



UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS

CARTA DE AUTORIZACIÓN



CÓDIGO	AP-BIB-FO-06	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 2
--------	--------------	---------	---	----------	------	--------	--------

Neiva, 17 de marzo de 2023

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

Carlos Andrés sarmiento Naranjo, con C.C. No. 11199659

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado titulado **Valoración del testimonio de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales entre los jueces de infancia y adolescencia de neiva durante los años 2011 -2019.**

Presentado y aprobado en el año 2023 como requisito para optar al título de:

MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permite la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
GESTIÓN DE BIBLIOTECAS

CARTA DE AUTORIZACIÓN



CÓDIGO	AP-BIB-FO-06	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 2
--------	--------------	---------	---	----------	------	--------	--------

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Firma: Firma: _____

Carlos Andrés Sarmiento Naranjo

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS							
DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO								
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 4	

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: Valoración del testimonio de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales entre los jueces de infancia y adolescencia de Neiva durante los años 2011-2019

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
SARMIENTO NARANJO	CARLOS ANDRES

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
PABÓN MANTILLA	ANA PATRICIA

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD: CIENCIAS JURIDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

CIUDAD: NEIVA **AÑO DE PRESENTACIÓN:** 2023 **NÚMERO DE PÁGINAS:** 132

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas Fotografías Grabaciones en discos Ilustraciones en general Grabados
 Láminas Litografías Mapas Música impresa Planos Retratos Sin ilustraciones Tablas o Cuadros

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento:

MATERIAL ANEXO: C.D.

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS						
DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO							
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 4

PREMIO O DISTINCIÓN (*En caso de ser LAUREADAS o Meritoria*):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

Español	Inglés
1. Hermenéutica	Hermeneutics
2. Jurisprudencia	Jurisprudence
3. Víctimas	Victims
4. Sistema Acusatorio	Accusatory System
5. Testimonios	Testimonials
6. Procedimiento	Procedure
7. Responsabilidad Penal Criminal	Liability
8. Delitos Sexuales	Sex Crimes
9. Corte Constitucional	Constitutional Court

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

En este estudio se problematiza el modo en que los jueces de infancia y adolescencia de Neiva, entre los años 2011 y 2019, valoraron los testimonios de niñas, niños y adolescentes (NNA) víctimas de delitos sexuales. Es decir que NNA ocupan tanto la parte activa como pasiva del delito; situación importante a problematizar en el derecho porque, como se evidencia a lo largo de los capítulos que a continuación se presentan, no existe norma a nivel internacional ni nacional que contemple dicho presupuesto de hecho. Existen normas específicas como el artículo 206A del Código de Procedimiento Penal (CPP), o el caso *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDEH), que se especializan en casos de violencia sexual cuando NNA son víctimas, pero no tienen en cuenta cuando el presunto agresor es un adolescente. Son disposiciones que se diseñaron pensando en que el presunto agresor es un adulto. Por otro lado, existen normas como las *Reglas de Beijing*, o el artículo 40 de la Convención Internacional

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS							
DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO								
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	3 de 4	

sobre los Derechos del Niño (CIDN), que se preocupan por NNA que infringen la ley penal. Estas disposiciones no tienen en cuenta cuando las víctimas son también NNA.

El problema sobre cómo valorar el testimonio de NNA que son víctimas de delitos sexuales por parte de adolescentes, se funda en la colisión de principios que cobijan a la víctima como al agresor, ya que los derechos de ambos prevalecen y se consideran sujetos de especial protección.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

This study discusses the way in which Neiva's childhood and adolescence judges, between 2011 and 2019, valued the testimonies of girls, boys and adolescents (NNA) victims of sexual crimes. That is to say that NNA occupy both the active and passive part of the crime; This is an important situation to be problematized in the law because, as evidenced throughout the chapters that follow, there is no international or national standard that contemplates said presupposition in fact. There are specific rules such as article 206A of the Code of Criminal Procedure (CPP), or the case V.R.P., V.P.C. and others v. Nicaragua of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), which specialize in cases of sexual violence when children and adolescents are victims, but do not take into account when the alleged aggressor is an adolescent. They are provisions that were designed thinking that the alleged aggressor is an adult. On the other hand, there are standards such as the Beijing Rules, or article 40 of the International Convention on the Rights of the Child (CIDN), which are concerned with children and adolescents who violate criminal law. These provisions do not take into account when the victims are also children and adolescents.

The problem on how to assess the testimony of children and adolescents who are victims of sexual crimes by adolescents, is based on the collision of principles that cover both the

Vigilada Mineducación

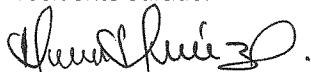
La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS							
DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO								
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	4 de 4	

victim and the aggressor, since the rights of both prevail and are considered subjects of special protection.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado:

Firma: 

Nombre Jurado: Mariela Méndez Cuellar

Firma:

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



**Valoración del testimonio de niñas, niños y adolescentes víctimas
de delitos sexuales entre los jueces de infancia y adolescencia de
Neiva durante los años 2011-2019**

Carlos Andrés Sarmiento Naranjo
Febrero 2023

Universidad Surcolombiana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Maestría en Derecho Público

**Valoración del testimonio de niñas, niños y adolescentes
víctimas de delitos sexuales entre los jueces de infancia
y adolescencia de Neiva durante los años 2011-2019**

Carlos Andrés Sarmiento Naranjo

Tesis presentada como requisito para optar por el título de
Magíster en Derecho Público

Directora:
Ana Patricia Pabón Mantilla
Doctora en Derecho

Universidad Surcolombiana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Maestría en Derecho Público

Tabla de Contenido

Introducción	1
Capítulo I. Criterios hermenéuticos para valorar judicialmente el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales	11
1.1. NNA ante el sistema penal	12
1.1.1. Sistema penal acusatorio	13
1.1.2. El testimonio de NNA en el procedimiento penal	16
1.1.3. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.....	17
1.2. Prevalencia de los derechos	21
1.2.1. La niñez en el Derecho Internacional	22
1.2.1.1. Principios universales.....	22
1.2.1.2. Reglas de Beijing	29
1.2.1.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	33
1.2.1.3.1. Niños de la calle	34
1.2.1.3.2. El testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales.....	36
1.2.2. La niñez en el Derecho Nacional	46
1.2.2.1. Interés superior, prevalencia de derechos y protección especial.....	47
1.2.2.2. Declaración de NNA víctimas de delitos sexuales.....	50
1.3. Criterios hermenéuticos para valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales	51
Capítulo II. Análisis jurisprudencial sobre la valoración testimonial de NNA víctimas de delitos sexuales	62
2.1. Línea jurisprudencial sobre la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales	63
2.1.1. Escenario constitucional.....	63
2.1.2. Problema jurídico	64
2.1.3. Telaraña y nicho citacional.....	64
2.1.4. Balance constitucional: pregunta y respuestas polares.....	66
2.1.5. Narración explicativa	67
2.1.5.1. T-554/2003	67
2.1.5.2. T-458/2007	71
2.1.5.3. T-078/2010	73
2.1.5.4. T-117/2013	74
2.1.5.5. C-177/2014	76
2.1.5.6. T-116/2017	79
2.1.6. Conclusiones de la línea jurisprudencial	80
2.2. Criterios hermenéuticos para valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales	83
Capítulo III. Fallos de los jueces de infancia y adolescencia por delitos sexuales en Neiva durante los años 2011-2019	88
3.1. Práctica testimonial en juicio oral	94

3.1.1. Caso REP	94
3.1.2. Caso MADF	99
3.1.3. Caso BAEG.....	102
3.1.4. Caso JAGF	104
3.1.5. Caso LGMG	107
3.1.6. Caso AChG.....	110
3.2. Los fallos de Neiva entre los años 2011 y 2019	116
Conclusiones	122
Bibliografía	129

Lista de tablas

Tabla 1. Ingeniería en reversa y nicho citacional	65
Tabla 2. Balance constitucional	66
Tabla 3. Sentencias de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva	92

Lista de ilustraciones

Ilustración I. Telaraña	65
-------------------------------	----

Introducción

En este estudio se problematiza el modo en que los jueces de infancia y adolescencia de Neiva, entre los años 2011 y 2019, valoraron los testimonios de niñas, niños y adolescentes (NNA) víctimas de delitos sexuales. Es decir que NNA ocupan tanto la parte activa como pasiva del delito; situación importante a problematizar en el derecho porque, como se evidencia a lo largo de los capítulos que a continuación se presentan, no existe norma a nivel internacional ni nacional que contemple dicho presupuesto de hecho. Existen normas específicas como el artículo 206A del Código de Procedimiento Penal (CPP), o el caso *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), que se especializan en casos de violencia sexual cuando NNA son víctimas, pero no tienen en cuenta cuando el presunto agresor es un adolescente. Son disposiciones que se diseñaron pensando en que el presunto agresor es un adulto. Por otro lado, existen normas como las *Reglas de Beijing*, o el artículo 40 de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (CIDN), que se preocupan por NNA que infringen la ley penal. Estas disposiciones no tienen en cuenta cuando las víctimas son también NNA.

El problema sobre cómo valorar el testimonio de NNA que son víctimas de delitos sexuales por parte de adolescentes, se funda en la colisión de principios que cobijan tanto a la víctima como al presunto agresor, ya que los derechos de ambos prevalecen y se consideran sujetos de especial protección que deben ser protegidos integralmente. Estos principios se ven enfrentados en el proceso penal, particularmente dentro del juicio oral donde se practican las pruebas –como el testimonio– y se controvieren.

Por un lado están los derechos del procesado a la defensa y la contradicción, consagrados expresamente en el artículo 151 del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA). Por otro lado, el mismo Código dedicado a NNA, en su artículo 194 dispone el derecho de las víctimas menores de 18 años a no ser expuestos

ante sus agresores. Como se observa, ambas normas se excluyen entre sí; resulta imposible aplicar ambas, o al menos eso pareciera ser. En este punto surge una primera situación jurídica a problematizar: ¿puede realizarse un contrainterrogatorio en juicio oral como lo señala la norma del procedimiento penal, cuando la víctima tiene el derecho a no ser expuesta a una audiencia pública donde está presente su presunto agresor? En la misma línea argumentativa puede preguntarse en abstracto: ¿es posible aplicar dos normas contradictorias? Quizá parezca ilógico, como defender sí y no al tiempo; pero como se demuestra en este estudio, se considera que no solo pueden aplicarse dos normas contrarias, sino que es necesario para no vulnerar derechos. Esto conlleva a pensar que el derecho muchas veces no es tan lógico como seguido se pretende. En la colisión de principios, uno nunca pasa por encima del otro, ni mucho menos alguno queda eliminado; así no funciona el derecho, al menos no desde el escenario que se estudia en este trabajo.

Se considera importante investigar la forma en que debe valorarse el testimonio de NNA que son víctimas de agresión sexual por parte de adolescentes, no solo porque de este modo se comprende jurídicamente un escenario que resplandece por su vacío normativo, sino porque permite una concepción dinámica del derecho, como de su interpretación. Se problematizan conceptos jurídicos como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la igualdad y la seguridad jurídica; más que exponer una sola definición, se presentan diferentes formas de darle uso, dejando atrás una conceptualización tradicional que no es posible aplicar en derecho, cuando NNA participan del proceso. Es así como la igualdad y el debido proceso no pueden ser un mismo trámite para todas las personas, ni la seguridad jurídica tratar todos los casos desde la generalidad, sino que cada proceso debe desarrollarse según las particularidades de los participantes, realizando enfoques diferenciales. Lo contrario sería discriminatorio y revictimizante.

También resulta interesante problematizar el escenario escogido porque de este modo se comprende que el derecho no es un camino en sentido único que se

desarrolla taxativamente de forma lineal y rígida. No solo se presentan criterios donde se subsumen claramente presupuestos de hecho. Aunque no exista una norma específica donde se dispongan a NNA como parte activa y pasiva de un delito sexual, hay derechos en juego que requieren estrategias jurídicas para su protección; que no existan normas reducidas para aplicar, no es sinónimo de la nada jurídica. Todo lo contrario; el vacío normativo permite la creación de medidas particulares en derecho que se apoyan en distintos instrumentos vinculantes como la Constitución Política, los tratados internacionales en derechos humanos ratificados por Colombia, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Haciendo un uso interpretativo de estas normas superiores se pueden encontrar caminos para aplicar al escenario que acá se estudia, considerando el modo de garantizar los derechos de NNA. No otra cosa hace el presente trabajo, considerando que “la aplicación del derecho ya no puede reducirse a un proceso mecánico, agotado en la tesis de la subsunción” (Castaño, 2009, p. 82).

Trayendo a colación los principios del derecho procesal penal, la pregunta a resolver en este estudio puede reformularse de este modo: ¿cómo rendir un testimonio en juicio oral, frente a la inmediación del juez y con la posibilidad de contrainterrogar, cuando presentar a NNA víctimas ante semejante escenario resulta revictimizante? Y en mismo sentido, ¿cómo valorar sus palabras? ¿Es obligatorio que la víctima se presente a declarar en juicio oral para que su testimonio sea valorado? O por el contrario, ¿el adolescente acusado no tiene el derecho a controvertir el testimonio con que se le acusa? Sobre estos problemas versa la presente investigación, que se enfoca al análisis de varias sentencias de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva entre los años 2011 y 2019.

Este estudio también cuestiona si los derechos de algún NNA prevalecen sobre los de otro NNA. Casi siempre –teniendo en cuenta que no existen derechos absolutos–, cuando se enfrentan los derechos de NNA con los de un adulto, prevalecen los del primero. Pero, ¿qué ocurre cuando quienes se oponen son ambos NNA? Teniendo en cuenta que sin discriminación NNA gozan de un interés

superior y protección integral, sin importar si son víctimas o agresores, surge la pregunta acerca de si alguno prevalece sobre el otro.

*

Teniendo en cuenta que el objetivo principal de este estudio es hermenéutico, y analiza el modo en que los jueces de infancia y adolescencia de Neiva entre los años 2011 y 2019 interpretaron las normas que deben aplicarse en casos en que se practicaron testimonios a NNA víctimas de delitos sexuales, se considera necesario plantear en esta introducción ciertos parámetros acerca de lo que se entiende por interpretar en derecho.

Siguiendo el concepto de Manuel Segura Ortega (2011), se define la interpretación del derecho como un ejercicio que le brinda “sentido y significado” (p. 13) a las normas de un determinado sistema jurídico, y que permiten su aplicación. En otras palabras, aplicar un derecho requiere de la interpretación de una norma dentro del sistema jurídico en que se desenvuelve, por lo que podría suponerse que interpretar y aplicar, en derecho, son sinónimos (Segura, 2011). Entonces puede leerse el objetivo de este estudio como el análisis del modo en que los jueces de infancia y adolescencia de Neiva entre años 2011 y 2019 aplicaron normas con respecto a la valoración probatoria del testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales.

Por lo demás, es importante resaltar que para lograr la interpretación del derecho, diversos métodos se han propuesto y desarrollado, siendo los criterios clásicos los más utilizados; que como lo explica Eduardo García Maynez (2010), son el gramatical (que interpreta la norma en sentido literal), el lógico (da sentido a la norma siguiendo ciertos silogismos, como la subsunción), el sistemático (que nunca interpreta la norma aisladamente, sino en relación con la totalidad del marco jurídico vigente), el histórico (comprende la norma según sus antecedentes, como el contexto jurídico en que se promulgó), el teleológico (que busca su interpretación en el fin con que la norma fue creada, es decir en su espíritu) y el empírico (que se

basa, no ya en la voluntad de la ley, sino en la práctica judicial). Además debe tenerse como primordial la hermenéutica constitucional, pues de acuerdo con Luis Ociel Castaño Zuluaga (2009), se razona que la “teoría de la Constitución y teoría de la interpretación constitucional son temas ineludibles al momento de abordar cualquier trabajo que se adelante sobre el control judicial de constitucionalidad moderno o sobre los órganos encargados de ejercer el control normativo” (p. 3) en un Estado como el colombiano.

Recogiendo lo expuesto, se obtiene que la interpretación jurídica es el modo en que se le da sentido a una norma; por lo que puede colegirse que su significado no es cerrado ni unívoco, problema mayor cuando se trata de principios constitucionales, que contrario a las normas reglamentarias, se consideran mandatos de optimización que no permiten subsunción (Alexy, 1993). Por lo mismo, valga aclarar la diferencia entre valores, principios y reglas, conceptos básicos en la interpretación constitucional, y por lo mismo, de todo el derecho colombiano.

Según Gustavo Zagrebelsky (2014), “el valor, en el sentido que aquí interesa, es un *bien final*, un *fin en sí mismo*, que se encuentra ante nosotros como una meta que pide ser alcanzada mediante actividades *orientadas teleológicamente*” (p. 175). Se entiende que mediante los valores se gestionan los problemas jurídicos según un fin de obligatorio cumplimiento, sin importar los medios a disponer. En tales circunstancias, no hay derechos para los individuos, ni dignidad humana, pues las personas solo se conciben como medios útiles para lograr los objetivos de un plan preestablecido. Prevalece el interés general y los derechos fundamentales deben retirarse ante la misiva de cálculos que disponen un bien final, cuando reinan los valores. Por otro lado, razonando mediante principios, ocurre una situación muy distinta:

Al contrario que los valores, los principios son *bienes iniciales*, que se asumen como algo valioso, pero que –a diferencia de los valores- requieren ser materializados a través de actividades *determinadas de forma consecuente*. Están detrás de nosotros y nos

apremian a nosotros y nuestras acciones. Se refieren a los medios para nuestras actuaciones, no a los fines (Zagrebelsky, 2014, p. 176).

Se lee que los principios no permiten cualquier medio para lograr un fin, sino que sirven como protección personal contra los fines colectivos. Los principios son derechos que en su consecución no vulneran la dignidad humana porque no van hacia ningún fin; posiciones jurídicas que deben argumentarse, medios no determinados ni ilimitados que gozan de motivación en derecho. En otras palabras, no hay prevalencia de ningún principio en abstracto, y cuando existe colisión entre dos o más en un caso determinado –como al enfrentarse NNA en un proceso penal por delitos sexuales–, ninguno prevalece sobre otro de forma absoluta. No hay derecho ni principio que elimine derechos y principios; cada derecho debe justificarse, lo que permite concebir un mundo jurídico diverso y en condiciones de igualdad.

Cuando en un sistema jurídico priman los valores, prevalece el interés general como fin último que debe cumplirse por cualquier medio, sacrificando los intereses de los individuos, sus aspiraciones, su desarrollo como proyecto de vida y sus libertades; cuando los derechos fundamentales se ven disueltos en un cálculo utilitario del bienestar colectivo, no se razona mediante principios. Más claro lo anotó Zagrebelsky (2014):

Los valores, como están frente a nosotros, nos llaman; los principios, como los tenemos en nuestro interior, nos impulsan. Los valores nos dicen: ven hacia nosotros; los principios nos dicen: camina con nosotros. Los primeros nos indican la meta, pero no el camino; los segundos el camino, pero no la meta. Quien se inspira en los valores sabe adónde ir, pero no se le dice cómo llegar. Quien se atiende a los principios sabe cómo avanzar, pero no adonde llegará. El hombre «de valores» es el hombre que atiende al último paso; el hombre «de principios», a los pasos intermedios” (p. 178).

Se entiende entonces que interpretar en derecho no solo es dar sentido a las normas, sino que deben aplicarse criterios como la hermenéutica constitucional,

teniendo en cuenta las diferentes normas constitucionales. Interpretar es aplicar. Esto es importante tenerlo en cuenta, pues como se demuestra reiteradamente, cuando NNA se enfrentan en un proceso penal, no existen normas restringidas de fácil subsunción, sino que se presenta una colisión de principios concebidos como superiores en el sistema jurídico.

*

Para lograr el objetivo general de este estudio se plantean cuatro objetivos específicos. Como primero, se considera necesario establecer los criterios hermenéuticos que sirven como parámetro a los funcionarios judiciales acerca de cómo valorar los testimonios de NNA. Este objetivo se desarrolla en el primer capítulo, donde se pasa revista por diferentes disposiciones nacionales e internacionales, identificando y exponiendo los derechos que protegen a NNA sin discriminación, como el interés superior o la no discriminación que consagra la CIDN y el alcance que le ha dado el Comité de los Derechos del Niño (CDN). En mismo sentido se trae a colación el artículo 44 de la Constitución Política, y los artículos 7, 8 y 9 del CIA.

Como segundo objetivo específico, se plantea el diseño de un marco constitucional sobre los criterios que dan valor al testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales. Esto se realiza en el segundo capítulo, enfocado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante una línea jurisprudencial, siguiendo los parámetros establecidos por Diego López Medina (2015) en *El derecho de los jueces*. Vale resaltar que durante el rastreo de sentencias para la configuración del escenario constitucional, se intentó establecer que NNA conformaran tanto la parte activa como pasiva del delito; no obstante el resultado evidenció nuevamente un vacío normativo al respecto. Es reiterativo. Para solventar este inconveniente, las providencias constitucionales estudiadas se enfocan al testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales por parte de adultos; de este modo, no solo se exponen las palabras de la Corte Constitucional, sino que se interpretan mediante los criterios hermenéuticos definidos en el primer capítulo como la no revictimización.

