodos traumáticos.
 10. Historia familiar, abuso temprano en los padres, abuso de sustancias por parte de los padres, violencia intrafamiliar, trastorno psiquiátrico en los padres.
 11. Motivación subyacente y posible psicopatología de adultos involucrados.
 12. Historia desde la perspectiva de cada uno de los padres.
- B.** Considere solicitar información colateral, previa autorización, de:
1. Servicios de protección.
 2. Personal del colegio e informes escolares.
 3. Información de cuidadores, niñeras.
 4. Otros miembros de familia, hermanos.
 5. Pediatra.
 6. Reportes de autoridades.



C. Proceso de entrevista con el niño, incluyendo examen mental:

1. Elija un lugar relajado y neutro.
2. En lo posible, grabe o filme la entrevista.
3. Establezca rapport, para lo cual puede requerir de 2 a 3 entrevistas.
4. Valore la capacidad del niño para describir eventos de forma adecuada.
5. Valore la capacidad del niño para diferenciar lo real o verdadero, de la fantasía.
6. Permita la narrativa libre.
7. Proceda de lo general a lo particular.
8. Evite realizar preguntas repetitivas, o múltiples. NO haga preguntas sugestivas.
9. Al finalizar el relato, verifique la información dada por el menor, para verificar consistencia.
10. Realice la entrevista sin la presencia de los padres.
11. Si el niño es muy pequeño, considere que un familiar esté en la sala.
12. La técnica debe ser apropiada para la edad del menor.
13. Determine los términos que el niño utiliza para las partes del cuerpo y actos sexuales; no le enseñe términos que él o ella no conozca.

D. El contenido de la entrevista con el niño:

Las siguientes áreas deben ser exploradas durante la entrevista, pero no a la manera de un interrogatorio. Note cómo está el afecto del niño mientras se tratan estos aspectos y con discreción, ayúdelo a manejar la ansiedad. Los niños más pequeños pueden no ser capaces de reportar toda la información relevante.

1. Si al niño o niña se le dijo que no dijera nada.



2. Quién fue el presunto abusador.
 3. Qué hizo el presunto abusador.
 4. Dónde ocurrió.
 5. Cuándo comenzó y cuándo terminó.
 6. Número de veces que el abuso ocurrió.
 7. Método inicial de abordaje por parte del abusador y cómo el abuso progresó.
 8. Cómo se mantuvo el secreto.
 9. Si el niño es consciente de lesiones o síntomas físicos específicos asociados con el abuso.
 10. Si se tomaron fotografías o videos.
- E. Otros procedimientos:
1. Considere los riesgos y beneficios de utilizar dibujos para identificar partes del cuerpo, para mostrar lo sucedido. (Si se utilizan debe hacerse luego de obtener un relato verbal de los hechos con el fin de preservar el relato).
 2. Considere los riesgos y beneficios de utilizar muñecos para identificar partes corporales, para mostrar lo sucedido. De igual manera, se recomienda usarlos sólo luego de fijar un relato verbal, y con el fin de clarificar datos no claros en el relato.
 3. Los siguientes procedimientos están contraindicados en valoraciones forenses de niños que pueden haber sido abusados: hipnosis, entrevista con uso de Amital, uso de la imaginación para aumentar la memoria, y utilización de refuerzos, ya sean positivos o negativos, para favorecer la comunicación. Es posible dar apoyo sin “premiar” al niño por dar la información.
- F. Tests psicológicos:
1. Si el niño(a) ha presentado problemas académicos o un déficit cognitivo, considere la realización de tests apropiados a su nivel cultural y educativo.



2. Considere un test de personalidad si este puede ser útil para clarificar un diagnóstico.
 3. Considere usar cuestionarios para padres, que valoren presencia de conductas sexuales, tales como: *Child Behavior Checklist* (CBCL), el *Sexual Abuse Symptom Checklist* y el *Child Sexual Behavior Inventory*. Si se usan, es importante fijar la aparición de los síntomas, antes de los hechos, durante el abuso y luego de la revelación.
 4. Los resultados de dichos tests deben ser considerados como sólo una parte de la evaluación forense. Siendo un apoyo, no saque conclusiones con base en dichos tests respecto al abuso. Los tests no distinguen por sí solos entre alegaciones falsas o verdaderas de abuso.
- G. Valoración física de los niños en situación de maltrato físico: usualmente, el profesional de salud mental revisa las valoraciones médicas realizadas previamente. Las fotografías tomadas son de mucha utilidad. Entre los signos potenciales de maltrato físico están:
1. Lesiones comúnmente vistas luego de castigo físico, tales como excoriaciones en región lumbar, glúteos, quizás en diferentes estadios de cicatrización.
 2. Lesiones con patrón de manos u objetos.
 3. Cierta tipo de quemaduras, tales como múltiples por cigarrillo, y escaldadura de manos, pies, perineo y glúteos.
 4. Hematoma subdural.
 5. Trauma abdominal, con ruptura hepática o del bazo.
 6. Fracturas sin una explicación plausible de cómo la lesión ocurrió.
 7. Signos radiológicos de múltiples fracturas.
 8. Hemorragias retinianas, las cuales pueden ocurrir en síndrome de niño sacudido.
- H. Examen físico del niño abusado sexualmente: generalmente el profesional de salud mental revisa el expediente o historia