Haciendo esta línea jurisprudencial se examinaron principios como el debido proceso, que no debe entenderse semejante a un ritual que se aplica sin distinción para todos los casos, sino el modo en que es posible variar el trámite sin modificar su esencia y garantizando los derechos de los participantes, lo que se vincula con el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones. Es así que por el debido proceso se considera necesario aplicar normas particulares que respondan a las exigencias de cada NNA participante, atendiendo especialmente a su grado de vulneración. Con la sentencia fundadora de línea, la T-554/2003, se estableció como discriminatorio y revictimizante que los funcionarios judiciales asuman una actitud pasiva en materia probatoria, por no aplicar medidas particulares.

Mediante los primeros dos objetivos se establecen los criterios que sirven como referente en el análisis de las sentencias de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva. Entonces como tercer objetivo específico se describen dichas providencias; como cuarto y último objetivo, se compara el modo en que las sentencias estudiadas aplicaron las normas jurídicas, interpretando el derecho, en relación a la valoración del testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales. El tercer y cuarto objetivo componen un solo capítulo, el tercero y último.

Al analizar las sentencias de los jueces de infancia y adolescencia de la ciudad de Neiva se identificaron distintas formas de revictimización, como el hecho que en varias oportunidades se recogieran las palabras de NNA víctimas por personas diferentes e incluso varios años después. No se aplicaron normas particulares que tuvieran en cuenta el grado de vulneración de los participantes, por lo que no es posible considerar que se aplicara el derecho fundamental al debido proceso. Como un ritual, contrario al principio y derecho fundamental a la igualdad, se aplicaron normas iguales para todos los casos, por lo que en repetidas ocasiones NNA víctimas de delitos sexuales debieron rendir su testimonio frente a su presunto agresor en juicio oral, audiencia pública donde se permitió controvertir e interpretar

las palabras en un ambiente no idóneo. Esto se entiende bastante agresivo para cualquier NNA, reforzado cuando se trata de víctimas de delitos sexuales. En mismo sentido, las autoridades judiciales no asumieron una actitud positiva en la práctica probatoria, lo que se entiende como un acto discriminatorio de conformidad con la sentencia T-554/2003.

Sobre el método utilizado, debe aclararse que el enfoque de esta investigación es cualitativo, en cuanto busca describir, dar sentido, comparar y analizar sentencias, determinando los criterios hermenéuticos que deben tenerse en cuenta cuando se valora el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales. Se trata de un estudio de tipo analítico y descriptivo, en cuanto expone las formas en que se interpreta el derecho por parte de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva, como por la Corte Constitucional, siguiendo los parámetros del sistema jurídico nacional e internacional en general, para luego relacionarlos y analizar las semejanzas, como las diferencias.

Igualmente, se puede dividir la perspectiva epistemológica de este estudio en dos, según se enfoque a los criterios hermenéuticos utilizados por los funcionarios judiciales, en la descripción y exposición de sus conceptos; o centrándose al problema del análisis, las relaciones y comparaciones de los criterios evidenciados en las diferentes sentencias. Así, para la parte descriptiva, se utiliza una perspectiva hermenéutica, en cuanto tiene como objetivo comprender el modo en que se procede en un caso de NNA involucrados en delitos sexuales, mostrando un interés práctico en reconocer las discordancias jurídicas, y buscando la construcción de modelos interpretativos y comprensivos.

Por otro lado, para el análisis comparativo, el interés no radica tanto en comprender los criterios utilizados, pues su preocupación es más técnico-instrumental, siendo su propósito el posible control de normas sobre NNA, como de los juicios de los jueces de infancia y adolescencia, su interpretación de conformidad al derecho y la Constitución Política.

La recolección de datos y su sistematización fue netamente documental. Así, para establecer los criterios hermenéuticos, se revisaron las normas vigentes sobre NNA, tanto a nivel internacional como nacional. Se usaron leyes, tratados internacionales, textos de investigación y doctrina jurisprudencial. Las providencias constitucionales se agruparon en una línea jurisprudencial para determinar el alcance que la Corte Constitucional la ha impreso al testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales.

Sintetizando lo expuesto, puede determinarse que este estudio tiene un enfoque cualitativo y no cuantitativo, principalmente interpretativo. Es hermenéutico y documental, pues describe documentos al tiempo que los relaciona en un sentido jurídico, y a través de un escenario específico. Se enfoca a documentos como son las sentencias, tanto en el tercer capítulo con las providencias de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva entre los años 2011 y 2019, como en el segundo capítulo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional. La línea jurisprudencial es también un instrumento jurídico de análisis cualitativo. Los documentos analizados no se limitaron a sentencias, sino que incluye textos académicos, normas como la Constitución Política, el CPP, la CIDN y los conceptos de la CDN. Estas normas fueron descritas y para su interpretación se relacionaron con el escenario estudiado.

Capítulo I

Criterios hermenéuticos para valorar judicialmente el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales

Los adolescentes que cometan delitos tienen el derecho al debido proceso (...) a la confrontación con los testigos e interrogar a estos.

Código de Infancia y Adolescencia – *Artículo 151*

En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor.

Código de Infancia y Adolescencia – *Artículo 194*

Para que los testimonios en el derecho penal sean valorados como prueba dentro de una decisión judicial, deben practicarse en juicio oral de manera pública y ante la inmediación de un juez, ejerciendo el derecho a la defensa en el uso del contradictorio. Cuando se trata de NNA víctimas de delitos sexuales, se entiende que se vulneran sus derechos fundamentales al momento de exponerlos en un espacio abierto e inquisitivo para interrogarles frente a su presunto agresor, como ocurre en la práctica probatoria.

Los derechos de NNA son prevalentes para el derecho colombiano; por otro lado, no se pueden desconocer las garantías del proceso penal; en medio de este conflicto surge el principal problema de esta investigación, y de este capítulo: ¿cómo valorar judicialmente el testimonio de NNA víctimas de un delito sexual? Este capítulo tiene como finalidad presentar los criterios hermenéuticos que deben tenerse en cuenta al momento de valorar la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales, cuando el presunto agresor es un adolescente. Se aclara que este análisis se enfoca a la declaración de quien sufre el delito, no del presunto victimario.

Para lograr el objetivo de este capítulo, primero se expone el marco jurídico que el derecho penal acusatorio colombiano determina para la práctica de pruebas, específicamente del testimonio. Así se plantean claramente los derechos en conflicto. Se diferencia entre el derecho penal para adultos y el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), teniendo en cuenta que esta investigación se enfoca a NNA que son víctima de adolescentes. Se pasa revista por los derechos de NNA de manera general, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, haciendo referencia al modo en que se desarrollan dentro del proceso penal, y vinculando el testimonio de NNA que han sido víctimas de delitos sexuales. Finalmente, se recoge lo expuesto para determinar los criterios hermenéuticos que tienen a su disposición los jueces de infancia y adolescencia al momento de valorar el testimonio de NNA, específicamente cuando se trata de delitos sexuales.

Por lo anterior, este capítulo se divide en tres apartados; primero, se exponen los parámetros del derecho penal acusatorio, con respecto a la práctica testimonial de NNA en el SRPA; segundo, se pasa revista por los derechos de NNA, no solo de manera general como al hacer énfasis en el interés superior, sino en relación al testimonio, cuando son víctimas de un delito sexual; tercero y último, se relaciona lo expuesto en los dos primeros apartados para determinar los criterios hermenéuticos que deben tenerse en cuenta al momento de valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, cuando el agresor es un adolescente.

1.1. NNA ante el sistema penal

A continuación se expone la estructura del debido proceso dentro del derecho penal colombiano, Ley 906/2004 –Código del Procedimiento Penal (CPP)–; específicamente sobre el modo en que deben practicarse las pruebas, con un enfoque al testimonio de NNA. Se hace un análisis con respecto al SRPA, estableciendo los principios que rigen la práctica probatoria en los procesos penales donde adolescentes son los que cometen el delito. Más que establecer los criterios

hermenéuticos que guían la valoración testimonial para NNA, se plantean preguntas sobre las diferencias y similitudes entre el derecho penal para adultos, y el SRPA. Este apartado se desarrolla mediante tres puntos; primero, se exponen las características del sistema penal acusatorio que establece el CPP; segundo, se analiza el modo en que legalmente se ordena la práctica testimonial en el derecho penal colombiano, señalando específicamente el modo en que se realiza con NNA; tercero y último, se hace el mismo recorrido hecho en los dos primeros puntos, pero con la Ley 1098/2006, Código de Infancia y Adolescencia (CIA) que ordena el SRPA en Colombia.

1.1.1. Sistema penal acusatorio

En el año 2004 se expidió la Ley 906 en Colombia, Código de Procedimiento Penal que estableció el sistema penal acusatorio. Con esta norma, el juicio oral se convirtió en el “centro de gravedad” (CConst, C-873/2003, M. Cepeda) del procedimiento penal, una audiencia pública donde se realiza la práctica de pruebas ante la inmediación del juez, y donde se garantiza el derecho a la defensa. Diferente a la normativa anterior donde se establecía, mediante el principio de permanencia de la prueba, que los actos de investigación, privados y sin la posibilidad de controvertir, eran suficientes para sustentar una decisión judicial de responsabilidad penal (CConst, C-873/2003, M. Cepeda). Dentro de la Ley 906/2004 se garantiza la contradicción, la inmediación, la concentración y la publicidad de la práctica probatoria¹, desplazándole de la investigación. Como bien lo recordó la Corte

¹ Estos principios se encuentran en los artículos que a continuación se mencionan, del CPP:

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

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

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

Constitucional en la sentencia C-873/2003, durante la *Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo 03 de 2002* se argumentó que:

(...) mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación.

Para comprender el sistema penal acusatorio, como la forma en que se valora el testimonio de NNA involucrados en delitos sexuales, es necesario comprender los principios del CPP, los cuales ingresaron al sistema jurídico colombiano mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, que transformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política. Aunque son bastantes los cambios que trajo este Acto Legislativo, de forma general hacen referencia a las funciones de la Fiscalía General de la Nación. Para el objetivo de este estudio resulta interesante resaltar el numeral 4 del artículo 250 constitucional modificado porque evidencia la constitucionalidad de los principios de concentración, inmediación y contradicción de la prueba, junto a la publicidad y oralidad del juicio penal. No solo son disposiciones legales; la Carta Superior así lo ordena. Se entiende que si no se practica en el juicio oral el testimonio, no tiene valor probatorio, ni puede servir como fundamento en la decisión judicial. En resumen, la sentencia C-873/2003 expone la novedad que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo al artículo 250 superior, de este modo:

Art. 17. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

Art. 18. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervenientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervenientes; se afecte la seguridad nacional; **se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir**; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado (CConst, C-873/2003, M. Cepeda).

En otras palabras, cualquier elemento material probatorio o evidencia física que se recaude legalmente durante la investigación penal, sea por parte de la fiscalía o la defensa, solo adquiere valor como prueba dentro de la decisión judicial cuando se practica en un juicio oral y público, evaluando integralmente cada prueba junto a las demás. Los principios del sistema penal acusatorio deben tenerse en cuenta al momento de practicar los testimonios de NNA; según lo expuesto, lo normal sería que se realizara en juicio oral donde puede contradecirse lo declarado, garantizando el derecho a la defensa, como el derecho fundamental al debido proceso.

Los principios legales y constitucionales expuestos que protegen al procesado en la actuación penal encuentran restricciones en la práctica testimonial, pues colocar a NNA víctimas frente a su presunto agresor puede ser revictimizante, y contrario al artículo 194 del CIA. En este estudio se considera que la forma en que se practican los testimonios afecta la valoración probatoria, por lo que no solo debe problematizarse el modo en que se valoran finalmente los testimonios de NNA víctimas de delitos sexuales, sino la forma en que se lleva a cabo. No es lo mismo una declaración que se realiza con miedo o intimidación, a una hecha libre y

espontáneamente, sin presión; la valoración de las palabras finales, debe tener esto en cuenta.

1.1.2. El testimonio de NNA en el procedimiento penal

Para saber cómo valorar el testimonio de NNA víctimas de un delito sexual, primero es necesario entender el modo en que se practica cualquier testimonio dentro del procedimiento penal. Lo primero a tener en cuenta es que los interrogatorios, entrevistas, peritajes, o cualquier información obtenida durante los actos de investigación, si bien permiten formular una teoría del caso, no tienen valor judicial salvo que se practiquen en la audiencia pública de juicio oral, respetando las garantías procesales que protege la Constitución Política.

El artículo 383 del CPP consagra la obligación de toda persona de rendir testimonio bajo juramento, salvo las excepciones constitucionales y legales. En el segundo párrafo del mismo artículo, se expone que a los menores de 12 años no se les tomará juramento para rendir testimonio, y deben estar asistidos “en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad”. Como último, se dispone que el “juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia (...) pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público” (Ley 906, 2004, art. 383).

Se advierte que excepcionalmente, por mandamiento expresamente legal, puede practicarse el testimonio de un menor de 12 años por fuera de audiencia pública; no obstante, se aclara que debe garantizarse la presencia de las partes y del interrogatorio, para que no se limite el derecho fundamental a la defensa. También se entiende que se excluyen las niñas y los niños mayores de 12 años, así como los adolescentes, quienes siguen siendo menores de edad, y gozan de derechos prevalentes, como de un interés superior. El artículo 383 señalado tampoco tiene en cuenta cuando el testimonio lo debe rendir una víctima, menos de

un delito sexual, diferencias que deben tenerse en cuenta; en los presupuestos de hecho contemplados no se colocan NNA frente a su agresor, como tampoco se está recordando ninguna violencia que genere revictimización.

Para comprender el modo en que debe practicarse el testimonio de NNA durante un procedimiento penal donde el presunto agresor es un adulto, no es suficiente con dirigirse al CPP, pues el CIA en su artículo 150 consagra que dicha diligencia solo puede realizarla “el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez”; además, se estipula que solo se “formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior”.

Según lo expuesto, sí es posible judicialmente la práctica testimonial de NNA en procesos penales, pues así lo ordena tanto el CIA como el CPP. No obstante, es importante tener en cuenta algunas particularidades, como la presencia necesaria del Defensor de Familia, quien protege los derechos implicados. Lo mismo debe realizarse cuando la Policía Judicial o la Fiscalía General de la Nación adelantan entrevistas durante los actos de indagación o investigación (Ley 1098, 2006, art. 150). Finalmente, debe rescatarse que las disposiciones analizadas hacen referencia a NNA en general, no específicamente cuando son víctimas, y menos por delitos sexuales.

1.1.3. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

Para terminar con este primer apartado sobre el derecho penal acusatorio, a continuación se muestra el modo en que se ordena la práctica de pruebas y el testimonio de NNA, según el SRPA. Teniendo en cuenta la organización del CIA, se expone primero el Título I sobre las garantías procesales con que goza en el SRPA el adolescente que presuntamente ha cometido un delito; segundo el Título II, cuando NNA son víctimas. Finalmente, se hace un paralelo entre el derecho penal acusatorio para adultos, y el SRPA.

Sobre el Libro II del CIA. El artículo 139 establece que el SRPA es para menores de edad entre los 14 y 18 años, como bien el nombre lo manifiesta, es para adolescentes, no para niñas o niños. El artículo 140 ordena que el proceso para los presuntos adolescentes agresores debe ser “de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral”. Es decir que el proceso penal para adolescentes no puede ser igual que con los adultos, lo que se entiende de conformidad con el principio y derecho fundamental a la igualdad; se problematiza si también se modifican los principios que son garantía del procesado frente a la práctica probatoria, como son la publicidad del juicio oral o la inmediación judicial, momento en que se ejerce como derecho la contradicción.

El mismo artículo 140 del CIA consagra que, cuando existan conflictos hermenéuticos entre las normas que se deben aplicar durante un proceso, “deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de protección integral”. Suponiendo que tanto el agresor como la víctima sean NNA, ¿cuál interés superior privilegiar, el del presunto agresor, o quien se supone sufrió el delito? Que el victimario sea un adolescente no desdibuja la vulneración de derechos, el miedo y la revictimización que puede sentir quien padeció el delito.

El artículo 141 del CIA consagra que en el SRPA se deben aplicar “los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley”. Es por esta razón que no basta con el CPP y el CIA para determinar los criterios hermenéuticos que deben aplicarse judicialmente al momento de valorar testimonios de NNA víctimas de delitos sexuales. Según lo anterior, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, más conocidas como las *Reglas de Beijing*, son parte del SRPA. Lo más interesante del artículo 141 del CIA, con respecto al objetivo de esta tesis, es que el artículo 192 del mismo cuerpo normativo establece para NNA que son víctimas unos derechos especiales como el interés superior o la protección integral, derechos que también

están en el CIA, la Constitución, y los Convenios Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Es decir que, semejante al artículo 141 CIA que va dirigido para adolescentes que cometan delitos, el 192 CIA se enfoca a NNA víctimas. En ambas disposiciones se remite a normas superiores, las cuales se desarrollan a profundidad en el siguiente apartado de este capítulo.

Siguiendo con el CIA, el artículo 144 establece que el procedimiento aplicable en el SRPA “se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (...) exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente”. Se hace necesario comprender el procedimiento penal para adultos porque de igual modo se rige el SRPA. Es la justificación de lo anteriormente expuesto en este capítulo, sobre el sistema penal acusatorio y el juicio oral. Se entiende que la complejidad para valorar el testimonio de NNA víctimas de violencia sexual, cuando un adolescente es el agresor, radica en la excepcionalidad de cada caso; muchas diligencias que resultan normales para un adulto, como puede ser enfrentarse a su agresor, no lo son para NNA.

El artículo 146 CIA consagra que durante el proceso penal, no solo en las audiencias judiciales, sino en cualquier trámite anterior o posterior, “el adolescente deberá estar acompañado por el Defensor de Familia, quien verificará la garantía de los derechos del adolescente”. Debe tenerse en cuenta que el adolescente procesado tiene como mínimo los mismos derechos que un adulto, y en ese sentido, el artículo 151 CIA los determina así:

(...) tienen derecho al debido proceso penal, a las garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a guardar silencio, el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos, el derecho de apelación ante autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

En todos los casos los derechos de los que goza bajo el presente sistema un adolescente autor o partícipe de una conducta punible son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004.

Se evidencia que el adolescente procesado debe gozar del derecho a la defensa y de contradicción, a confrontar los testigos en el juicio oral ejerciendo el contrainterrogatorio. La pregunta que surge es, ¿sin importar que el testigo sea un NNA agredido sexualmente, debe ponérsele frente a su victimario adolescente? Eso sería revictimizante, como se ha expuesto reiteradamente, de conformidad con el artículo 194 del CIA. Así el agresor sea un adolescente, quien también goza de interés superior. Se interpreta este artículo en relación a la calidad del sujeto que recibe la ofensa, no de quien presuntamente la realiza. En cuanto a los derechos y garantías del procesado, el artículo 154 del CIA consagra el derecho a la defensa, y el 155 el de inmediación.

En resumen, el adolescente que infringe la ley penal tiene como mínimo las mismas garantías que los adultos, es decir el derecho a la presunción de inocencia, a la defensa y la contradicción. No obstante, cada caso es particular y debe tenerse en cuenta cuando la víctima también es NNA. Con lo anterior se interpreta que no basta con las prerrogativas del CPP ni del CIA para establecer los criterios hermenéuticos objeto de este capítulo. Es necesario tener en cuenta la Constitución Política y el derecho internacional de los derechos humanos.

Como se contemplan los casos en que NNA también son víctimas, no solo debe aplicarse el artículo 192 CIA que ya se enseñó y que remite a normas superiores; el artículo 193 del mismo cuerpo normativo dispone los criterios a tener en cuenta en los procesos penales, cuando NNA son víctimas. Son trece los criterios, aunque a continuación solo se resaltan los contenidos en los numerales 7, 8, 9, 10 y 12, porque en estos se ordena a la autoridad judicial ponderar la opinión de NNA en cada diligencia, informando en qué consiste la actividad, respetando su dignidad, intimidad y demás derechos superiores; además, se dispone que a NNA no se les estigmatice, “ni se les generen nuevos daños con el desarrollo del proceso

judicial”; finalmente se consagra que, cuando NNA deban rendir testimonio, deberán estar acompañados “de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley”.

Para terminar con el CIA está el artículo 194 sobre las audiencias penales, cuando NNA representan la parte pasiva del delito. Se dispone que NNA víctimas no pueden ser expuestos frente a su agresor, sin especificar si es o no un adolescente. Además indica que, para evitar el careo y cumplir con las diligencias procesales, se pueden utilizar medios tecnológicos. Con respecto a la práctica testimonial, se ordena que el NNA esté “acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad”.

Recogiendo lo expuesto, se entiende que es importante para comprender el SRPA, no solo el CIA y el CPP, sino la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. No obstante, se determinó la importancia del sistema penal acusatorio, en especial por la práctica testimonial en NNA que son víctimas, y el problema que suscita ponerles frente a su agresor. Por lo mismo, se configuró el problema principal de esta investigación con respecto a las garantías constitucionales del adolescente procesado, que como mínimo son las mismas con que goza un adulto, a saber, la posibilidad de defenderse, controvertir las pruebas, y en especial, contrainterrogar a los testigos. También la presunción de inocencia. Vale advertir que en reiteradas normas se ordena el acompañamiento de personal idóneo, pues no cualquiera puede realizar las diligencias cuando NNA son víctimas de delitos sexuales.

1.2. Prevalencia de los derechos

Este segundo apartado, sobre los derechos de NNA, desarrolla un marco normativo que no solo abarca al derecho nacional, sino que alcanza al derecho internacional. Principalmente se exponen los derechos que protegen a todos los

NNA, como el interés superior; se analiza el modo en que éstos se desarrollan en el ámbito penal, y aún más específicamente, en la práctica testimonial de NNA víctimas de delitos sexuales, cuando adolescentes son los agresores.

Teniendo en cuenta lo anterior, este apartado se realiza mediante dos puntos generales, uno dedicado al derecho internacional, y otro al doméstico; por lo demás, en cada uno de estos puntos se analiza, primero los derechos que asisten a todos los NNA; segundo se enfoca al ámbito penal; y finalmente, en la práctica testimonial de NNA víctimas de delitos sexuales.

1.2.1. La niñez en el Derecho Internacional

Este apartado está fragmentado en dos. Primero, se analizan algunos instrumentos del sistema universal de derechos humanos, especialmente la CIDN, para determinar los derechos que le asisten a todos los NNA. También se estudia el modo en que estas normas disponen la práctica testimonial de NNA que han sufrido de violencia sexual. Como segundo, se hace un recorrido semejante al anterior, revisando no solo los derechos que le asisten a todos los NNA, sino a los que han sido maltratados sexualmente y deben rendir testimonio en un proceso penal, pero desde la visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

1.2.1.1. Principios universales

Desde el derecho internacional público se resalta principalmente para la promoción, protección y garantía de los derechos de NNA la CIDN, “aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989” (UNICEF, 2006, p. 6). No es el primer instrumento transnacional en promover los derechos de NNA, teniendo en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDES),

consagran derechos para todas las personas sin discriminación, por lo que incluyen NNA. Además, tales instrumentos contienen apartados dedicados específicamente a la niñez², aunque son disposiciones aisladas. La particularidad de la CIDN radica en que se enfoca completamente a NNA.

Aunque antes existiera la Declaración de Ginebra (1924) y la Declaración de los Derechos del Niño (1959), dedicados exclusivamente a la protección especial de NNA, no creaban obligaciones para los Estados. Al ser la CIDN un tratado de derechos humanos, los Estados Parte contraen obligaciones y una responsabilidad internacional; son normas que deben cumplirse. Aunque la Declaración de los Derechos del Niño (DDN) es importante por su contenido, no tiene fuerza vinculante como la CIDN. Por este motivo, se considera la CIDN como el instrumento más importante en la actualidad en la protección y garantía de los derechos de NNA.

Además el Comité de los Derechos del Niño (CDN) vela por el cumplimiento de la CIDN mediante varios mecanismos; como al estudiar los informes que deben presentar los Estados Parte “sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos” (CIDN, 1989, art. 44), los cuales son valorados a través de unas “Observaciones finales”. También recibe denuncias individuales, cuando una persona considera que un Estado Parte está desconociendo la CIDN. Finalmente, la CDN interpreta la CIDN mediante las “Observaciones generales”. Como se observa, nada institucional ni vinculante despliega la DDN, ni la Declaración de Ginebra, como sí lo hace la CIDN.

A continuación se analizan algunas disposiciones de la CIDN, que se relacionan con el tema de esta investigación. En el artículo 1 se define lo que es un

² En el artículo 25, numeral 2, la DUDH consagra que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. El artículo 24 del PIDCP dispone para todos los menores de edad, sin discriminación, medidas de protección acordes a su edad, además de un registro de identidad, nombre y nacionalidad. El artículo 10 del PIDESC ordena para NNA el derecho a la más amplia protección contra la explotación económica y social.

niño, concibiéndole como la persona menor de 18 años. El artículo 2 dispone que los derechos contenidos en ese cuerpo normativo son para todos los niños sin excepción, distinción o discriminación; se ordena que NNA estén protegidos contra toda forma de discriminación, desarrollando el derecho a la igualdad. En el artículo 3 se consagra el interés superior del niño, por lo que se establecen cuidados especiales para su bienestar. El artículo 6 declara el derecho de los niños a la vida, la supervivencia y el desarrollo, los cuales se relacionan con los artículos 13, 14 y 15 del mismo cuerpo normativo, sobre la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y asociación, ya que cada NNA tiene derecho a elegir la forma en que quiere desarrollarse. Con respecto a los procedimientos penales, administrativos, de salud o cualquier otra índole, es importante tener en cuenta el artículo 12 que dispone el derecho a expresarse libremente y ser escuchado; de este modo, su opinión debe tenerse en cuenta al momento en que cualquier autoridad tome una decisión que le afecte. El artículo 17 le protege contra cualquier tipo de maltrato, como el que puede causarse mediante un indebido proceso penal; esta disposición es acorde al artículo 37 del mismo tratado, que prohíbe los tratos “cruellos, inhumanos o degradantes”. El artículo 27 de la CIDN consagra “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”, por lo que no puede aplicarse una regla general para todos los casos. Debe tenerse en cuenta las particularidades de cada NNA, pues el desarrollo siempre es individual. El artículo 39 obliga a que se adopten medidas especiales para la recuperación integral de todo niño víctima, “en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. Se entiende que cualquier entrevista o testimonio debe practicarse en contextos amigables, cuidando el interés superior del menor. No se le puede intimidar, y toda diligencia que se realice en un ambiente irrespetuoso, o con miedo, es contraria a derecho. Finalmente, el artículo 40 es importante con respecto al SRPA porque ordena que NNA infractores se les debe tratar con dignidad y acorde a la madurez de cada uno, siempre procurando cuidar de sus derechos humanos y promoviendo la reintegración. Se dispone un mínimo de derechos que deben garantizarse dentro del proceso penal, como son la presunción de inocencia, la información oportuna, asesoramiento, y el más

importante para la pregunta de esta investigación, el derecho que tiene el menor de 18 años sindicado de interrogar a los testigos en condiciones de igualdad.

Sin discriminación gozan de un interés superior, tanto el adolescente que comete un delito, como el NNA que lo padece, por lo que es necesario que se adopten medidas especiales, y los cuidados que sean necesarios, para protegerlos integralmente, promoviendo su bienestar. Debe tenerse en cuenta que el procedimiento penal afecta la vida y el desarrollo de los niños intervenidos, por lo que no solo debe protegerse a la víctima, sino al presunto agresor. Ambos deben ser escuchados y promover su participación activa dentro de cada diligencia, teniendo en cuenta lo que expresan. Salvo que no quieran participar, lo que también debe valorarse. No se les puede tratar de forma degradante o inhumana en ningún momento del proceso, y cada decisión debe tener en cuenta el modo en que se afecta el desarrollo del NNA.

A partir de la CIDN se conciben algunos principios hermenéuticos que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar los testimonios de NNA víctimas de delitos sexuales en el SRPA. Resulta interesante que el CDN, en su *Observación General No. 5*, señaló que existen cuatro principios generales en la CIDN, derechos de NNA que también sirven de guía en la interpretación de los demás derechos, los cuales son: no discriminación, por el artículo 2; el interés superior del menor, a través del artículo 3, párrafo 1; el artículo 6 dispone el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; finalmente, el artículo 12 consagra el derecho a ser escuchados, y que se tenga en cuenta lo expresado.

Estos cuatro principios deben considerarse al momento de valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales. Se entiende que las autoridades deben adoptar las medidas que sean necesarias para no desconocer el interés superior de los menores de edad, promoviendo sin discriminación su bienestar. Estas normas son tanto para el presunto agresor como para la víctima. Los NNA involucrados en el proceso penal tienen el derecho a ser escuchados acerca de la

práctica testimonial que deben rendir. Debe tenerse en cuenta si el niño desea participar del juicio; de lo contrario, no puede obligársele pero deben tomarse medidas especiales. Es necesario que toda diligencia se realice en un espacio adecuado, no intimidatorio, que genere confianza. Para cuidar el desarrollo de NNA, el proceso en su totalidad debe ser particular, teniendo en cuenta que no solo las decisiones que se adopten afectan profundamente la vida de quienes intervienen, sino que el proceso en sí se entiende significativo para su vida. Cada caso es diferente, no solo porque los niños poseen rasgos personales, sino porque cada uno participa de modo distinto dentro de las diligencias.

Trasladando lo anterior al SRPA, cuando NNA son víctimas de agresiones sexuales, se puede suponer que es obligatorio tener en cuenta las particularidades de cada interviniente. No solo la edad debe evaluarse, sino la madurez, las circunstancias económicas, sociales y psicológicas, como el grado de vulnerabilidad. También es importante prestar atención a las circunstancias particulares con que se realizó cada delito. Prestar cuidado a las diferencias de cada NNA, es aplicar el principio de no discriminación; así lo entiende el CDN en su *Observación general No. 5*, cuando señala que “la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un tratamiento idéntico” (p. 58). Por la igualdad y la no discriminación, por el interés superior, por el desarrollo de cada NNA, teniendo en cuenta su participación, no puede aplicarse un proceso penal idéntico a todos los NNA de edad que entran en conflicto con la justicia.

Para terminar con la CIDN, se tiene en cuenta la *Observación General No. 10* del CDN, que trata sobre menores de 18 años “que han infringido las leyes penales o a quienes se acusa o declara culpables de haber infringido esas leyes” (CDN en UNICEF, p. 159). Se propone un debido proceso penal acorde a la CIDN. En esta oportunidad, el CDN recordó los cuatro principios generales que interpretan los derechos contenidos en la CIDN; a través del principio de la no discriminación, sostuvo que se debe “garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan

conflictos con la justicia”, aplicando medidas diferentes a cada caso, especialmente si se trata de NNA en grave estado de vulnerabilidad. Debido al interés superior, no puede aplicarse una justicia penal igual que los adultos; debe tenerse en cuenta que el proceso penal afecta profundamente la vida, la supervivencia y el desarrollo de NNA, y en ese sentido deben mitigarse sus efectos negativos, impulsando los que resultan positivos para su bienestar. Finalmente, por el respeto a la opinión del niño, debe permitirse la participación de NNA “durante todo el proceso (...) desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño” (CDN en UNICEF, p. 162).

Aparte de interpretar completamente el sistema penal mediante los cuatro principios hermenéuticos que guían los derechos de NNA, la *Observación General No. 10* se pronunció sobre el párrafo 2 del artículo 40 de la CIDN donde se reconocen las mínimas garantías judiciales que protegen a los menores de 18 años en conflicto con la justicia. Se trae a colación la presunción de inocencia, no solo porque en la decisión final el acusado se beneficia de cualquier duda (*indubio pro reo*), sino porque durante todo el proceso se le debe tratar como inocente, por lo que es obligatorio tener mucho cuidado a la hora de realizar cualquier diligencia, como en la práctica de testimonios. El menor de 18 años que se presume inocente goza de un interés superior, igual que la víctima.

Aunque ya se explicó el derecho de los niños a ser escuchados, en esta oportunidad se desarrolló en relación a la justicia penal porque el artículo 40 de la CIDN dispone en su apartado 2, b) iv) el derecho de NNA a una participación efectiva dentro de los procedimientos que les atañe. Se indicó que NNA no necesariamente deben estar representados, pues esto depende de lo que sea más adecuado a su interés superior, su bienestar, vida y desarrollo; en palabras del CDN: “afirmar que el niño es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones” (p. 171). NNA deben ser tratados como sujetos de derechos, y de este modo no pueden sobrellevar una actitud pasiva dentro del proceso penal. Su participación se

concreta en la posibilidad de interrogar a los testigos, especialmente a quien le acusa.

A través del mismo artículo 40, según las características y el modo en que participan NNA dentro del proceso, asegura el CDN que es “necesario modificar los procedimientos y las prácticas judiciales” (p. 171). Junto al derecho a ser escuchados y participar, está el derecho a la información, pues para tomar decisiones y expresarse libremente, se considera necesario saber cuáles son las posibilidades que existen, a qué conlleva cada situación, y las razones que a cada uno le incumben. En cuanto a la práctica testimonial es importante que se informe sobre qué consta la diligencia, para qué se hace, qué ocurre si no se realiza; cualquier dato que se considere en relación debe indicarse, pues solo así NNA, sean víctimas o agresores, podrán decidir efectivamente de qué manera participar. El artículo 40 de la CIDN también sostiene que las personas en contacto con los NNA durante el proceso penal, como las autoridades, deben “haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia”. Se interpreta que el personal que recoge la declaración debe estar capacitado, igual que el juez y los médicos. No cualquiera puede hacerlo, ni de cualquier modo. Tampoco puede seguirse un proceso rígido establecido de antemano y de modo general, sino que deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso. Para todo esto, las autoridades que intervengan, sin importar su rango o diligencia por realizar, tienen la obligación de estar capacitados profesionalmente.

Sin perjuicio de lo anterior, el CDN remite al párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP para recordar que no se puede obligar a ningún NNA a rendir testimonio, confesión, o declararse culpable. Cuando NNA son sometidos a diligencias, es necesario tener en cuenta su edad y madurez, además deben estar acompañados por un representante, quien normalmente es un pariente pero no es una obligación. Mediante el artículo 40, párrafo 2, b) iv) de la CIDN, el CDN hace referencia a la práctica testimonial, estableciendo que para todas las partes dentro del proceso

existen las mismas oportunidades, lo que se traduce en el derecho a interrogar y contrainterrogar, más cuando la participación es un derecho prioritario.

1.2.1.2. Reglas de Beijing

El artículo 40 de la CIDN tiene un precedente. El 28 de noviembre de 1985 la Asamblea General de la ONU, mediante la resolución 40/33 aprobó las *Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores*, más conocidas como las *Reglas de Beijing*. Estas directrices se consideran importantes porque se deben aplicar cuando adolescentes se enfrentan ante la justicia penal, como en el SRPA. Contiene parámetros sobre cómo promover el bienestar de NNA y su familia (regla 1), para que a modo de política pública los gobiernos se comprometan a mitigar la delincuencia entre esta población vulnerable; se supone que si NNA viven dignamente, será más difícil que cometan delitos. No solo dispone reglas sobre cómo tratar a la niñez delincuente; se enfoca en evitar el crimen juvenil.

La regla 2 se relaciona con el principio de la no discriminación contenido en la CIDN, en cuanto dispone que las Reglas de Beijing deben ser aplicadas a todos “los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna”. Aquí también se establece que los menores de edad, aunque pueden ser intervenidos por las autoridades de un Estado acorde a las leyes penales, no deben procesarse como adultos. Se profesa la igualdad en la diferencia, en el sentido en que a todos los niños deben aplicarse las mismas reglas, sin discriminación, pero de modo diferente que con los adultos y atendiendo a las particularidades de cada caso.

Consagra la regla 5 que con el sistema penal para menores de 18 años se persigue el bienestar de los infractores, por lo que debe ser proporcional “a las circunstancias del delincuente y del delito”, teniendo en cuenta el interés superior de los niños. Los testimonios deben practicarse acorde a las circunstancias del procesado, su edad, madurez, ambiente social, familiar, nivel de educación y salud. Es necesario comprender las particularidades de cada NNA, pues solo así podrá

ser justo y proporcional un proceso. No se pueden tratar todos los casos igual, pues se afectaría el derecho a la igualdad. También debe ponderarse el crimen que se cometió. Todas estas circunstancias deben sopesarse para determinar el proceso a seguir, establecer un actuar y unas decisiones para adoptar, garantizando el bienestar del menor de 18 años que se enfrenta a la ley penal. La práctica de cualquier diligencia debe ser proporcional, y no de otro modo ocurre con los testimonios. La regla 6 resulta muy importante, por lo que se transcribe totalmente a continuación:

6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discretionales.

6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.

Lo primero para resaltar de la regla 6 es que nuevamente se condicionan las medidas que deben aplicarse en el proceso, según las “necesidades especiales” de los menores de edad que intervienen, tanto en la práctica testimonial durante el juicio oral, como en las entrevistas de investigación. Los adolescentes procesados se presumen inocentes por derecho, y de este modo, deben ser tratados con cuidado. En esta regla también se establece que las facultades discretionales de las autoridades son posibles en cuanto los responsables de su ejecución deben estar profesionalmente capacitados. Solo la autoridad competente y cualificada, como lo señala el artículo 40 de la CIDN, puede intervenir NNA. En otras palabras, las autoridades especialmente preparadas que intervienen a los adolescentes

durante un proceso penal deben adoptar las medidas que sean necesarias, a discreción, para garantizar que los derechos de NNA no sean vulnerados, sin descuidar el cumplimiento de cada fase procesal. No se consagra tanto un debido proceso entendido como un ritual, ya que no se decretan unas reglas generales que deban aplicarse estrictamente y sin diferencia; se hace referencia a una debida competencia, figura que por un lado brinda facultades discretionales al funcionario que conoce del caso, haciendo uso de unos instrumentos que no son rígidos ni estrictos; y por el otro lado, dicha competencia solo puede ejercerla quien esté debidamente capacitado en el cuidado de NNA. No cualquiera puede hacerlo.

La regla 7 también tiene consonancia con el artículo 40 de la CIDN, al disponer unas garantías procesales básicas como el derecho a la presunción de inocencia. Teniendo en cuenta el objetivo de este capítulo, se resalta que el adolescente procesado tiene el derecho a controvertir el testimonio de quien le acusa mediante el interrogatorio; es importante entender que esta disposición es general y no tiene en cuenta los casos en que el testigo es NNA, víctima de un delito sexual. Esta particularidad cambia la situación, pues sin discriminación cada NNA goza de derechos especiales, como de un interés superior que permite adoptar un enfoque diferencial en favor de su bienestar. El derecho del adolescente acusado a contrainterrogar puede verse limitado debido al derecho del NNA víctima a no ser expuesto ante su agresor, más cuando se trata de delitos contra la libertad e integridad sexual. Se considera que en estas circunstancias la autoridad competente debe ponderar las particularidades de cada NNA, y a discreción, adoptar las medidas que sean necesarias para optimizar los principios en conflicto. Evaluar todas las circunstancias, no solo la calidad del delito, sino el contexto social, histórico, psicológico, económico y educativo de los involucrados. De lo anterior se interpreta que no existe una regla general para los casos en que NNA participan como agresores y víctimas, por delitos sexuales.

La regla 14.2 establece que “el procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor

participe en él y se exprese libremente". Nuevamente se establece que NNA tienen el derecho a ser escuchados, lo que se traduce en la facultad de participar efectivamente dentro del proceso. Se entiende que favorecer los intereses del menor de 18 años en conflicto con la ley penal refuerza su derecho a contradecir el testimonio de quien le acusa. Pareciera que estas reglas solo contemplan la posibilidad de víctimas adultos, por lo que se evidencia la inexistencia de reglas cuando NNA ocupan ambas partes dentro del conflicto, siendo agresores y agredidos.

La regla 16 resulta importante porque señala que "una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito" ayuda a que las decisiones adoptadas sean justas. Se entiende otra vez que el menor de 18 años es quien comete el delito, no quien lo sufre. Esta regla se tiene en consideración por dos razones; primero, se resalta que la actuación procesal está determinada por el contexto en que vive el agresor, lo que imposibilita que se apliquen normas generales; segundo, teniendo en cuenta que la facultad discrecional de la autoridad competente depende de las particularidades del menor intervenido, y puesto que cada medida por aplicar debe ser proporcional a las circunstancias específicas del presunto agresor, se cree que el mejor modo de proteger los derechos de NNA dentro del proceso penal es comenzar con el análisis de las particularidades de cada uno de los intervenientes. Solo así podrá ajustarse cada medida o diligencia, como la práctica testimonial, al interés superior del NNA, que no es un sujeto abstracto, sino un sujeto de derechos. Finalmente, es de aclararse que la sentencia a desarrollar, como el contenido de cada prueba, y el modo en que se valora, depende de cómo se realiza cada paso dentro del proceso.

La regla 22 es la última a tenerse en cuenta porque ordena que las autoridades competentes en estos casos deben estar capacitadas especialmente y de modo profesional para tratar con NNA, pues solo así serán capaces de responder "a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho

sistema". De forma complementaria, y acorde a lo señalado en repetidas ocasiones, la importancia de una competencia profesional radica en que el responsable del proceso debe responder y acomodarse "a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema". Como se ve, nuevamente se crea un vínculo entre las condiciones de cada NNA, las medidas diferenciadas que deben aplicarse, y las facultades especiales de las autoridades que intervienen, lo que se denominó anteriormente como debida competencia. No cualquier persona puede realizar estas diligencias, debe ser un profesional idóneo debidamente capacitado.