clínica del examen realizado por pediatras u otro personal clínico calificado. Es importante tomar precauciones para preservar la evidencia. Tenga en cuenta que:

1. La mayoría de los niños y niñas abusados, no tienen hallazgos físicos que corroboren el abuso.
 2. Los hallazgos existentes pueden ser inespecíficos: inflamación, excoriaciones, flujo, laceraciones en piel de área genital, cuerpos extraños en área genital o anal.
 3. Hallazgos que sugieren fuertemente abuso sexual: laceraciones recientes o en cicatrización del himen, mucosa vaginal o anal, orificio vaginal alargado, huellas de mordida, reportes de laboratorio de enfermedades de transmisión sexual (no adquirida perinatalmente, incluyendo gonorrea, sífilis, HIV, Chlamydia, Trichomonas vaginalis, condiloma y herpes).
 4. Hallazgos definitivamente relacionados con actividad sexual: presencia de semen o fosfatasa ácida, embarazo.
- I. Otras entrevistas:
1. En lo posible, entreviste la persona a cargo de la denuncia por la posibilidad de abuso.
 2. Una entrevista conjunta con la víctima y el sospechoso no es apropiada para valorar la posibilidad del abuso. Puede realizarse en el proceso de reunificación cuando el proceso judicial concluya que la denuncia del abuso sea falsa. Tenga en mente el efecto que dicha entrevista puede tener en el menor.
- J. Considere una visita domiciliaria por parte de entidades de protección o trabajador social forense.

III. POSIBLES EXPLICACIONES DE LA NEGACIÓN DEL ABUSO

Algunas veces los niños pueden negar o retractarse sobre el abuso, esto puede ocurrir por varias razones, incluyendo las siguientes:



- A. El abuso puede no haber ocurrido.
- B. El niño puede ser presionado por el abusador o familiares a cambiar el relato.
- C. El niño puede estar protegiendo a algún familiar aun sin coerción.
- D. El niño puede estar atemorizado por el proceso judicial y decide cambiar su declaración.
- E. El niño no quiere testificar por vergüenza o sentimiento de culpa.
- F. El niño asume erróneamente que él mismo es responsable de lo que pasó.
- G. El niño, consciente o inconscientemente entra en el proceso de "acomodación" al abuso más que rechazarlo.
- H. El entrevistador puede inducir una falsa negación, por entrevistar al niño con el agresor presente.

IV. POSIBLES EXPLICACIONES PARA FALSAS REVELACIONES DE ABUSO

Una revelación puede ser parcialmente cierta (que el abuso sí ocurrió), pero parcialmente falsa (sobre quién fue el agresor); puede tener un núcleo de certeza, pero estar distorsionada como resultado de repetidos interrogatorios al niño. El evaluador debe considerar las formas como pueden generarse falsas alegaciones de abuso.

- A. Una falsa acusación originada en los padres u otros adultos:
 - 1. Sugestión y mala interpretación por los padres: uno de los padres malinterpreta un comentario inocente o una conducta neutra del niño como evidencia de abuso y lo induce a reforzar dicha interpretación. En ocasiones ocurre en casos de custodia.
 - 2. Interpretación equivocada sobre una condición física: el padre asume una lesión cualquiera como signo de abuso.



3. Delirio parental: el padre y el niño comparten una *folie a deux* o el niño puede simplemente estar de acuerdo con el delirio del padre.
 4. Adoctrinamiento parental: el padre crea la historia e induce al niño a presentarla a la autoridad.
 5. Sugestión por entrevistador: múltiples entrevistas utilizando preguntas sugestivas o dirigidas.
 6. Conducta parental malentendida: la conducta de uno de los padres aunque no abusiva en sí misma, puede verse como problemática en el contexto de una separación o divorcio (Ej. dormir en la misma cama con su hijo).
 7. Contagio de grupo: la persona modifica lo que escucha para que cumpla sus necesidades emocionales. El rumor se refuerza al ser contado una y otra vez.
- B. La revelación es producida por mecanismos mentales en el niño, que no son conscientes o tienen un propósito:
1. Fantasía: un niño muy pequeño puede confundir realidad con fantasía.
 2. Ideas delirantes: aunque es raro, pueden ocurrir dentro de un episodio psicótico.
 3. Mala interpretación: el niño puede no haber entendido bien lo ocurrido y lo cuenta de manera incorrecta.
 4. Error en la comunicación: el niño puede entender mal la pregunta de un adulto, el adulto puede entender lo que el niño dice fuera de un contexto.
 5. Confabulación: el niño o niña llena espacios de su memoria con cualquier información que cree tiene sentido para él, ella u otros.
- C. La revelación falsa es producida por mecanismos mentales en el niño que son usualmente considerados conscientes y con un propósito.