Recogiendo lo señalado sobre las Reglas de Beijing, se advierte la importancia de reconocer la diversidad existente entre NNA, lo que obliga a utilizar un enfoque diferencial, adecuando cada medida dentro del proceso a las condiciones del presunto agresor, así como al delito cometido. Esto debe aplicarse sin discriminación, procurando el bienestar de cada NNA interveniente. Se considera importante iniciar con un examen exhaustivo del acusado, pues solo así se puede determinar el debido proceso que se debe aplicar. Igual ocurre con la práctica y valoración testimonial, ya que si no se tienen en cuenta las diferencias de cada NNA, podría realizarse indebidamente una diligencia, y así, además de revictimizar, se torna posible una decisión equivocada. Como último, se resalta la figura de la debida competencia, pues toda persona que intervenga en un proceso penal, donde hagan presencia NNA, debe estar profesionalmente preparada.

1.2.1.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Luego de pasar revista por el derecho internacional público, especialmente a través del sistema universal de derechos humanos, a continuación el enfoque se dirige al sistema regional de derechos humanos, en cuanto la ColDH resolvió dos casos que resultan pertinentes para el tema bajo estudio. Primero está el caso "*Niños de la calle*" (*Villagrán Morales y otros*) Vs. *Guatemala* del año 1999, donde se definió qué es un niño, y se establecieron algunos parámetros que deben tenerse

en cuenta cuando éstos entran en conflicto con la ley penal como presuntos agresores; para el segundo caso, *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua* del año 2018, no solo se trató el problema que suscita la participación de NNA dentro del proceso penal, sino que se ocupó específicamente del testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales.

1.2.1.3.1. Niños de la calle

El caso de los “niños de la calle” interesa a este estudio por tres razones generales, que incumbe a NNA sin discriminación. No se especifica al derecho penal, la práctica testimonial o las víctimas de delitos sexuales, sino que; para comenzar es el primer pronunciamiento que hace la ColDH sobre NNA; segundo, define qué es un niño; tercero y último, vincula el artículo 19 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH), sobre los derechos de los niños, a un *corpus iuris* que sobrepasa el sistema regional e incluye tratados del sistema universal de derechos humanos.

Con este caso se consideró por primera vez vulnerado el artículo 19 de la CADH, donde se consagra que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Como se evidencia, la CADH no define qué es un niño; no obstante, entre sus palabras parecieran leerse los principios de la CIDN, como el de no discriminación, en cuanto se hace referencia a que son derechos para todos los niños; igual ocurre con el interés superior, cuando se indica sobre la adopción de medidas especiales para su protección, debido a su condición de vulnerabilidad. Con respecto al concepto de niño, se manifiesta lo siguiente en esta providencia de la ColDH:

El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Entonces la ColDH se remite a la CIDN, instrumento universal para la protección de los derechos humanos de los niños que se expuso a profundidad anteriormente en este estudio, pero que vale recordar, crea obligaciones para los Estados. Se considera importante que, para determinar la definición de niño, se haya traído a colación esta Convención, pues de este modo se demuestra que el artículo 19 de la CADH se articula con otras disposiciones. De este modo se llega a la tercera razón sobre la importancia de la sentencia “niños de la calle” para este estudio, y es porque se considera que el artículo 19 de la CADH hace parte de un *corpus juris* más amplio de tratados universales de derechos humanos, teniendo en cuenta que:

(...) al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino que también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31) (ColDH).

De lo anterior se desprende que la interpretación de la CADH debe hacerse en el marco del sistema universal de derechos humanos. En este sentido, no puede fijarse un alcance al artículo 19 de la CADH sin tener en cuenta la CIDN, como las demás disposiciones sobre NNA que se encuentren en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos; en palabras de la ColDH:

(...) los Estados miembros han entendido que la Declaración Americana contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta de la Organización se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar esta última en materia de derechos humanos, sin interpretar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.

Recogiendo lo expuesto, la ColDH define el alcance del artículo 19 de la CADH en el contexto de la CIDN, ya que ambos instrumentos “forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños”. Se

considera que esta figura de un *corpus juris* que no se limita a la CADH, es quizá lo más importante de este caso. Finalmente, es importante resaltar que lo dispuesto en esta sentencia no se especifica al derecho procesal penal, a la práctica testimonial, o a NNA víctimas de delitos sexuales.

1.2.1.3.2. El testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales

En el Caso *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua* se trataron tres asuntos que incumben a este estudio: primero, se analizó si el Estado Parte cumplió “con el deber de debida diligencia reforzada y de no revictimización en investigaciones y procesos penales por violencia sexual en perjuicio de una niña”; segundo, se estudió si en el desarrollo de las investigaciones y el proceso penal se “actuó con perspectiva de género y niñez y [se] adoptó las medidas de protección especial requeridas para garantizar los derechos” de una niña víctima de violencia sexual; tercero y último, se desarrollaron algunos elementos que deben presentarse en el marco de un proceso penal “para garantizar un acceso a la justicia en términos igualitarios para una niña víctima de violencia sexual”, por lo que se hace referencia “a la revictimización como una forma de violencia institucional”. Recogiendo estos tres asuntos, la pregunta jurídica que realmente se resuelve es: ¿se vulneró el deber de debida diligencia reforzada, protección especial y no revictimización, así como los derechos a la integridad personal, a la vida privada y familiar de la niña V.R.P., vinculada a un proceso penal como víctima de violencia sexual?

Primero. Se enseñó que la debida diligencia reforzada y la no revictimización se recrean mediante tres artículos de la CADH, el 1.1 que obliga a los Estados Parte a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y las libertades; el 8.1 que desarrolla el debido proceso; y el 25, acerca de los recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los DDHH. Teniendo en cuenta que se trata de NNA, a las anteriores disposiciones se vincula el artículo 19 del mismo texto normativo. Relacionando estos artículos se sostiene que, cuando hay NNA implicados como

víctimas de delitos sexuales, se deben adoptar “medidas particularizadas y especiales”. Entonces es una obligación no tratar a NNA de modo general; por el contrario, deben aplicarse estrategias especiales para cada caso, prestando atención a las particularidades del proceso, reconociendo las diferencias de cada partícipe, sus condiciones económicas, psicológicas y sociales, el posible grado de vulneración en que se encuentran, como el tipo de delito. Los casos estudiados son de violencia sexual, por lo que se supone son NNA en alto grado de vulneración. Solo si el proceso se desarrolla desde las particularidades puede pensarse en la igualdad y no discriminación, tratando cada caso diferente. Un mismo proceso general sería revictimizante. Finalmente se definió la revictimización como la “re-experimentación de la profunda experiencia traumática de la víctima”.

Segundo. La ColDH sostuvo que deben desplegarse medidas especiales de protección cuando NNA son víctimas de delitos sexuales, teniendo en cuenta que a estos se les considera “más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros”. Esto se puede leer a través de la no discriminación, principio rector de la CIDN, para suponer dos situaciones; primero, para determinar que NNA son más vulnerables con respecto a los adultos, por lo que, sin exclusión, deben tener un trato especial; segundo, que entre NNA también existen particularidades, por lo que cada caso debe tratarse adoptando medidas específicas y no generales. Sería discriminatorio no poner atención a los factores de vulnerabilidad en que se encuentran quienes tienen contacto con la administración de justicia. Estas medidas especiales deben comprenderse en relación a la debida diligencia reforzada, ya que una no puede darse sin la otra, y sería un contrasentido pensar que es diligente tratar a NNA igual que a los adultos, o de modo general, como si no se presentaran distinciones.

Tercero. Sobre los elementos que debe presentar el procedimiento penal para garantizar el acceso a la justicia de NNA víctimas de violencia sexual, consideró la ColDH que, cuando se presentan obstáculos en el trámite judicial, sean

de orden económico, social, jurídico o de cualquier otra índole, que limiten el acceso a la justicia, se vulnera “el principio de autonomía progresiva”, mediante el cual se les reconoce sin distinción a NNA los derechos humanos. Este principio es el elemento que debe sostener enteramente el proceso penal, para que NNA tengan un acceso real a la justicia. Acorde al principio de debida diligencia reforzada, como a las medidas especiales que deben adoptarse, se entiende la importancia del principio de autonomía progresiva. Es posible interpretar que todos los principios se interrelacionan. Los Estados deben garantizar su disfrute. Desconocer la autonomía progresiva es pasar por encima de los derechos humanos de NNA; para casos de violencia sexual, esto ocurre cuando los Estados:

(...) no garantizan una asistencia técnica jurídica que permita hacer valer sus derechos e intereses en los procesos que los conciernen. Estos obstáculos no solo contribuyen a la denegación de justicia, sino que resultan discriminatorios, puesto que no permiten que se ejerza el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad (ColDH, 2018).

Como se muestra, desconocer la autonomía progresiva es contrario a la igualdad y no discriminación, principio que sirve para interpretar completamente la CIDN, como se ha señalado en reiteradas ocasiones. En el mismo sentido, se entiende que deben aplicarse medidas especiales de protección, pues una verdadera administración de justicia no puede realizarse en condiciones desiguales. Es dable relacionarle con la debida diligencia reforzada, por lo que pareciera que todos los principios que se desarrollan en esta sentencia, no solo se vinculan entre sí, sino que pueden leerse a través de la CIDN. También se considera que los tres asuntos tratados en esta providencia se relacionan, ya que la debida diligencia reforzada no sería posible sin las medidas especiales de protección, lo que garantiza el acceso a la administración de justicia en condiciones dignas, sin discriminar ni vulnerar los derechos humanos de NNA.

Mediante la debida diligencia reforzada, las medidas especiales de protección, y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, la ColDH analizó el caso de una niña de 8 años que fue víctima de violencia sexual por parte de su

padre. Debe tenerse en cuenta que la niña fue sometida a examen médico forense, declaración testimonial, inspección ocular para la reconstrucción de los hechos, y nunca tuvo un acompañamiento integral. Cada diligencia fue agresiva, contraria a derecho, por lo que se causó una revictimización en quien se encontraba en una situación de grave vulneración. Es así como se consideró que la niña víctima no solo fue afectada en sus derechos por quien la violentó sexualmente, sino por parte del Estado y la administración de justicia, en cuanto no prestó el cuidado necesario ni desplegó medidas especiales de protección, y en ese sentido, no se aplicó una debida diligencia reforzada como era necesario.

Los anteriores elementos se consideran importantes para esta investigación porque se relacionan con el valor probatorio que se le debe brindar al testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales; se interpreta que no es posible valorar sus palabras sin analizar la forma en que se produce dicha información, el modo en que se obtuvo el testimonio o la entrevista. No se puede valorar solo el resultado, el derecho no puede limitarse al contenido de las palabras expresadas; se requiere estudiar el modo en que se obtienen dichas palabras. Uno influye en lo otro: si el NNA está asustado o incómodo, en ambiente hostil e irrespetuoso, frente su agresor y más personas que le miran inquisitivamente, si ha sufrido diferentes revictimizaciones, sus declaraciones no serán libres ni espontáneas, estarán sesgadas por el miedo y la transgresión, por lo que no deberían entenderse como verdaderas, y menos valorarse judicialmente.

Sobre el examen médico forense. Comenta esta providencia que la denuncia penal se presentó precisamente porque la niña víctima tenía problemas de salud al momento de ir al baño, por lo que se le realizaron dos valoraciones médicas por parte de especialistas privados, quienes determinaron que la niña era “victima de abuso sexual, quien había sufrido penetración anal”. Debido al concepto de estos médicos, se presentó la denuncia. Como se evidencia, ya la niña víctima había tenido que soportar dos exámenes en sus partes íntimas, diligencias que por su intromisión en la privacidad se consideran complejas, donde posiblemente se

vulneraron derechos humanos. No obstante, durante el proceso penal se consideró que los exámenes existentes no eran suficientes ni tenían valor probatorio en cuanto no fueron realizados por médicos forenses, sino por especialistas privados. Entonces se “ordenó la realización de otro examen médico a cargo de un médico forense” (ColDH, 2018), situación que se considera revictimizante, agravado en cuanto se debió intentar dicha diligencia tres veces, debido a “las condiciones vejatorias en que se desarrollaba”, para finalmente realizarlo con la niña sedada. Aplicando el principio de las medidas especiales de protección que ya se expusieron, consideró la ColDH que debió otorgarse suficiencia probatoria a los dictámenes médicos privados existentes, pues de este modo se pudo evitar “someter a la niña a una reactualización del momento traumático ya experimentado” (ColDH, 2018). Debió escucharse lo que la víctima pensaba con respecto a la diligencia, sin imponer ninguna medida, adoptando estrategias de protección “de conformidad con su edad, madurez y grado de desarrollo” (ColDH, 2018). Lo anterior se relaciona con el principio rector de la CIDN que dispone la necesidad de escuchar a NNA con respecto a cada decisión que le afecte, pues goza del derecho a participar en el proceso según su propia voluntad, incluso negándose a participar en algunas diligencias, como al enfrentarse con su agresor cara a cara.

Por lo anterior la ColDH estimó que la práctica de este tipo de exámenes debe motivarse detalladamente, y de lo posible, hacerlo una sola vez en condiciones óptimas, sin causar una victimización secundaria. Por lo mismo, manifiesta esta providencia que “el sometimiento de la niña a revisiones ginecológicas de forma reiterada no atendió al objetivo de minimizar el trauma derivado de una violación sexual, sino que lo fortaleció” (ColDH, 2018). No diferente ocurrió cada vez que la víctima debió narrar los hechos traumáticos.

Luego de analizar las disposiciones que enseña la ColDH con respecto al examen médico legal, la pregunta que surge es: ¿qué relación tiene con la valoración testimonial de NNA víctimas de violencia sexual? Se entiende que las mismas medidas de protección que se reseñaron para las diligencias médicas

deben aplicarse en las declaraciones de NNA. Se considera diligente realizar una sola vez la declaración, para que no se deba revivir mediante la palabra una y otra vez momentos dolorosos. Si no se ha tomado ninguna entrevista o testimonio al momento de la denuncia, lo idóneo es que lo realice un especialista, o en términos jurídicos ya expuestos, quien ejerza una debida competencia. También es importante dejar un registro del momento en que NNA se expresan, pues de este modo se evita su repetición. En el mismo sentido, si ya existe alguna valoración, así sea privada, es posible tenerla como prueba. Lo importante es adoptar medidas especiales de protección para evitar cualquier tipo de revictimización en una niña que se encuentra en condiciones de grave vulneración.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la ColDH enseña los criterios que configuran la debida diligencia. Son seis, y aunque se enfocan al examen médico legal, sirven para interpretar el modo en que debe practicarse cualquier trámite cuando NNA son víctimas de delitos sexuales: primero, debe brindarse información completa y detallada acerca de cada diligencia a la que deba someterse, pues solo mediante un conocimiento claro de la situación se puede participar del modo que se considere más conveniente, lo que se relaciona con el derecho a ser escuchados. Segundo, la víctima tiene el derecho de elegir el sexo de la persona que le practicará los exámenes. Tercero, quien practique la diligencia debe estar debidamente capacitado, debe ser una persona idónea y competente, especialista en casos de NNA víctimas de delitos sexuales. Esto se relaciona con lo antes denominado como debida competencia, no cualquier persona puede realizar este tipo de diligencia, por la calidad de los sujetos, como del delito. Cuarto, NNA víctimas deben gozar de un acompañamiento integral, no solo durante el proceso sino incluso luego, hasta que los efectos de la violencia cesen completamente. Este acompañamiento debe realizarlo una persona capacitada, en la medida de lo posible que sea una misma persona desde el inicio, para que vele por la integridad física y mental NNA, protegiendo y garantizando su dignidad humana. Este criterio también puede leerse a través del concepto jurídico ya expuesto de debida competencia. Quinto, las diligencias deben realizarse en un ambiente seguro, privado y respetuoso, evitando

cualquier situación de riesgo o de vulneración, hostilidad o insensibilidad, lo que afectaría los resultados obtenidos. Si NNA se sienten intimidados, no podrán rendir una declaración libre y espontánea, por lo que su relato estará vedado por la inseguridad, sesgando de este modo la verdad. Sexto y último, se considera que los trámites deben hacerse en privado, respetando la intimidad, no es necesario que se presenten varias personas a realizar exámenes, y en la medida de lo posible que sea solo una persona desde el inicio hasta el final. Como último, valga la pena reiterarlo porque es un punto importante, no puede efectuarlo cualquier persona.

Los criterios anteriormente dispuestos se enseñan para el examen médico legal, ya que en el caso que estudia la ColDH a la niña víctima se le practicó tres veces esta diligencia. En la última oportunidad, el médico forense desplegó un “comportamiento antiético, grotesco y vulgar” (ColDH, 2018); efectuó el procedimiento en condiciones irrespetuosas, en un lugar que parecía una morgue, donde había muchas personas y a la vista de quienes pasaban, por lo que la niña de edad sintió “como que había sido violada” (ColDH, 2018). De todos modos, los mismos criterios se pueden trasladar para comprender la práctica testimonial, o cualquier otra diligencia donde NNA deban dar su declaración. Cuando esta sentencia se refiere al testimonio que se practicó a la niña víctima, pareciera desarrollar los mismos criterios que se acaban de exponer, como se puede evidenciar a continuación:

[La niña] fue citada al despacho judicial a declarar como si fuera una adulta, la entrevista no se llevó a cabo en un ambiente especialmente acondicionado para este fin y por una profesional específicamente capacitada para interrogar, interactuar y conducir un intercambio con la niña. Por ello, es necesario que estas declaraciones sean llevadas a cabo por psicólogos especialistas o profesionales de disciplinas afines específicamente capacitados para recibir estos testimonios.

Se entiende que NNA deben recibir un trato especial, diferente al brindado a los adultos; lo que se relaciona con algunos presupuestos ya estudiados, como las medidas de especial protección que desarrolla esta misma providencia, o el interés

superior del niño que contiene la CIDN, disposiciones que obligan a tratar a los niños de modo diverso. Se ordena que este tipo de diligencias se realicen en un ambiente idóneo, que no sea irrespetuoso ni intimidante, acorde al examen médico forense. Finalmente se indica que no puede ser cualquier persona la que tome la declaración, sino un profesional capacitado, lo que se puede entender a través del principio ya decantado de la debida competencia.

La ColDH concluye que en el caso bajo estudio se presentaron dos tipos de violencia contra la niña, primero la violencia sexual que le causó su progenitor al accederla carnalmente; luego, “la violencia institucional durante el procedimiento judicial (...) [ya que] la niña y su familia acudieron al sistema judicial en busca de protección y para obtener la restitución de sus derechos vulnerados”, pero lo que encontraron fue una revictimización, una estructura sistemática que le recordó la experiencia traumática en diferentes momentos, durante las diligencias que se desarrollaron en el proceso penal.

Es de recordar que la participación de NNA dentro del proceso es muy importante, a ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta. Sus palabras deben valorarse. Esto no significa que obligatoriamente deban declarar, menos recrear la violación varias veces y ante su victimario. Se trata de participar en la toma de decisiones, como al acordar que no se quiere ir a juicio oral ante su agresor, o por el contrario, que desea hacerlo pero que requiere de medidas especiales para que no haya revictimización; en otras palabras, evitando que sea hostil, molesto o vulgar.

Si es necesario prestar atención a las particularidades de cada caso, a los sujetos que participan, como a la clase de delito, puede suponerse que no existe regla que no sea susceptible de modificarse; por ejemplo con la práctica testimonial, aunque puede suponerse que situar a NNA ante su victimario es revictimizante, puede no serlo si la víctima lo desea, por lo que sería revictimizante lo contrario, es decir, no permitir su participación. Si la víctima NNA quiere rendir su testimonio en

juicio oral, y enfrentarse al contradictorio, no se le puede prohibir. Pero tampoco puede realizarse igual que con adultos. Es necesario analizar las circunstancias, la madurez, las condiciones socioeconómicas, las particularidades que hacen a una persona más vulnerable, y así ser tratado de un modo particular, adoptando las medidas que sean necesarias para equilibrar la balanza en condiciones proporcionales, para que realmente exista una justicia en condiciones de igualdad y que no se permita ninguna discriminación. Del mismo modo ocurre con la posibilidad de hacer varias entrevistas o testimonios, pues aunque normalmente se entiende como revictimizante, puede no serlo si el implicado desea hacerlo; y si así lo quiere, sería revictimizante no permitirlo, porque se vulneraría su participación, el debido proceso, la debida diligencia reforzada, el acceso a la justicia, la no discriminación y otros derechos de NNA, como a desarrollarse integralmente. La obligación de participar se encuentra en el artículo 12 de la CIDN, y como se indicó anteriormente, es uno de sus cuatro principios rectores. Las condiciones del proceso se ajustan según las circunstancias, la participación de los implicados que no se limita al aporte de pruebas, como bien lo apuntó la ColDH en estos términos:

(...) concebir tal participación sólo en términos de la prueba que pueda aportar, no responde a su calidad de sujeto de derecho, ya que debería encontrarse legitimada a actuar en su propio interés como sujeto participante en el proceso. Para ello, es necesario que se brinde a la niña, niño o adolescente, desde el inicio del proceso y durante todo el transcurso del mismo, la información relativa a su procedimiento, así como sobre los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles.

Lo anterior se relaciona con la administración de justicia porque se considera que no basta con que la víctima NNA pueda hacer una denuncia, sino que tiene el derecho a participar activamente desde el inicio hasta el final del proceso, recibiendo información detallada de cada diligencia que se va a practicar, siendo escuchado y recibiendo asistencia profesional, según sus propias condiciones y grado de vulnerabilidad. La participación debe ejercerse con mucho cuidado y respeto, generando confianza, evitando cualquier tipo de revictimización.

Para finalizar con esta sentencia, la ColDH enseñó los elementos que debe contener cualquier investigación que se desarrolle durante el proceso penal, cuando NNA son víctimas de delitos sexuales. Son nueve criterios que resumen lo expuesto anteriormente, y se interpretan como normas que deben aplicarse a las declaraciones que se realizan con NNA, lo que se vincula principalmente con la entrevista, más que con el testimonio. Igual son criterios que deben aplicarse durante todo el proceso penal, para que se garanticen los derechos humanos de NNA en estados graves de vulneración. Son los siguientes:

1. Derecho a la información relativa al procedimiento, así como los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles.
2. Asistencia letrada, gratuita y proporcionada por el Estado, de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso.
3. Derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleva un criterio reforzado de celeridad.
4. Derecho a participar en el proceso penal, en función de su edad y madurez, y siempre que no implique un perjuicio en su bienestar biopsicosocial. Deben realizarse las diligencias estrictamente necesarias, y evitar la presencia o interacción con el agresor.
5. Generar las condiciones adecuadas para que NNA víctimas puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante protecciones especiales y el acompañamiento especializado.
6. La entrevista debe realizarla un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones.
7. Las salas de entrevistas deben otorgar un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde privacidad y confianza.
8. El personal del servicio de justicia deberá estar capacitado en la temática.
9. Debe brindarse asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género.

Teniendo en cuenta que en este estudio se analizan los criterios hermenéuticos que deben tenerse en cuenta al momento de valorar el testimonio de NNA víctimas de violencia sexual, surge una pregunta: ¿quién controla que las entrevistas efectuadas durante el proceso de investigación sean acordes a lo señalado por la ColDH? Es decir, ¿quién comprueba que se haga una sola entrevista, en un ambiente adecuado y respetuoso, evitando la revictimización, por un personal profesionalmente capacitado? Se considera que cada uno de estos factores afecta el resultado de la declaración, y por lo mismo, modifica la valoración que se le pueda brindar judicialmente. Igual con la práctica testimonial, o cualquier diligencia que implique NNA víctimas de violencia sexual. Como parte de esta investigación se propone que debe ser el mismo juez que toma la decisión del caso y valora las palabras del NNA víctima, quien debe prestar especial atención a su participación, para que sea escuchado y no discriminado. Se considera que es el juez que valora el testimonio como prueba el que debe velar por los derechos de la víctima NNA, quien accede a la administración de justicia no para sentirse nuevamente vulnerado. Solo si se tiene en cuenta el modo en que se realiza la declaración puede valorarse adecuadamente.

1.2.2. La niñez en el Derecho Nacional

Este apartado, dedicado al marco jurídico nacional existente en Colombia para la protección y garantía de los derechos de NNA que han sido agredidos sexualmente y deben rendir declaración como víctimas en un proceso penal, está dividido en dos. Primero se pasa revista por los derechos que se consagran para NNA de modo general como el interés superior, la protección integral o la prevalencia de derechos, tanto en la norma de normas como en ley, específicamente en el CIA. Segundo, la atención se dirige al modo en que se ordena la declaración de NNA víctimas de delito sexual, no solo a través de lo establecido en la Ley 1652/2013, “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”, sino

mediante algunas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Antes de iniciar, y con la intención de vincular el sistema universal de derechos humanos con la norma nacional, es importante no solo recordar que por el bloque de constitucionalidad se vuelve parte del derecho interno los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados, sino que la CIDN se introdujo legalmente en el sistema jurídico colombiano mediante la Ley 12/1991.

1.2.2.1. Interés superior, prevalencia de derechos y protección especial

El artículo 44 de la Constitución Política está dedicado a la niñez. Consta de tres párrafos. En el primero se enuncian los derechos fundamentales que les asisten como la vida, la integridad personal, el cuidado, el amor, ser escuchados, expresar su opinión libremente, tener nombre y una familia, además del deber de protegerles especialmente contra todo tipo de violencia, no solo la física, sino contra el abandono o la explotación laboral. El segundo párrafo recuerda al artículo 19 de la CADH en cuanto consagra que la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el desarrollo armónico e integral de NNA, además del ejercicio pleno de sus derechos. Finalmente, pareciera que el tercer párrafo sigue los parámetros establecidos en la CIDN al determinar la prevalencia de los derechos de NNA.

La sentencia T-554/2003 interpretó el artículo 44 Superior, estableciendo como principio del Estado Social de Derecho el interés superior del menor (pro infans). Se recordó también que dicho principio hace parte de la CIDN, y que en Colombia era norma desde el año 1989 debido al artículo 20 del Código del Menor donde se consagró que “las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”.

Igualmente la Corte Constitucional ha señalado en distintas providencias³ que cualquier diligencia, juzgamiento o investigación, donde NNA son partícipes, debe regirse por su interés superior. Lo que se evidencia es que el artículo 44 Superior se desarrolla conforme al sistema internacional de los derechos humanos, tanto a nivel universal con la CIDN, como regionalmente con el SIDH. Se considera a NNA como una población vulnerable, por lo que aplicando el principio constitucional de igualdad se les debe dar un trato especial, principio que junto a la no discriminación, resuena a los derechos humanos. En la misma línea jurídica se encuentra el CIA, que para evitar cualquier duda o confusión con respecto a su significado, desarrolla y define en sus artículos 7, 8 y 9 la protección integral, el interés superior, y la prevalencia de los derechos de NNA, respectivamente. Mediante la protección integral se reconoce a NNA como sujetos de derechos, garantías que deben cumplirse, además de prevenir su transgresión. Se protege especialmente a NNA, para que ninguno de sus derechos se vea disminuido y puedan desarrollarse de manera integral. Que gocen efectiva e integralmente de sus derechos, tomando las medidas que sean necesarias para evitar su vulneración. Con respecto al interés superior, el CIA señala que es “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Sobre la prevalencia de los derechos, se sostiene que si existe algún conflicto entre los derechos de un NNA con los de cualquier otra persona, debe adoptarse la disposición que más favorezca al primero.

Resulta importante resaltar que el CIA también desarrolla los anteriores principios generales bajo el presupuesto que NNA sean víctimas de cualquier delito, entre los artículos 192 y 200. Para comenzar, el 192 dispone que en tales casos “el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en

³ En el segundo capítulo de esta investigación se analiza a profundidad los diferentes pronunciamientos que la Corte Constitucional ha realizado con respecto al tema de investigación. Se grafica la relación entre las diferentes sentencias. Ver *Ilustración I. Telaraña. Creación propia*.

esta ley". Como se evidencia, y ya se indicó antes, no basta para la protección y garantía de los derechos de NNA con el CIA, sino que es necesario remitirse a normas ya estudiadas como la CIDN o la norma de normas. Todos estos instrumentos se vinculan mediante el principio pro infans.

El artículo 193 del CIA desarrolla los criterios que deben aplicarse durante los procesos judiciales, cuando NNA son víctimas. Son trece los criterios, y aunque cada uno resulta pertinente para este estudio porque contienen el interés superior, la protección integral y la prevalencia de derechos, vale resaltar el numeral 7 donde se ordena que a NNA "se les tenga en cuenta su opinión", situación que se relaciona con su participación dentro del proceso. Nuevamente se entiende que no existen normas generales, que cada NNA puede participar según su propia experiencia y madurez dentro del proceso, y que no está obligado a intervenir. Lo mismo dispone el numeral 8 para reconocimientos médicos. Sin importar las circunstancias, debe tenerse en cuenta lo que piensan NNA con respecto a las diligencias donde intervienen. Es necesario que se les informe con toda la verdad y detalle acerca de cada asunto que les concierne, pues no de otro modo podrán participar tomando lo que consideren la mejor opción. El numeral 12 recuerda la debida competencia porque señala que al momento en que NNA deban rendir testimonio, es obligación que estén acompañados por una autoridad especializada o por un psicólogo. El numeral 13 consagra que en las diligencias NNA deben estar "libre de presiones o intimidaciones", lo que se puede leer a través de las medidas especiales de protección y la debida diligencia reforzada. De hecho, cada uno de estos criterios se pueden interpretar mediante los cuatro principios que rigen la totalidad de la CIDN. Por lo mismo se entiende que no existen normas generales, sino que deben acoplarse según las condiciones de cada NNA, su participación, del desarrollo mismo del proceso. El debido proceso no son unas normas generales para todos. Para terminar con el CIA y los derechos que consagra para NNA víctimas de delitos, el artículo 194 dispone que "no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor".

1.2.2.2. Declaración de NNA víctimas de delitos sexuales

A continuación se desarrolla el modo en que la norma colombiana ha dispuesto que debe practicarse la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales, dando aplicación al principio pro infans. Específicamente se lee el artículo 206A del CPP, que fue adicionado por la Ley 1652/2013, a través de lo considerado por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, se hace alusión a la prueba anticipada como posibilidad alterna a la entrevista forense.

La Ley 1652/2013 consta de cuatro artículos, los tres primeros modificaron el CPP, y el último versa sobre su vigencia. Por el artículo 1 se agregó un párrafo al artículo 275 del CPP que define los elementos materiales probatorios y la evidencia física, incluyendo la entrevista forense que se realiza en los términos del artículo 206A de la misma ley procesal. El artículo 2 incorporó al CPP el artículo 206A, sobre la entrevista forense que se realiza como acto de investigación a NNA víctimas de delitos sexuales. Se dispone que dicha diligencia debe contener tres elementos; primero, que lo realice personal entrenado en este tipo de casos del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación, y además que el cuestionario sea revisado anticipadamente por el Defensor de Familia; también se dispone la posibilidad de estar acompañado por un representante legal, o por un pariente mayor de edad; segundo, se ordena que la entrevista forense se realice en una “Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito”; como tercero y último, quien desarrolla la diligencia tiene la obligación de realizar un informe detallado con los requisitos que ordena el artículo 209 del CPP, ya que “podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado”.

Con esta norma se pretende que la declaración de NNA víctimas se realice una sola vez y por una persona idónea, quien luego puede rendir testimonio en el juicio oral y ser interrogado, dándole así cumplimiento al debido proceso en relación

a la posibilidad de controvertir las pruebas y el derecho a la defensa. Así el principio de contradicción se garantiza y armoniza con los derechos de NNA que son prevalentes. De igual modo se evita poner a la víctima frente a su agresor, situación que probablemente le causaría una victimización secundaria. No por otro motivo se determina que la entrevista debe realizarse en lo posible una sola vez, y que excepcionalmente podrá hacerse una segunda vez, teniendo en cuenta el interés superior. Sin perjuicio de lo anterior, es importante recordar que la participación de NNA es un principio que interpreta la CIDN, por lo que si éste desea ser entrevistado más de una vez, o si quiere enfrentarse cara a cara con su agresor en juicio oral, no puede impedírselo aunque sí deben tomarse las medidas que sean necesarias para que no sea nuevamente victimizado.

Finalmente el artículo 3 de la Ley 1652/2013 adiciona al artículo 438 del CPP el literal e), para que se admita excepcionalmente la entrevista forense realizada a NNA víctimas de delitos sexuales como prueba de referencia. Si no fuera por este artículo, la declaración realizada bajo el tenor del artículo 206A del CPP no podría convertirse en prueba, siendo únicamente un elemento material probatorio que se recoge durante el acto de investigación pero que el juez de conocimiento no podría valorar dentro de su decisión. Llegados a este punto se debe tener en cuenta que el artículo 381 del CPP prohíbe que una sentencia condenatoria se fundamente “exclusivamente en pruebas de referencia”, ya que éstas no se practican dentro del juicio oral y limitan la posibilidad de controversia, desconociendo también el principio de inmediación del juez, por lo que se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso en relación al derecho a la defensa.

Según lo expuesto, la Ley 1652/2013 pretende resolver el conflicto planteado desde el inicio de esta investigación sobre la posibilidad de modular los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba durante el juicio oral, cuando NNA son víctimas de delitos sexuales. Se acoplan los derechos en conflicto, garantizando cada uno de los principios en confrontación, aunque dando prevalencia a los derechos de NNA por su interés superior. Para garantizar los

derechos del procesado se obliga al funcionario que realiza la entrevista a documentarla, grabarla en medio audiovisual, y más especialmente, a realizar un informe que puede ser controvertido en juicio oral, pues este profesional sí puede ser llamado a rendir testimonio. Es así como la prueba de referencia se debe sustentar con otras pruebas, para evitar lo ordenado en el artículo 381 del CPP. Para garantizar los derechos de NNA víctimas de delitos sexuales, esta norma señala que la declaración debe efectuarse una sola vez, por una persona idónea, en un ambiente adecuado, y debe grabarse para no repetirla; de este modo se evita someter a NNA a un contrainterrogatorio público frente a su presunto agresor.

Sobre la Ley 1652/2013 se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-177/2014. Sostuvo que los principios que fundamentan la audiencia del juicio oral como la contradicción, publicidad o inmediación de la prueba, pueden verse modulados en los casos donde NNA son víctimas de violencia sexual debido a dos razones; primero, por la edad de la víctima y el principio pro infans; segundo, por la naturaleza del delito. Trayendo a colación varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, manifestó la Sala Plena de la Corte Constitucional que “en tales casos excepciones es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado” (Corte Constitucional, C-177/2014, N. Pinilla). Lo importante es que el derecho a la defensa se garantice de algún modo. Estas modificaciones son posibles debido al principio pro infans que impide “que el menor de edad reciba el mismo trato que un adulto al interior del proceso penal, lo cual no sólo afectaría su dignidad e intimidad, sino que constituiría una mayor afrenta a sus derechos fundamentales” (Corte Constitucional, C-177/2014, N. Pinilla). Por lo anterior puede considerarse que no se afecta el derecho a la igualdad del procesado por no encarar directamente a quien se considera víctima, pues sería contrario al derecho a la igualdad del NNA ponerle frente a su presunto agresor.

De lo expuesto, no queda duda que debe darse prevalencia al interés superior de NNA, situación que concuerda con lo previsto en la CIDN y el SIDH. No por otra razón, es importante resaltar que la Ley 1652/2013 regula el presupuesto en que el agresor sea un adulto. ¿Qué ocurre cuando el sujeto que presuntamente ha cometido el crimen es un adolescente, ya que ambas partes poseen derechos prevalentes? Todo pareciera indicar que en este caso debería hacerse una ponderación para determinar la situación de los intervenientes, el grado de vulnerabilidad en que cada uno se encuentra para así tomar las diferentes medidas a que haya lugar y sea posible un trato justo para ambos, en igualdad de condiciones.

Para resolver el problema de la prueba de referencia que suscita la Ley 1652/2013, intentando armonizar los derechos de NNA víctimas de delitos sexuales, con las garantías del acusado a controvertir la prueba con que se le acusa, la Corte Suprema de Justicia ha decantado jurisprudencialmente que en estos casos también es posible practicar la prueba anticipada. En la sentencia SP-3332-2016 de la Sala de Casación Penal, la Magistrada Patricia Salazar tuvo en cuenta que el derecho a interrogar se ve limitado cuando se aporta como prueba una declaración rendida por fuera del juicio oral, como ocurre con la entrevista forense que se acepta como prueba de referencia; por lo que expuso los beneficios de practicar en estos casos la prueba anticipada, como son:

(...) (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la *garantía judicial mínima* consagrada en los

artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

La misma providencia sostiene que mediante la prueba anticipada se evita la práctica de varios interrogatorios, lo que sería revictimizante; además porque en muchos de estos casos, la víctima se ve inmersa en “un proceso de superación del episodio traumático” (CSJ, SP-3332-2016, P. Salazar), por lo que los recuerdos sobre los hechos que son objeto de estudio pueden alterarse con el paso del tiempo. Como se ve, la prueba anticipada tiene las mismas ventajas que dispone la Ley 1652/2013, garantiza los derechos del procesado a controvertir la prueba, sin dejar de darle prevalencia a los derechos de NNA. No existe una única estrategia jurídica para garantizar los principios constitucionales en colisión.

1.3. Criterios hermenéuticos para valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales

Luego de establecer el problema que suscita la práctica testimonial de NNA víctimas de delitos sexuales durante el proceso penal, debido a la revictimización que puede acarrear el exponerle públicamente a un interrogatorio frente a su presunto agresor, limitando las garantías procesales del sindicado; se ha pasado revista por diferentes normas para determinar el modo en que los principios jurídicos en conflicto pueden armonizarse, dando prevalencia a los derechos de NNA.

Rasgos en común se pueden rescatar entre las normas estudiadas. Se evidenció que en ningún instrumento jurídico NNA aparecen como presuntos agresores y víctimas al mismo tiempo. Es importante resaltar este vacío. Solo se regulan casos en que NNA son víctimas, como en el Caso *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, o la Ley 1652/2013; o cuando son agresores, como en las Reglas de Beijing, la Observación General No. 10 del CDN, o el SRPA que consagra el CIA. Finalmente, se evidenciaron disposiciones generales, que aunque no traten

específicamente sobre casos en que NNA son víctimas o agresores en delitos sexuales y deben rendir testimonio, igualmente les acoge porque son derechos que se deben aplicar a NNA sin discriminación, como el interés superior.

Como norma en común se estableció que el debido proceso no es un trámite rígido. No es posible aplicar unas mismas reglas generales para todos los casos. Es necesario establecer medidas especiales que se adecúen a las condiciones de cada NNA, según su grado de vulneración, para protegerles integralmente. Si la niñez vive y se desarrolla de modo diferencial, si requieren medidas especiales para impulsar su bienestar como supone la CIDN; si gozan del derecho a ser escuchados, se puede pensar que cada uno participa de modo distinto ante las adversidades, y que las diligencias deben realizarse igualmente de forma diversa. Sería contrario a derecho tratar igual a una niña de 4 años que a un adolescente de diecisiete, pues su grado de madurez no es el mismo. Se considera que la aplicación de normas diversas, para que exista realmente una igualdad material y justa, proporcional, es conforme al principio de la CIDN de no discriminación.

También es obligatorio tener en cuenta el delito que se comete, pues no es lo mismo la agresión sexual que efectúa un adolescente de 17 años, completamente maduro y consciente, al acceder carnalmente a un niño de 5 años usando la violencia; que el adolescente de 15 años que con su novia de 13 años se tocan los cuerpos a modo de experimentación, siendo ambos inocentes y actuando con propia voluntad, aunque la capacidad jurídica de ella no exista por tener menos de 14 años. Al menos ocurre sin violencia. Todos estos factores deben tenerse en cuenta y ponderarse, pues como lo indicó la CDN en su Observación General No. 5, “la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico” (p. 58). En el mismo sentido, la regla 5 de Beijing dispone que el proceso penal debe ser proporcional “a las circunstancias del delincuente y del delito”.

Es necesario ponderar las condiciones de cada NNA partícipe dentro del proceso penal, para saber qué medidas deben adoptarse. No habría por qué ser de otro modo cuando NNA conforman las dos partes del delito, como presunto agresor y víctima. La regla 5 de Beijing señala la debida competencia, unas facultades discretionales otorgadas a quienes intervienen NNA, para que tengan en cuenta “las diversas necesidades de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles”. La regla 16 del mismo cuerpo normativo determina que realizar “una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito”, es la única forma para que las decisiones tomadas sean justas. Lo que la ColDH denomina debida diligencia reforzada, no es otra cosa que la necesidad de adoptar medidas “particularizadas y especiales” (ColDH). Es lo que en el SIDH se ha denominado como acceso a la justicia en condiciones de igualdad, y lo que permite desarrollar medidas especiales de protección.

Pareciera que la única medida general contemplada es la necesidad de aplicar medidas particulares, como los principios establecidos en diferentes instrumentos y que configuran el interés superior, la protección integral y la prevalencia de sus derechos. En este sentido no solo están los artículos 7, 8 y 9 del CIA, sino que la CIDN contempla como uno de sus principios rectores el interés superior, consagrado como derecho en su artículo 3, párrafo 1. En la misma línea argumentativa, la Regla 14.2 de Beijing establece que “el procedimiento favorecerá los intereses del menor”.