1. Mentira-fantasia: los niños que entienden la importancia de mentir pueden inventar una historia por sentirse frustrados o defraudados.
 2. Mentira inocente: pueden decir una mentira al ver que es la mejor manera de manejar una situación. Esto puede ocurrir en niños más pequeños.
 3. Mentira deliberada: los niños pueden elegir o evitar o distorsionar la verdad para obtener ventajas personales. Esto ocurre en niños mayores.
- D. Sustitución del agresor: el abuso puede haber ocurrido pero el niño identifica a una persona diferente como su agresor, lo cual puede hacer para proteger al agresor real o porque desplaza sus recuerdos y el afecto acompañante hacia otra persona.

V. ASPECTOS RELACIONADOS CON EL TESTIMONIO DEL NIÑO(A)

- A. Competencia: se refiere a la capacidad del niño para testificar de manera adecuada, confiable y significativa, en la corte. Lo siguientes aspectos deben evaluarse:
1. Capacidad para percibir los hechos de forma precisa.
 2. Capacidad para recordar y narrar.
 3. Capacidad para distinguir verdadero/falso, fantasía/realidad, comprender el deber de decir la verdad.
 4. Capacidad de comunicarse basado en el conocimiento personal de los hechos.
- B. Credibilidad se refiere a la veracidad y precisión del niño(a), cuya valoración es función del juez durante el juicio. Los siguientes factores pueden indicar que el niño es más creíble, pero esto no es definitivo. No ha sido demostrado científicamente que dichos factores puedan distinguir denuncias falsas de verdaderas:



1. Espontaneidad: cuando el niño voluntariamente relata los hechos, más que hacerlo luego de que los padres le dicen que lo haga.
 2. Descripciones detalladas y en su propio lenguaje, y desde su punto de vista, usando terminología apropiada para su edad.
 3. Relato realista, en donde la historia es plausible y físicamente posible.
 4. Descripciones detalladas sensoriales idiosincrásicas, tales como una conversación palabra por palabra, y recuerdos específicos que son periféricos al recuento principal. (También recuerdos de olores, texturas, sensaciones en piel, sabores).
 5. Recuento en general consistente, con algunas variaciones al narrarlo de nuevo.
 6. Relatar la historia poco a poco, más que contarla de comienzo a final de una sola vez. De esta manera el niño podría contar la historia por partes en varias entrevistas, hasta que la información esté completa. Sin embargo, esto podría favorecer la introducción de elementos en el relato, con confabulación o fantasía.
 7. Afecto apropiado, aunque puede haber varias razones por las cuales el niño esté ansioso, temeroso o aprehensivo, o con un afecto disociado.
 8. Un estilo inocente, en donde él mismo se corrige espontáneamente, o dice que hay cosas que no recuerda.
 9. Una comparación favorable entre la historia de los síntomas del niño y el contenido de la entrevista.
- C. Si el niño debe testificar:
1. Considere establecer los riesgos y beneficios psicológicos para el niño.



2. Considere medidas especiales (CCTV) para proteger la dignidad y psiquis del niño.

VI. RECOMENDACIONES SOBRE PROTECCIÓN Y TRATAMIENTO

- A. La notificación debe realizarse a la autoridad correspondiente si se requiere tomar medidas de protección o traslado a centro de salud.
- B. Si se considera que existen riesgos para el niño(a), deben ser explicados a la autoridad o servicios de protección. Algunas recomendaciones incluyen:
 1. Retirar al agresor de casa, la autoridad decide si va a detención.
 2. Retirar al niño de casa, dependiendo de los riesgos persistentes.
 3. Puede ser posible mantener la familia unida si se determina por los servicios de protección y autoridad que el agresor reconoce, acepta la responsabilidad y es capaz de controlar su conducta.
- C. Si es del caso, se realizan recomendaciones sobre tratamiento a largo plazo. Esto debe incluir un equipo multidisciplinario, intervención en crisis, terapia grupal, individual, familiar, medicación, unidad de salud mental, o tratamiento en comunidad. Considere valoración posterior, especialmente si hay comorbilidad psiquiátrica.
- D. Considere si otros niños están en riesgo, de ser así, notifique a los servicios de protección.