Por lo anterior, se estima como criterio hermenéutico para la valoración de los testimonios rendidos por NNA víctimas de agresiones sexuales, la debida diligencia reforzada que reseña la ColDH, en relación con las medidas especiales de protección y el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad; además de la debida competencia que ordena las reglas de Beijing. Surge así una pregunta: ¿puede suponerse que dentro del sistema jurídico colombiano existen estas figuras jurídicas: la debida competencia y la debida diligencia reforzada? Se

considera que sí, por partida triple. Primero, porque pueden reconstruirse a partir de su desglose jurídico, teniendo en cuenta que se componen de otros derechos. Según la ColDH, la debida diligencia reforzada y la no revictimización de NNA, se configuran mediante cuatro disposiciones de la CADH: el artículo 1.1 que obliga a los Estados Parte a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y las libertades; el 8.1 que desarrolla el debido proceso; el 25, acerca de los recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de DDHH; y el 19 que consagra medidas especiales de protección para todo niño por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Por lo anterior, puede suponerse que en el sistema jurídico colombiano la debida diligencia reforzada existe mediante normas constitucionales como son el derecho fundamental al debido proceso contenido en el artículo 29 Superior, en relación con el acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva; el artículo 2 de la Carta Política sobre los fines del Estado donde se estipula “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”; y especialmente el artículo 44 constitucional sobre la niñez, el principio pro infans, desarrollado a profundidad jurisprudencialmente. Puede incluirse el derecho a la igualdad que establece la adopción de medidas especiales para equilibrar situaciones desproporcionales, como ocurre con los sujetos de especial protección donde se incluyen NNA.

Como segundo, puede considerarse que la debida diligencia reforzada, como la debida competencia, existen en el sistema jurídico colombiano porque, según el artículo 93 de la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia son parte del derecho interno. Igual el CIA remite a los instrumentos internacionales.

Tercero y último, teniendo en cuenta que la debida diligencia reforzada consta de “medidas particularizadas y especiales” (ColDH), se resalta que normas con similar contenido se encuentran en el ordenamiento jurídico interno como los principios que rigen el CIA, que son el interés superior, la protección especial e integral, y la prevalencia de derechos. En mismo sentido puede suponerse que

desde la CIDN se contempló la debida diligencia reforzada, al relacionar el interés superior junto a la igualdad y no discriminación que mitiga cualquier situación de riesgo en que puedan encontrarse los derechos integrales de NNA.

No muy diferente ocurre con la debida competencia, pues aunque no esté determinada expresamente en el sistema jurídico colombiano, su noción puede rastrearse mediante diferentes normas; como en el artículo 206A del CPP, cuando se ordena que la entrevista forense la realice personal del CTI entrenado especialmente para este tipo de casos; o cuando la misma disposición señala que, antes de realizar la entrevista, el Defensor de Familia debe revisar el cuestionario. En igual sentido se encuentra el artículo 150 del CIA que ordena el testimonio de NNA durante un procedimiento penal, y señala que dicha diligencia solo puede realizarla el Defensor de Familia. El artículo 146 del CIA dispone como obligación del Defensor de Familia acompañar completamente al adolescente infractor durante el proceso penal, no solo en las audiencias judiciales, por lo que se entiende que debe estar en la etapa de indagación e investigación, incluso luego del proceso, hasta que se restablezcan completa e integralmente los derechos. No otra persona garantiza el goce efectivo de sus derechos. El artículo 193 del CIA, numeral 12, dispone que NNA deben estar acompañados “de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley”.

Igual ocurre con el CDN, pues aunque no decanta expresamente la debida competencia, mediante su *Observación General No. 10* se obliga a las personas que tienen contacto con NNA durante el proceso penal, como las autoridades que llevan los procesos, “haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia” (CDN, Observación General 10). La ColDH no se queda atrás cuando dispone que “es necesario que estas declaraciones sean llevadas a cabo por psicólogos especialistas o profesionales de disciplinas afines específicamente capacitados para recibir estos testimonios” (ColDH, 2018). En este punto resulta importante recordar que por la debida competencia no solo se obliga al personal ser idóneo, capacitándose profesionalmente en este tipo de casos, sino

que se permiten facultades discretionales que tienen en cuenta “las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles”, eliminando por completo las reglas generales que consideran a la totalidad de NNA como una masa informe sin particularidades.

Recogiendo lo expuesto, se evidencia la existencia de normas nacionales que regulan el problema de la práctica testimonial de NNA víctimas de delitos sexuales, aunque sin excepción se presuponga que el agresor es un adulto. En este sentido se expuso la Ley 1652/2013, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, que además propone la posibilidad de practicar la prueba anticipada. Importante resaltar que estas normas se rigen por el principio *pro infans*, dándole prevalencia a los derechos de NNA. También debe recalcarse que, aunque dichas reglas existan para ordenar el modo en que se deben practicar las declaraciones con NNA víctimas de agresiones sexuales, no son el único modo, por lo que no deberían olvidarse figuras propuestas en el ámbito internacional como la debida diligencia reforzada, las medidas especiales de protección o la debida competencia, donde la preocupación va dirigida a las particularidades que presenta cada niño, y de este modo, los enfoques diferenciales que deben aplicarse para cada caso. Solo así es posible una justicia en igualdad de condiciones y proporcional. Los criterios hermenéuticos no pueden limitarse a las normas nacionales, ni son reglas de fácil subsunción.

Se entiende a través de los múltiples instrumentos sobre NNA, que debe darse prevalencia a sus derechos por el principio *pro infans*. De esto no hay duda jurídica. Siempre que exista conflicto entre los intereses de NNA, con los de un adulto, debe privilegiarse al primero. Por lo mismo, y atendiendo al problema principal de esta investigación, surge una pregunta: ¿se debe privilegiar algún NNA, cuando dos o más se enfrentan en un proceso penal? Se determinó que en el presupuesto en que NNA víctimas se enfrentan a un adulto, como con el artículo 194 del CIA, o con el artículo 206A del CPP, pueden limitarse las garantías procesales de las que goza el sindicado como el derecho a la defensa mediante la

posibilidad de contrainterrogar en una audiencia pública; por lo que surge una duda: ¿y si el agresor es un adolescente, en condiciones de vulnerabilidad más especiales que la víctima? ¿No sería contrario al interés superior del procesado, el cual goza además de la presunción de inocencia, limitar sus derechos a controvertir la declaración con que se le acusa, así sea profesada por NNA en mejores condiciones sociales, psicológicas, económicas y de madurez? Resulta imposible privilegiar dos derechos cuando son contrarios. No se puede aplicar simultáneamente el artículo 151 del CIA que consagra expresamente para el adolescente procesado “el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos”, y el artículo 194 del mismo cuerpo normativo que ordena no exponer a la víctima frente a su agresor.

Pareciera no existir respuesta. Como si fuera imposible plantear un protocolo general para todos los casos. Es necesario aplicar medidas específicas que tengan en cuenta las particularidades de cada NNA, y en especial, su grado de vulnerabilidad. Se considera que todo caso debe comenzar con un estudio acerca de las condiciones de NNA intervenientes. Debe ponderarse el tipo de delito cometido, no de forma general sino concretamente. Existen diferentes modos de agresión sexual, por lo que no puede aplicarse una sola regla para todos los casos; el acceso carnal que se logra mediante un acto violento, de un adolescente de 17 años sin condiciones especiales de vulnerabilidad, contra un niño de 4 años, se considera más grave que el caso de dos novios NNA que con propia voluntad exploran tocando mutuamente sus cuerpos, aún cuando uno de ellos tenga menos de 14 años. Debe tenerse en cuenta que NNA son sujetos de derechos, como lo dispone el principio de autonomía progresiva que desarrolla el SIDH. Solo si se tienen en cuenta estas circunstancias puede pensarse en un juicio justo y proporcional que se desarrolle en igualdad de condiciones, sin discriminación. Tratar a todos por igual sería victimizante. Sería contrario al derecho a la igualdad, y de este modo, contra la dignidad humana.

Para resolver de algún modo la pregunta planteada desde un inicio, ¿se debe situar a quien se considera víctima de violencia sexual frente a su presunto agresor

adolescente en un juicio oral y ante la inmediación del juez, ejerciendo sin inconveniente el derecho a la defensa mediante el contradictorio? Sea sí la respuesta, o sea no, según las características de cada NNA partícipe, lo que sí es seguro es que deben tomarse medidas especiales para proteger integralmente los derechos prevalentes de ambas partes. ¿Puede aplicarse el artículo 206A del CPP, o la práctica de la prueba anticipada? Claro que sí. Especialmente en los casos donde el adolescente infractor manifieste ventaja sobre la víctima, haciendo que la brecha entre los NNA implicados se amplíe. Se entiende también que el grado de madurez no se relaciona directamente con la cantidad de años, pues existen niños de 12 años que denotan un desarrollo mental mucho mayor que adolescentes de 17 años. Esto debe ponderarse. También la forma en que cada uno decide participar dentro del proceso, pues acorde a la CIDN, NNA3

tienen el derecho a ser escuchados dentro de los procesos que les incumbe, lo que se traduce en una participación activa según su propia voluntad. Esto hace que cada proceso sea particular. Si es el caso de una pareja de niños que mantienen relaciones sexuales jugando voluntariamente y sin el uso de la fuerza, uno con 13 años y otro con 15, se configura un delito sexual; quizá aquí no habría problema de ponerlos cara a cara. El adolescente que el sistema jurídico considera agresor puede estar frente a frente con su supuesta víctima sin problema porque quizá ambas partes así lo desean, teniendo en cuenta que llevan una relación sentimental. NNA son sujetos de derechos y deben gozar efectivamente de sus libertades sexuales.

Para terminar, se considera que lo más óptimo y acorde al derecho especial de NNA es empezar el proceso con un examen que determine las condiciones de cada NNA interviniente. Este examen debe realizarlo una persona capacitada, idónea. Ojalá una sola vez. Según los resultados, acorde a la situación de cada NNA, atendiendo al tipo de delito, como a la forma en que decide cada parte participar, se deben adoptar las medidas que sean necesarias para que se desarrolle un proceso justo y proporcional, en igualdad de condiciones.

Capítulo II

Análisis jurisprudencial sobre la valoración testimonial de NNA víctimas de delitos sexuales

Teniendo en cuenta el problema jurídico formulado en este estudio acerca de cómo valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, cuando el presunto agresor es un adolescente, parte de la niñez según la CIDN; en este capítulo se analiza el modo en que la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto. En este sentido, es importante aclarar que haciendo el rastreo jurisprudencial, nuevamente se hizo evidente la presencia de un vacío normativo. No existe pronunciamiento constitucional alguno donde NNA aparezcan siendo tanto agresores como víctimas. Además, difícilmente se encuentra providencia en que ocupen la parte activa del delito. Es por esta razón que la línea jurisprudencial que a continuación se realiza se enfoca al testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales. Teniendo en cuenta esta limitante, se considera necesario hacer una lectura de las palabras de la Corte Constitucional mediante los criterios hermenéuticos establecidos en el anterior capítulo.

Entonces el objeto de este capítulo es doble. Por una parte, se expone el alcance que la jurisprudencia constitucional ha brindado al testimonio de NNA cuando son víctimas de delitos sexuales. Segundo, estos pronunciamientos constitucionales se interpretan a través de principios reseñados como la debida competencia establecida en las *Reglas de Beijing*, o la debida diligencia reforzada que desarrolla el SIDH. También se hace una lectura desde los cuatro principios de la CIDN. De este modo es posible determinar los criterios hermenéuticos constitucionales que tienen a disposición los jueces de infancia y adolescencia, cuando deben valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, y el agresor es un adolescente.

Para lograrlo, este capítulo se ha dividido en dos apartados: primero se desarrolla una línea jurisprudencial donde se pregunta si se vulneran derechos fundamentales como el debido proceso y la seguridad jurídica cuando se valoran

bajo una misma regla, cual tarifa legal, los testimonios de NNA víctimas de delitos sexuales; segundo y último, se analiza la línea jurisprudencial desarrollada a través de los criterios hermenéuticos establecidos en el anterior capítulo. Así se determinan las normas constitucionales que deben aplicar los jueces de infancia y adolescencia al momento de valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales.

2.1. Línea jurisprudencial sobre la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales

Los derechos fundamentales en colisión dentro de esta línea jurisprudencial son los mismos que se establecieron en el anterior capítulo; por un lado están los derechos de las víctimas NNA a ser tratados con especial cuidado, evitando ser expuestos ante su agresor (artículo 194 CIA), o en un ambiente intimidatorio, hostil y agresivo, protegiéndoles de cualquier tipo de revictimización como puede ser comparecer a una audiencia de juicio oral y pública; por otro lado, están las garantías procesales del presunto agresor, como el derecho a contrainterrogar a los testigos que le acusan, principios que se relacionan con el derecho fundamental al debido proceso, con la inmediación, publicidad y contradicción de la prueba.

2.1.1. Escenario constitucional

Como no se encontraron sentencias donde NNA ocuparan tanto la parte activa como pasiva del delito, el escenario constitucional se limitó al testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, y se formuló la pregunta acerca de cómo valorar sus declaraciones. Es importante tener en cuenta que en la Ley 600/2000 las pruebas se valoraban a través de una tarifa legal, y desde la Ley 906/2004 se dotó al juez para valorarlas mediante la sana crítica (Devis, 2010); de este modo, se configura el escenario constitucional cuestionando el modo en que debe valorarse el testimonio de NNA víctimas de un delito sexual: ¿mediante tarifa legal, o la sana crítica? Se entiende como tarifa legal “un sistema cerrado para el juez, que le impone el legislador los criterios valorativos, para parecer como un «autómata» en la valoración de la prueba judicial” (Agudelo, 2008, p. 187).

2.1.2. Problema jurídico

Si los derechos a balancear se relacionan con el debido proceso; y el escenario constitucional hace referencia al interés superior de NNA, al valor otorgado a sus testimonios cuando se ven involucrados como víctimas en un proceso penal por delitos sexuales; la pregunta jurídica que enmarca el balance constitucional es:

¿Se vulnera el debido proceso cuando se valora, en delitos sexuales, el testimonio de NNA víctimas mediante tarifa legal?

Es importante resaltar que la lectura realizada a las sentencias no se limita a responder el problema de cómo valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, sino que se relaciona con los criterios hermenéuticos establecidos en el primer capítulo, como son la debida diligencia reforzada, la no discriminación, el interés superior, la participación o la debida competencia. La pregunta jurídica en este sentido sería: ¿son las providencias constitucionales coherentes a lo dispuesto en las Reglas de Beijing, la ColDH, la CIDN y el CDN? Esta no puede ser la pregunta a balancear constitucionalmente porque sería contrario a la técnica de la línea jurisprudencial, donde se contraponen derechos fundamentales en un espacio fáctico conocido como escenario constitucional. Se entiende entonces que cada sentencia traída a colación contiene una doble lectura.

2.1.3. Telaraña y nicho citacional

La sentencia arquimédica: T-116/2017.

Primer nivel de ingeniería en reversa: C-177/2014, T-117/2013, T-554/2003.

Segundo nivel: T-078/2010.

Tercer nivel: T-458/2007.

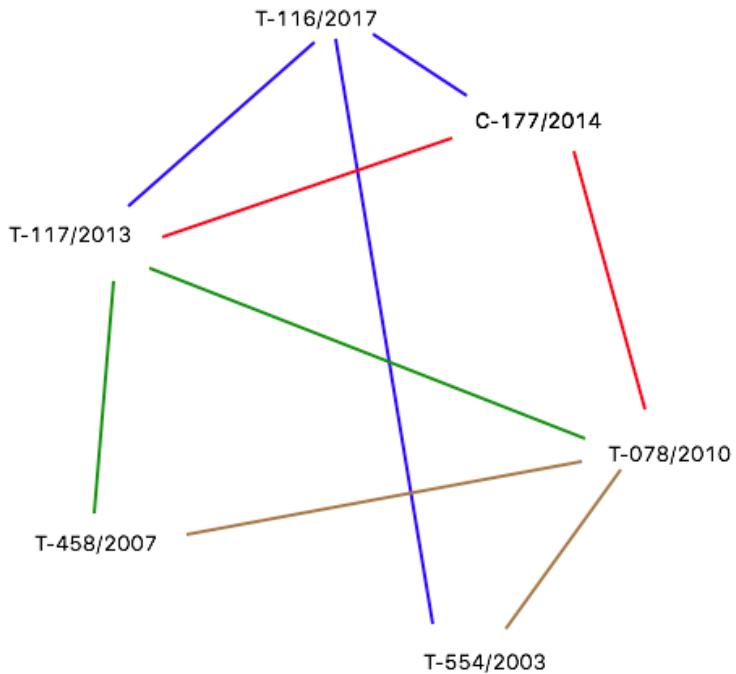


Ilustración I. Telaraña. Creación propia.

Arquimédica:		T-116/2017				
Primer nivel:		T-554/2003	T-117/2013	C-177/2014		
Segundo nivel:			T-078/2010	T-117/2013		
			T-554/2003	T-078/2010		
Tercer nivel:				T-458/2007		
Nicho citacional:	T-554/2003	T-458/2007	T-078/2010	T-117/2013	C-177/2014	T-116/2017

Tabla 1. Ingeniería en reversa y nicho citacional. Creación propia.

Recogiendo lo anterior, son seis las sentencias a estudiar y balancear a continuación: T-554/2003, T-458/2007, T-078/2010, T-117/2013, C-177/2014, T-116/2017.

2.1.4. Balance constitucional: pregunta y respuestas polares

¿SE VULNERA EL DEBIDO PROCESO CUANDO SE VALORA, EN DELITOS SEXUALES, EL TESTIMONIO DE NNA MEDIANTE TARIFA LEGAL?

<p>Sí, porque debe analizarse cada prueba individualmente y en conjunto, desde la sana crítica; además, gracias al principio <i>pro infans</i>, el interés superior del menor, el proceso contemplado en el CPP no solo puede modularse, sino que la actitud pasiva del juez puede acarrear una discriminación al no tomar en cuenta las medidas necesarias para garantizar la protección de los niños. Si el valor probatorio está prefijado en una norma, se entendería que entre los NNA no existen diferencias y particularidades.</p>	 <p>T-554/2003</p> <p>T-458/2007</p> <p>T-078/2010</p> <p>T-117/2013</p> <p>C-177/2014</p> <p>T-116/2017</p>	<p>NO, porque si así lo contempla la norma, así debe hacerse, sin importar las particularidades ni las diferencias de los casos, lo que además sería contrario a la igualdad, la legalidad y la seguridad jurídica.</p>
--	--	---

Tabla 2. Balance constitucional. Creación propia.

2.1.5. Narración explicativa

2.1.5.1. T-554/2003

Este primer caso responde a la pregunta jurídica con un claro Sí, por lo que se ubica al lado izquierdo del balance –aunque sin alcanzar el extremo–. Esto porque la Corte Constitucional aseguró que sin importar el momento o la situación, NNA gozan de un interés superior dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Ante cualquier proceso judicial deben recibir especial protección, más aún siendo víctimas de delitos sexuales; es decir que el criterio que deben utilizar “los diversos funcionarios que actúan en las etapas procesales de investigación y de juzgamiento debe estar siempre orientado por el principio del interés superior del menor” (CConst, T-554/2003, C. Vargas). Estas palabras pueden leerse mediante dos principios de la CIDN: la no discriminación y el interés superior.

Teniendo en cuenta que para la fecha en que se promulgó esta sentencia no existía el CIA, la Corte Constitucional recordó que el interés superior no solo se concibe en el artículo 44 Superior, sino que desde la CIDN se dispuso, e ingresó al sistema jurídico colombiano a través del artículo 20 del Código del Menor de 1989 con estos términos: “las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. Se observa que el interés superior de NNA se consagró en Colombia dos años antes que la actual Constitución Política.

En esta providencia se mencionó que, por el interés superior de NNA, cuando las autoridades judiciales se enfrentan a delitos sexuales, “deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño” (CConst, T-554/2003, C. Vargas). Se lee que valorar el testimonio de NNA desde una tarifa legal es discriminatorio porque no se tendría en cuenta la condición especial del niño, y de este modo, se configura una evidente violación al debido proceso que no puede desarrollarse bajo premisas idénticas que con un adulto. Es importante resaltar que en esta sentencia se definió qué es actuar de manera

discriminatoria con estos términos:

(...) cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga (CConst, T-554/2003, C. Vargas).

Se entiende que si las autoridades no aplican unos criterios diferenciados cuando se encuentran ante delitos sexuales donde niños se ven involucrados como víctimas; si no hacen excepciones al proceso penal que desarrolla el CPP; si no modulan el contenido general y abstracto de la ley, el derecho fundamental al debido proceso se vulnera. No se concibe este derecho como una fórmula rígida e inflexible, sino que despliega múltiples e intrincadas posibilidades, garantizándose según su adecuación a las condiciones particulares de cada NNA.

De las palabras de la Corte Constitucional se resalta que la actitud pasiva del juez en materia probatoria configura un acto discriminatorio, ya que tiene la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para optimizar y no vulnerar los principios en colisión de NNA. No pueden tratarse NNA igual que a un adulto o de forma general. Tampoco puede un juez limitarse a subsumir el testimonio a una tarifa legal, pues “el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria” (CConst, T-554/2003, C. Vargas). No adoptar un enfoque diferencial, en otras palabras, sería discriminatorio. No todos los NNA son iguales, ni pueden tratarse igual, so pena de crear situaciones discriminatorias. Entonces, aunque suene algo contradictorio, no discriminar resulta discriminatorio; y cuando se discrimina, no hay discriminación.

Esta sentencia, primer caso del balance constitucional, se cataloga como sentencia fundadora de línea (López, 2011) no solo porque las demás providencias

del nicho citacional le reseñan, sino porque se pronuncia antes que la expedición de la Ley 906/2004 acerca de la sana crítica. Estando vigente legalmente la tarifa legal en el marco de la valoración probatoria penal, la Corte Constitucional se pronunció sobre la importancia de aplicar la sana crítica, analizando cada prueba individualmente, y en relación con las demás, dándole el valor que razonablemente de sentido al material probatorio y a la argumentación jurídica. En este momento tampoco existía el CIA (Ley 1098/2006), por lo que la decisión se apoyó casi exclusivamente en el artículo 44 Superior. Además se encuentran amplios desarrollos doctrinales, característica de las sentencias fundadoras de línea (López, 2011), junto a vacíos normativos.

En esta sentencia fundadora de línea se reseñó la providencia T-408 de 1995, y aunque este caso no hace parte del balance constitucional porque trata una situación fáctica diferente⁴, se trae a colación en esta oportunidad porque desarrolla el principio de interés superior de NNA para contraponerlo al “enfoque tradicional” donde “el menor era considerado menos que los demás, y por consiguiente, su intervención y participación en la vida jurídica (...) era inexistente o muy reducida” (CConst, T-554/2003, C. Vargas). Debido a esta concepción tradicional que consideraba a NNA menos que los adultos, su testimonio se valoraba mediante tarifa legal, o como inservible, situación contraria actualmente, y desde la Constitución Política de 1991. A los niños ya no se les trata como “menos que los demás”, sino que gozan de un “interés superior”, lo que puede apreciarse de conformidad al principio de autonomía progresiva que desarrolló la ColDH y que se expuso en el anterior capítulo de este estudio, donde se reconocen los derechos humanos de NNA.

Por lo anterior, se entiende que el actuar adecuado de la administración de justicia, para evitar cualquier tipo de discriminación ante NNA víctimas de delitos sexuales, ha de ser la necesidad de adoptar medidas que protejan su interés superior. Es decir que el funcionario judicial debe no solo “investigar la ocurrencia

⁴ Una abuela solicita que su nieta pueda ver a su madre, recluida en la cárcel por el delito de incendio.

de los hechos y el establecimiento de responsabilidades" (CConst, T-554/2003, C. Vargas), sino que también tiene la obligación de proteger integralmente a NNA involucrados (CConst, T-554/2003, C. Vargas) durante todo el proceso, e incluso después de terminado, hasta que los efectos de la violencia cesen completamente. No por otro motivo, considerar la tarifa legal para valorar el testimonio de NNA, no solo en estos casos, vulnera además del derecho al debido proceso, el interés superior del menor. Aplicando estos principios al testimonio de la víctima, la Corte Constitucional manifestó que en el caso bajo estudio "no se realizó una valoración conjunta de todas las pruebas; los indicios no fueron tomados en consideración; se presumió de falsa, sin más, la declaración de la víctima" (T-554/2003, C. Vargas).

Resumiendo este primer caso del balance; a la hora de interpretar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, no puede aplicarse una tarifa legal o norma estándar, general para cualquier persona, sino que ha de valorarse cada prueba en conjunto con las demás, según las particularidades de cada caso y usando la sana crítica. Del mismo modo, el papel del juez no puede ser pasivo subsumiendo cada caso a lo dispuesto en alguna norma previa y determinada, pues se demanda un actuar positivo donde se adopten las medidas que sean necesarias para garantizar la protección especial de NNA involucrados. El proceso penal debe adecuarse a las particularidades de NNA partícipes.

Para concluir con esta sentencia fundadora de línea, se considera posible leer las palabras de la Corte Constitucional a través de algunos criterios hermenéuticos establecidos en el primer capítulo de este estudio, como la debida diligencia reforzada que expone la ColDH, ya que se imponen como parte del debido proceso medidas particulares, según las características de NNA involucrados. No es posible aplicar normas generales y abstractas, por ningún motivo. Se entiende que se aplica también el principio de no discriminación de la CIDN. Asimismo puede entenderse lo expuesto mediante "el principio de autonomía progresiva" que desarrolla la ColDH, y que reconoce a NNA como sujetos que gozan de derechos humanos; pues a diferencia del "enfoque tradicional" que les definía como menos que los demás y los ignoraba dentro de los procesos que les incumbía, en esta

oportunidad se les reconoce con un interés superior, lo que les permite participar en el proceso, ser escuchados, y que sus palabras sean valoradas no de modo abstracto, lo que también se vincula con la CIDN. Se observa que este pronunciamiento de la Corte Constitucional es conforme con lo señalado en el primer capítulo. Como punto clave, se recalca que la autoridad judicial no solo puede preocuparse por determinar los hechos y la responsabilidad penal, sino que debe velar para que los NNA involucrados gocen efectivamente de sus derechos, protegiéndoles integralmente desde su interés superior; no basta con valorar el contenido de sus palabras, sino el modo en que estas se recogen.

2.1.5.2. T-458/2007

Al igual que con la anterior sentencia, y con las siguientes, esta segunda acción de tutela se dirigió en contra de una providencia judicial por supuesto error en la forma de interpretar y valorar las pruebas, específicamente el testimonio de un niño abusado sexualmente. La Corte Constitucional se preguntó si se vulneran derechos fundamentales como el debido proceso por “la no valoración del acervo probatorio y por desconocimiento de las reglas de la sana crítica” (CConst, T-458/2007, A. Tafur). Como puede verse, el problema jurídico hizo referencia a la sana crítica, concepto dispuesto también en el caso anterior y totalmente contrario a la valoración del acervo probatorio por tarifa legal. Con esto se determina que seguimos en el mismo escenario constitucional.

Se considera vulnerado el debido proceso cuando se valora el testimonio de NNA involucrados en delitos sexuales usando una tarifa legal, dejando de lado la sana crítica que reconoce las particularidades del caso. Por este motivo, esta segunda sentencia dentro del balance constitucional se ubica en un claro Sí, al mismo nivel que la anterior. Se traen a colación unas subreglas que deben aplicar las autoridades con las víctimas cuando se encuentran ante delitos sexuales, sin importar la edad. Estas son:

- 1) El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación;

- 2) El derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones y a ser escuchadas, y a que se les comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos;
- 3) El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.;
- 4) El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación;
- 5) El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;
- 6) El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima.
- 7) El derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad;
- 8) El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen;
- 9) El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia.

Estos nueve derechos que se reconocen para todas las víctimas de delitos sexuales, parecieran contener principios expuestos que cobijan a NNA, como es el derecho a participar del proceso, a ser escuchados y que sus palabras sean valoradas, principios que también se encuentran en la CIDN; igual cuando se deben adoptar las medidas que sean necesarias para evitar una segunda victimización, como al no colocarles frente a su agresor. También es importante señalar que, si estos son derechos que protegen a las víctimas de delitos sexuales, se refuerzan y cobran un interés superior si se trata de NNA. Pareciera entonces que cada uno de los elementos que configuran este escenario constitucional, como el hecho de

enfocarse a NNA, o que sean víctimas de delitos sexuales, son aspectos que requieren de las autoridades la aplicación de medidas jurídicas especiales para garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia sin discriminación. Nuevamente se entienden las palabras de la Corte Constitucional conformes a la debida diligencia reforzada que se expuso antes a través de la ColDH.

2.1.5.3. T-078/2010

Este caso trata de una niña de 3 años presuntamente abusada por el papá. La Fiscalía precluyó la investigación por considerar que los documentos probatorios y la entrevista efectuada a la víctima no representaban prueba suficiente para continuar con la acción penal, además de la negativa de la niña a rendir testimonio. Los jueces de tutela en primera y segunda instancia estuvieron de acuerdo con la fiscalía, argumentando que:

(...) es indiscutible que la falta de la declaración sin juramento de la víctima, genera un vacío probatorio, difícil de llenar con las pruebas arriba mencionadas, pues se sabe que (...) la niña fue citada por esta delegada y remitida a valoración psicológica para determinar si estaba en condiciones de realizar la diligencia, en seis (6) oportunidades (CConst, T-078/2010, L. Vargas).

Siguiendo el marco planteado por las anteriores dos sentencias de esta línea jurisprudencial, se puede considerar que es contrario a derecho obligar a una niña a testimoniar, como acá lo propone la fiscalía. No obstante, ¿cómo garantizar igualmente los derechos del procesado? Sin pruebas, también sería contrario a derecho condenar a una persona, así sea mayor de edad. Se vulnerarían bastantes principios procesales, como la presunción de inocencia. Enfocándose al testimonio de NNA, la Corte Constitucional en esta oportunidad trae a colación una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, donde se consideró que:

(...) calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad [es inconstitucional]. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no

disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. (...) corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio (CConst, T-078/2010, L. Vargas).

Nuevamente se entiende que es mediante la sana crítica que debe valorarse el testimonio de NNA, contrario al uso de una tarifa legal. Por lo tanto, a través de este caso se lee que SÍ se vulnera el debido proceso si se aplican normas rígidas por parte de cualquier funcionario judicial, cuando no se adoptan medidas especiales para proteger a NNA intervenidos, limitándose a una norma general y determinada. Por lo demás, ante el escenario constitucional de la presente línea, y haciendo referencia al ya reseñado pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se manifestó expresamente que:

(...) no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos) (CConst, T-078/2010, L. Vargas).

Muy importante resulta el argumento que esta sentencia despliega acerca del error de aplicar una tarifa legal a la hora de valorar el testimonio de unos niños, lo que conlleva a un claro SÍ dentro del balance constitucional: se vulnera el debido proceso cuando no se valora por medio de una sana crítica el testimonio o entrevista de NNA involucrados en delitos sexuales.

Para terminar con esta sentencia, es importante señalar que es el tercer caso con mismo balance.

2.1.5.4. T-117/2013

Cuarto caso. El juez penal de conocimiento no admitió como prueba, dentro

de un proceso por delito sexual, la entrevista de una niña involucrada como presunta víctima por dos razones; primero, por “la imposibilidad de lograr la compare[ce]ncia de la menor y su mamá al juicio” (CConst, T-117/2013, A. Estrada); y segundo “por considerar que para la recepción de la entrevista a la menor no se le informó que no estaba obligada a declarar contra su tío” (CConst, T-117/2013, A. Estrada). En otras palabras, la declaración recogida a la víctima durante la investigación del crimen, según el juez penal, no podría valorarse como prueba debido a que no se practicó en audiencia pública de juicio oral, donde puede ejercerse el derecho a la defensa ante la inmediación de la prueba. Por lo demás, el juez argumentó que la declaración estaba viciada debido a que a la niña víctima no se le mencionó el derecho que le cobijaba a no estar obligada a declarar contra su tío, presunto agresor, por lo que determinó dicha entrevista contraria al artículo 33 de la Carta Superior, según el cual “nadie podrá ser obligado a declarar contra (...) parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad”.

A diferencia de los tres casos anteriores, esta sentencia se desarrolla en el marco del sistema penal acusatorio (Ley 906/2004), por lo que se trata específicamente el problema de la entrevista forense de NNA víctimas de delitos sexuales, que según el CPP no es una prueba porque no se practica en juicio oral; solo ostenta la calidad de elemento material probatorio. Atendiendo a este problema, la Corte Constitucional señala los siguientes parámetros, necesarios no solo para que la entrevista pueda valorarse como prueba, sino para acreditar su contenido:

(...) la entrevista, interrogatorios o contrainterrogatorio que realiza[n] los especialistas de la ciencia del comportamiento humano (psicólogos) deben evaluar al menor-víctima en el marco de [un] ambiente relajado, informal en medio del cual se escucha, registra y analiza las manifestaciones del afectado sobre hechos que interesan al proceso, inclusive la mayoría de las veces se deben introducir actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor. La diligencia se debe desenvolver en un ambiente de confianza para que el menor declare con espontaneidad y naturalidad, de manera que no se sienta presionado o sugestionado en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico. Por consiguiente, la prueba tomada a partir de lo dicho por menores víctimas de delitos, exige

especial cuidado por los derechos que se encuentran en juego y sobre toda la necesidad de no revictimizar al afectado (CConst, T-117/2013, A. Estrada).

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional resulta crucial para su momento porque al poco tiempo se promulgó la Ley 1652/2013 donde se desarrollaron los mismos parámetros, argumentos, objetivos y disposiciones, como se ve con la sentencia C-177 de 2014 que se expone a continuación. Se distingue lo que antes se reseñó como debida competencia, teniendo en cuenta que no cualquiera puede desarrollar la entrevista, interrogatorio o contrainterrogatorio, sino que debe ser un especialista, una persona idónea. Además debe acoplarse según las condiciones del NNA, incluyendo algunas veces actividades lúdicas para evitar la revictimización. El ambiente de confianza es un punto clave que también se evidenció con los criterios hermenéuticos expuestos en el capítulo primero.

Este cuarto caso dentro del balance constitucional se ubica un poco más al extremo del Sí que los anteriores tres casos porque desarrolló el problema de la entrevista forense, vital en casos de delitos sexuales cometidos contra niños. Consideró la Corte Constitucional que por las particularidades del caso es necesario desplegar un proceso diferente al formalmente determinado de modo ritual, de legalidad estricta y seguridad jurídica general, cual molde estático e infranqueable, rígido y ajeno a cualquier realidad dinámica. También se ubica un poco más hacia el extremo del Sí este caso porque se desarrolló en el marco de una nueva norma, el CIA que en sus artículos 192 y 193 dispone los procedimientos especiales que deben aplicarse cuando NNA son víctimas de delitos.

Teniendo en cuenta el interés superior de NNA, la Corte Constitucional consideró que se debió dar valor suficiente a la entrevista rendida por la niña víctima, y que aplicar el artículo 33 Superior sería tratar a la niña como un adulto por ser un tema complejo, situación que evidentemente sería discriminatoria.

2.1.5.5. C-177/2014

A diferencia del resto de sentencias, en esta oportunidad no se trató de una

acción de tutela, por lo que no se hay un caso en particular. Se analiza la constitucionalidad del artículo 1º y algunos segmentos del artículo 2º y 3º de la ley 1652/2013, por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de NNA víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Lo primero en resaltar es que se trata de una ley que dispuso un orden al escenario constitucional que se desarrolla en esta línea jurisprudencial. Lo que manifestó la Corte Constitucional en la anterior sentencia, paciera convertirse en esta ley que consta de tres artículos, los cuales se adicionaron a la ley 906/2004 y permitieron modular el procedimiento penal cuando hay NNA involucrados como víctimas de delitos sexuales. Vale resaltar que el objeto de esta ley, aunque ya se desarrolló en el capítulo primero de este estudio jurídico, es que la entrevista rendida por NNA víctimas de delitos sexuales durante la etapa de la investigación penal, que configura un elemento material probatorio pero no una prueba en cuanto no se practica en juicio oral y público ante la inmediación del juez, con las garantías procesales a la contradicción y concentración de la prueba, pueda de algún modo ingresar al acervo probatorio que valora el juez. En este sentido, se entiende que las declaraciones de NNA víctimas de delitos sexuales no pueden valorarse usando una norma general como al aplicar una tarifa legal, sino que es necesaria la sana crítica.

Así como la ley estudiada por la Corte Constitucional modifica el CPP, se entiende que el debido proceso penal debe transformarse cuando las víctimas son NNA vulnerados en su libertad, integridad y formación sexuales. Lo que se ordena con esta norma es que se limite el principio de inmediación y contradicción de la prueba, considerando revictimizante colocar a la víctima frente a su agresor. Entonces el pilar del sistema penal acusatorio, la práctica probatoria ante el juez de conocimiento, por el debido proceso debe acoplarse a las condiciones especiales de las personas que intervienen; en esta oportunidad, al interés superior de NNA. De otro modo se estarían afectando derechos prevalentes, ya que “el desarrollo del juicio oral no se puede supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las

ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado" (CConst, C-177/2014, N. Pinilla).

Entonces el debido proceso no consta de fórmulas rígidas, sino todo lo contrario: fórmulas rígidas afectan el debido proceso. El debido proceso no es una receta que se aplica en abstracto y generalmente, sino el modo en que puede modularse el andar procesal sin vulnerar su núcleo esencial, y sin transgredir los derechos de quienes participan. Con relación a la pregunta que guía el balance constitucional de este trabajo jurisprudencial:

El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado (CConst, C-177/2014, N. Pinilla).

Es decir que Sí se viola el derecho al debido proceso cuando se valora el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales usando una tarifa legal, ya que debe hacerse mediante la sana crítica. Esta sentencia es un claro Sí en el balance constitucional, aunque se corre ligeramente más a la izquierda porque recolecta las sentencias anteriores que eran sobre casos particulares, y lo dispone en una norma abstracta, general e impersonal, con efectos *erga omnes* y no *inter-partes*. También se considera que esta sentencia es re-conceptualizadora (López, 2011) porque afirma la línea jurisprudencial que le precede, e introduce un nuevo instrumento jurídico, a saber, una ley que regula el escenario constitucional estudiado.

Entonces la Corte Constitucional decidió que valorar como prueba "la entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales no desconoce los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia" (CConst, C-177/2014, N. Pinilla). Se entiende que limitar garantías del proceso penal como la publicidad o contradicción de la práctica testimonial no significa eliminarle, sino modularle; que NNA víctimas no declaren en juicio oral, no quiere decir que la prueba no pueda

contradecirse, que sea totalmente cierta, que las otras pruebas no deban tenerse en cuenta, o que sea absoluta; su contenido puede ser debatido durante el juicio oral “mediante el testimonio y el informe rendidos por la persona idónea que haya practicado inicialmente y de primera mano la entrevista al menor” (CConst, C-177/2014, N. Pinilla). Por esto la entrevista debe realizarla una persona especializada; no cualquiera puede hacerlo. Igual esto ya se expuso en el anterior capítulo cuando se determinaron los criterios hermenéuticos que deben aplicarse en estos casos, y se le relacionó con la debida competencia.

En conclusión, ¿se vulnera el debido proceso cuando se valora el testimonio de NNA víctimas de delito sexual, mediante tarifa legal? Sí, pues debe evitarse “que el menor de edad reciba el mismo trato que un adulto al interior del proceso penal, lo cual no sólo afectaría su dignidad e intimidad, sino que constituiría una mayor afrenta a sus derechos fundamentales” (CConst, C-177/2014, N. Pinilla). Palabras que se relacionan con el principio de no discriminación de la CIDN.

2.1.5.6. T-116/2017

Último caso. Un niño de 14 años se vio involucrado como víctima en un proceso penal por acceso carnal abusivo. La defensa solicitó decretar el testimonio del niño, pero el juez de conocimiento sostuvo que este no podía declarar porque era revictimizante. Dicha decisión se revoca bajo el argumento que, “más allá de las garantías especiales para llevarse a cabo la práctica de testimonios de menores en estos casos, el ordenamiento no prevé una prohibición para que comparezcan” (CConst, T-116/2017, L. Guerrero). El problema radicó en que al niño no se le preguntó si deseaba rendir testimonio, simplemente se negó su práctica considerándole violatorio. En relación con el principio de participación que desarrolla la CIDN, se entiende que el debido proceder era consultar al niño, desplegando las medidas que fueran necesarias para no vulnerar su interés superior y protegiéndole integralmente. Si el niño no desea rendir testimonio, no se le puede obligar. Pero si desea declarar en juicio público, se deben adoptar medidas para que se realice el

testimonio, evitando cualquier tipo de revictimización.

La Corte Constitucional consideró que el debido proceso puede vulnerarse tanto al negar la posibilidad del niño a dar su testimonio, como al obligar su comparecencia a juicio oral. Por esta razón, este caso se ubica dentro del balance constitucional en un Sí, se vulnera el debido proceso cuando se prohíbe el testimonio de NNA en casos de delitos sexuales. Ninguna norma prohíbe su comparecencia, pero se requieren medidas especiales para garantizar no se vulneren derechos.

Sostener que NNA no pueden testimoniar por su protección, no es diferente que la anterior tradición jurídica que concebía a NNA como inferiores y sin voz, no como sujetos de derechos, sin relación con el principio de autonomía progresiva que les reconoce en el goce efectivo de los derechos humanos, como lo entiende la ColDH. Negar la participación de NNA en los procesos que les incumben, argumentando que es en garantía de su protección, no solo es una forma de valorar sus palabras y su actuar mediante una tarifa legal general concebida anticipadamente, sino que es revictimizante. La propuesta de la Corte Constitucional para resolver este caso fue que debía recurrirse al consentimiento informado de la víctima, no otra persona, ni aún siendo una autoridad, tenía el derecho para decidir si se realizaba alguna declaración.

2.1.6. Conclusiones de la línea jurisprudencial

A la hora de interpretar el testimonio de NNA involucrados en delitos sexuales, no puede aplicarse una tarifa legal o norma estándar para determinar su valor probatorio de manera anticipada, cual fórmula ritual. Ni siquiera considerando que se les protege –como ocurre con la sentencia T-116/2017–, ni porque se concibían como inferiores sin voz –como en el enfoque tradicional que expone la T-554/2003–. Debe valorarse la participación de NNA dentro del proceso en conjunto con las demás pruebas, según las particularidades presentes en cada caso. Igualmente, el papel del juez no puede ser pasivo subsumiendo cada prueba a un valor impersonal, pues se demanda su actuar positivo valorando las pruebas

mediante la sana crítica, la razón y la argumentación jurídica, adoptando medidas diferenciadas. Además, debe prestar especial cuidado a las condiciones de vulneración en que se encuentran los participantes, no solo determinar la responsabilidad penal.

El balance de esta línea jurisprudencial presenta un incremento progresivo, pues aunque siempre se respondió con un claro Sí, no fue estático su nivel y sí aumentó tres veces, así fuera poco. Desde el primer caso se reconoce que NNA son sujetos de derechos y tienen la capacidad para participar en los procesos según sus propias condiciones, lo que se lee de conformidad con la participación contenida en la CIDN, como con el principio de autonomía progresiva que les reconoce en el goce efectivo de los derechos humanos.

Constantemente se hizo referencia a que el debido proceso no se trata de fórmulas rígidas que deben efectuarse como un ritual, sino que es una obligación modular los pasos que se aplican según las particularidades de los intervenientes, especialmente para estos casos de grave vulneración donde debe garantizarse el interés superior de NNA. Entonces el debido proceso no es un camino uniforme que debe transitarse con sentido único, sino que más bien parecieran dibujarse múltiples e intrincadas posibilidades, las cuales se ajustan según el caso.

De modo general, todo puede ser revictimizante; no rendir testimonio, rendirlo, pasar como prueba la entrevista realizada fuera de juicio oral, encarar a la víctima con su agresor en audiencia; por lo que surge la pregunta, ¿qué hacer? Lo primero a tenerse en cuenta es que no pueden aplicarse normas generales, deben adecuarse las medidas al caso particular. Por esto, quizá lo más idóneo sea comenzar con un estudio del contexto de los implicados, solo de este modo podrá acoplarse el proceso de forma justa a las condiciones particulares de cada participante.

Asimismo se evidenció recurrentemente que es deber de los funcionarios judiciales no discriminar, lo que se configura a través de obligaciones negativas

como no utilizar un lenguaje injurioso ante NNA; pero también de obligaciones positivas, como al momento de practicar cada prueba protegiendo los principios constitucionales, especialmente teniendo en cuenta el interés superior de los niños, adoptando las medidas que sean necesarias para garantizar su protección integral. Esto permite limitar garantías procesales como el derecho a la defensa, por falta de practicar el testimonio ante la inmediación del juez, y con la posibilidad de la contraparte a controvertirle. No obstante, esta limitación tampoco es absoluta, y se considera más como una modulación que se adapta al cambio. Para garantizar los derechos del procesado se puede interrogar al funcionario especializado que toma la declaración, lo que se lee mediante el principio de la debida competencia que se desarrolló en el primer capítulo. No cualquier persona puede recoger las palabras de NNA víctimas de delitos sexuales. Esta persona especializada puede acudir a juicio oral para ser cuestionado sobre las palabras recogidas. Así se protege tanto el interés superior de NNA, como las garantías procesales del acusado en juicio oral.

El escenario elegido resultó ser la yuxtaposición de varios espacios de especial protección constitucional por su grave contexto de vulneración, como son los niños, y los casos de violencia sexual.

La sentencia fundadora de línea siguió dominando hasta el final. La respuesta a la pregunta jurídica se mantuvo en un claro Sí, aunque se presentaron algunas reconceptualizaciones; o mejor, lo que se observa en esta línea jurisprudencial son sentencias confirmadoras de principio (López, 2011). Por lo anterior, puede suponerse que el interés superior de NNA no ha dejado de coger fuerza en el ordenamiento jurídico, sino que su desarrollo ha sido creciente, constante y progresivo.

Finalmente, con este balance se evidencia que el debido proceso y la seguridad jurídica no son normas inmóviles, como tampoco fórmulas rituales ajena a las dinámicas de la sociedad. Por lo mismo, puede interpretarse que las normas

jurídicas estrictamente estables, aquellas que no pueden adaptarse a ningún cambio, son contraproducentes al mismo derecho; en los casos estudiados donde NNA son víctimas de delitos sexuales, debe modularse el proceso general establecido en la ley de manera anticipada, pues de lo contrario se vulneran derechos fundamentales. El mismo proceso para todos, las mismas reglas exactamente sin atender a las particularidades, son contrarias a la seguridad jurídica, y especialmente al valor de justicia que se vincula con el principio constitucional de la igualdad. De este modo, parece que la seguridad jurídica y el debido proceso se adaptan al cambio, en relación a la dignidad humana como pilar del Estado Social de Derecho.

2.2. Criterios hermenéuticos para valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales

Si en el primer capítulo de este estudio se consideró que a nivel nacional podían configurarse los principios del derecho internacional sobre los derechos humanos de NNA, fuera mediante el bloque de constitucionalidad, o fuera desglosando tales principios en derechos fundamentales como la igualdad o el acceso a la administración de justicia; mediante lo expuesto en este capítulo se evidenció que por vía jurisprudencial se pueden conformar principios como la autonomía progresiva o la debida diligencia reforzada, que se resaltaron a través de la ColDH. Igual ocurre con lo que se denominó debida competencia, o con cada uno de los cuatro principios que sustentan la CIDN. Es decir que cada pronunciamiento reseñado en esta línea jurisprudencial resultó conforme con los criterios hermenéuticos determinados en el primer capítulo para valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, valoración que se relaciona íntimamente con su práctica.

El primer principio de la CIDN es el interés superior, desarrollado ampliamente por la Corte Constitucional desde la sentencia fundadora de línea, que trajo a colación la providencia T-408/1995. El segundo principio de la CIDN, la no discriminación, se observó no solo a través del derecho fundamental y principio de

la igualdad y no discriminación, sino al considerar a NNA como sujetos de especial protección que requieren medidas particulares para garantizar el goce de sus derechos. El principio de participación contenido en la CIDN, que se entiende como la posibilidad de NNA a expresarse libremente con respecto a lo que les concierne, y que sus palabras sean tenidas en cuenta; aunque se desarrolló en bastantes pronunciamientos, se considera que principalmente se expuso en la última sentencia, la T-116/2017, cuando un juez no permitió a un niño dar su testimonio, ni siquiera le preguntó qué pensaba al respecto, manifestando que su declaración era revictimizante. No se escuchó al niño, se le negó su participación, y eso fue más revictimizante que colocarlo frente a su agresor. Semejante ocurre con la debida diligencia reforzada, cuando la Corte Constitucional manifestó desde la sentencia fundadora de línea que por el interés superior de NNA debían adoptarse medidas diferenciadas que tuvieran en cuenta su situación de indefensión y vulneración. Por lo demás, esta sentencia fundadora de línea trae una definición acerca de lo que se entiende por actuar de manera discriminatoria, donde se incluye la actitud pasiva del juez en materia probatoria.

Resultó interesante problematizar la valoración del testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales mediante tarifa legal, ya que supone que es dable aplicar en estos casos normas generales, abstractas y preconcebidas, cuando ocurre justamente lo contrario: nuevamente desde la sentencia fundadora, que por lo demás es antes del CPP y del CIA, se enseñó que deben aplicarse enfoques diferenciales.

Es importante resaltar que todas las sentencias se preguntaron por la vulneración al debido proceso, pues de este modo no resulta extraño suponer que cada uno de los criterios hermenéuticos establecidos en el primer capítulo pueden comprenderse a través de este derecho fundamental. Es a través del debido proceso que se vincula el derecho fundamental y principio a la igualdad, que busca adoptar medidas particulares con el fin de equilibrar las situaciones, y que la igualdad material sea realmente efectiva, no solo formal; para que se realice la

justicia y se trate especialmente aquellas personas en estado de vulneración, como son efectivamente los NNA víctimas de delitos sexuales. En otras palabras, pareciera que es la Constitución Política entera la que se protege y garantiza a través del debido proceso, pues no de otro modo puede efectuarse la justicia, y que la población entera viva en condiciones de dignidad, razones por las que el Estado Social de Derecho se ve inmiscuido para garantizar el goce efectivo de los derechos.

Hay una pregunta por hacer con respecto a la línea jurisprudencial: ¿ocurre igual si el presunto agresor es un adolescente? En sentido amplio, sí. Las normas expuestas se especializan en las víctimas NNA, que por su sola condición se encuentran en estado de vulneración y requieren medidas especiales. Sin importar si el agresor es un adolescente o un adulto. No obstante, y pensando que no es correcto aplicar normas generales, puede ocurrir el caso en que el presunto agresor, adolescente –niño según la CIDN–, se encuentre en condiciones de vulneración más especiales que la víctima, y atendiendo a su interés superior deba acomodarse el proceso de algún modo que afecte la participación de ambas partes. Las particularidades del caso determinan el camino procesal. Con NNA, aunque no todo se permite, el juego de lo posible sí resulta bastante amplio. Puede que la situación sea muy difícil de contemplar anticipadamente, pero esto no significa que no pueda ocurrir, como que la parte activa y pasiva del tipo penal lo configuren NNA novios.

Un proceso justo donde NNA son partícipes solo es posible cuando se aplican las medidas que sean necesarias para proteger ambas partes integralmente, donde siga ecuánime el interés superior, y donde se proteja y garantice el derecho fundamental al debido proceso tanto de la víctima como del presunto agresor, pues ambas partes gozan de derechos fundamentales, reforzados por su interés superior.

¿Es dable suponer que, como el presunto agresor y la víctima gozan de un mismo interés superior, como ambas partes tienen unos mismos derechos

prevaleentes, pueden tratárseles en iguales condiciones, y por lo mismo, como adultos? No. Eso sería considerar todos los casos como iguales, con una norma general. Cual tarifa legal. Menos con este tipo de delitos, pues como se expuso con la segunda sentencia (T-458/2007), las víctimas de crímenes sexuales, sin importar la edad, tienen unos derechos, protecciones y garantías procesales que parecieran responder al interés superior de NNA; pues en uno y otro caso, se trata del principio y derecho fundamental a la igualdad que interviene en las condiciones de desventaja para equilibrarlas, procurando que la justicia sea real. No es que se anulen las medidas especiales cuando ambas partes del delito son NNA, es que las autoridades tienen la obligación de adoptar medidas especiales tanto para el presunto agresor, como para la víctima, e igual con cualquier persona que intervenga; protegiendo la dignidad humana de todas las personas que participan del proceso en que se administra justicia. Esta hermenéutica permite concebir el derecho de acuerdo a Castaño (2009):

(...) la aplicación del derecho ya no puede reducirse a un proceso mecánico, agotado en la tesis de la subsunción, sino que, por el contrario, queda superada bajo la idea de que las decisiones judiciales presentan siempre un componente valorativo, que se matizan a partir de conceptos o juicios caros a las construcciones jurisprudenciales como son el de proporcionalidad, ponderación, razonabilidad (p. 82).

Para terminar con estos criterios hermenéuticos, acerca de cómo valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, cuando el presunto agresor es un adolescente, es importante traer a colación el asunto de la prueba anticipada que igualmente se expuso a profundidad en el anterior capítulo. Es importante resaltar que dentro de la línea jurisprudencial se hizo referencia a esta alternativa, pero solo en las dos últimas sentencias, en la C-177/2014 y la T-116/2017. En la primera de estas sentencia se desglosó muy brevemente el asunto de la prueba anticipada mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia con fecha de enero 30 de 2008, Magistrado Ponente Augusto J. Ibañez Guzmán, sin enfocarse al problema de NNA; en la segunda providencia se desarrolló más a profundidad el asunto, aplicando lo establecido en la sentencia SP-3332-2016 de la Corte Suprema de

Justicia, como se mostró en el anterior capítulo. Este tema no se expuso en la línea jurisprudencial porque desbordaba su escenario constitucional, pero es importante para los criterios hermenéuticos que deben tenerse en cuenta al momento de valorar y practicar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales.

Capítulo III

Fallos de los jueces de infancia y adolescencia por delitos sexuales en Neiva durante los años 2011-2019

Establecidos en los dos anteriores capítulos los criterios hermenéuticos con que cuentan los jueces de infancia y adolescencia para valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales; en este tercer y último capítulo se analizan seis sentencias de los Juzgados Penales Primero y Segundo del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de la ciudad de Neiva, que se occasionaron entre los años 2011 y 2019. Estas providencias fueron seleccionadas de un total de cuarenta y cinco porque fueron las únicas donde se presentó juicio oral (como se enseña en la *Tabla 1*). En el resto de casos, los acusados se allanaron a los cargos. La lectura de estas providencias se realiza a través de categorías jurídicas como el debido proceso, la igualdad, el acceso a la administración de justicia, la debida competencia, la no discriminación, la participación, el interés superior, la no revictimización y la debida diligencia reforzada. La pregunta que ronda por entero este capítulo es: ¿son las sentencias de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva entre los años 2011 y 2019 acordes a los criterios establecidos por la Corte Constitucional y por el Derecho Universal de los Derechos Humanos?

Este capítulo está dividido en dos. En la primera parte se desarrollan las sentencias que contienen audiencia de juicio oral, y por lo mismo, práctica testimonial. Es el problema central de esta investigación. Como segundo y último, recogiendo las sentencias expuestas, se responde si los fallos de los jueces de infancia y adolescencia de la ciudad de Neiva, ante las declaraciones de NNA víctimas de delitos sexuales entre los años 2011 y 2017, son acordes a los criterios hermenéuticos establecidos en los dos primeros capítulos de este estudio.

Antes de comenzar con la exposición de las sentencias es importante resaltar tres situaciones que se presentaron, y que no tienen cabida a desarrollarse en otro

momento porque son procesos sin juicio oral ni práctica testimonial. Primero, debe indicarse que en un inicio se leyeron cincuenta y siete sentencias, pero doce estaban dañadas. Esto se problematiza porque posiblemente se trata de una vulneración de derechos. En las doce sentencias que se desecharon se mezclaban casos, por lo que resultaron sentencias incongruentes. Quizá esto ocurre porque se construyen las sentencias mediante minutos, donde solo se cambian ciertos datos; y algunas veces no se modifican completamente, por lo que queda información incongruente de casos diferentes. La pregunta que entonces surge es: ¿puede funcionar así la administración de justicia, especialmente cuando se trata de NNA que exigen medidas particulares? En un sentido semejante, se observa que la mayoría de sentencias son similares, por no decir iguales; lo que permite formular la misma pregunta de modo diferente: ¿el debido proceso funciona como una tarifa legal donde se aplican normas generales, impersonales, anticipadas y abstractas a todos los casos, sin atender a las condiciones especiales de cada NNA partícipe? ¿O esta similitud responde a la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad?

Como segundo, aunque muchas sentencias se consideran en este estudio contrarias a derecho en relación a la práctica testimonial de NNA; en otros asuntos, como el modo en que se trata al adolescente infractor o la sanción que se impone, parecieran seguirse los lineamientos estipulados por la Corte Constitucional, como en los instrumentos internacionales. Aunque esto se evidencia en la totalidad de las providencias, una muy interesante ocurre el 14 de diciembre de 2011, sentencia con radicado 41001 6001 365 2010 00591 00. También en este caso el acusado se allanó a los cargos. Se trae a colación este pronunciamiento porque se demuestra claramente que el objeto del SRPA no es sancionar al adolescente que se enfrenta a la ley penal, sino ejercer una pedagogía que configure un proyecto de vida acorde a la dignidad humana, lo que se relaciona no solo con las *Reglas de Beijing*, sino con el principio de la CIDN del derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo de NNA. En las consideraciones de esta sentencia con radicado 41001 6001 365 2010 00591 00, Jueza Xenia Rocío Trujillo Hernández, se manifestó que:

(...) son tres factores los que se presumen que ha llevado al acusado a la comisión de este hecho punible: por un lado la inmadurez psicológica correlativa a su edad, aunado a la cantidad estimable de tiempo libre con el que cuenta el adolescente, y que no es controlado por parte de sus progenitores y de otro lado, la adicción al consumo de sustancias estupefacientes como la marihuana y el bóxer, que está degradando la vida del joven sancionado; **y de no lograr su rehabilitación**⁵, es posible que llegue a la indigencia, y se torne proclive a la vida delincuencial.

Adicionalmente, es de tener en cuenta que las sanciones en el procedimiento penal para adolescentes no tienen una finalidad retributiva, sino que ellas buscan **reubicar y salvar aquella persona que se ha desviado del camino socialmente aceptado**, se precisa lograr del adolescente que ha incurrido en conductas delincuenciales se aparte de ellas a tiempo mediante su resocialización, poniéndole todo un sistema conformado por profesionales especializados que tratarán las condiciones negativas que han influido en la desviación conductual del joven, **haciendo para el caso específico**, que éste interiorice los valores apreciados socialmente, se aparte de las influencias negativas y adquiera la conciencia del respeto por los derechos ajenos, con lo cual podrá tomar mejores decisiones, para que no incurra nuevamente en la comisión de delitos; **además, que continúe con la vida estudiantil, explote sus capacidades intelectuales y forje un proyecto de vida respetable acorde con los estándares sociales**.

Al sentenciado se le imprime, más que una sanción, una forma de vida. Se le obliga a seguir estudiando; además se imponen unas reglas de conducta donde se prohíbe salir hasta tarde, andar en pandillas o con pares negativos, consumir bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes. No son medidas coercitivas ni generales, sino lineamientos que se adaptan a las condiciones del adolescente. Se diferencia de la sanción que tendría un adulto, por lo que se evidencia una aplicación del principio de no discriminación. Se adoptan medidas especiales, y así se conforma el debido proceso en relación a la igualdad y el acceso a la administración de justicia.

⁵ Todos los subrayados en negrilla son propios de este estudio y mi lectura, salvo que se indique lo contrario.

Otro asunto a problematizar anticipadamente, como tercero, y para terminar con esta introducción del capítulo: en todas las sentencias se presenta un informe psicológico, tanto del acusado como de la víctima. No obstante, no se hace para decretar el estado de vulneración de NNA partícipes, pensando en qué medidas especiales adoptar y dar cumplimiento al debido proceso. Para el procesado, el examen se realiza al final, con el objeto de determinar la sanción. A la víctima, para recoger su versión de los hechos y saber si su relato es verídico, de este modo establecer la responsabilidad penal. Como se observa, no es para proteger integralmente a NNA intervenidos, sino para fijar la responsabilidad penal o la sanción.

Caso nº	Juzgado circuito	Juez	Delito	Radicación	Fecha	Procesado	Rasgo
1	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Actos sexuales con menor de 14 años	41001 6001 365 2009 80012	Julio 11/2011	CECM	Allanó
2	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2010 00591	Diciembre 14/2011	JCMR	Allanó
3	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2012 00146	Septiembre 13/2012	ROP	Allanó y novios
4	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2011 00460	Diciembre 11/2012	MSGV y HMC	Allanó
5	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2010 00049	Febrero 25/2013	YQL	Allanó
6	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2011 00387	Diciembre 9/2013	JSChC	Allanó
7	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Acto sexual con menor de 14 años	41206 6105 128 2011 00031	Julio 15/2014	REP	Juicio oral
8	1	Xenia Rocío Trujillo Hernández	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado	41001 6001 2013 00426	Noviembre 18/2014	CLP	Allanó
9	1	José Iván Martínez Cerquera	Acceso carnal violento	41001 6000 2015 01210	Agosto 18/2015	VMSG	Allanó
10	1	Joaquín Vega Pérez	Actos sexuales con menor de 14 años	41001 6001 2011 00009	Agosto 19/2015	DHAG	Allanó
11	1	Joaquín Vega Pérez	Acto sexual con menor de 14 años	41001 6001 365 2011 00156	Septiembre 2/2015	WARQ	Allanó
12	1	Joaquín Vega Pérez	Actos sexuales con menor de 14 años	41001 6001 365 2012 00309	Septiembre 8/2015	MADF	Juicio oral
13	1	Joaquín Vega Pérez	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2013 00322	Septiembre 8/2015	NECP	Allanó
14	1	Joaquín Vega Pérez	Imputa acceso abusivo, se juzga actos sexuales	41001 6000 587 2013 00075	Septiembre 9/2015	SLQ	Allanó
15	1	José Iván Martínez Cerquera	Acto sexual con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2015 00228	Junio 9/2016	BACCh	Allanó
16	1	José Iván Martínez Cerquera	Acto sexual con menor de 14 años	41885 6105 118 2013 80061	Septiembre 8/2016	EVV	Allanó
17	1	José Iván Martínez Cerquera	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 2016 00482	Febrero 20/2017	DFAS	Allanó y novios
18	1	José Iván Martínez Cerquera	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 2016 00343	Abril 25/2017	RAL	Allanó
19	2	Héctor Puerto Polanco	Actos sexuales con menor de 14 años	41001 6001 365 2012 00606	Junio 01/2017	SCHL	Allanó
20	1	José Iván Martínez Cerquera	Acto sexual violento	41001 6001 365 2013 00588	Julio 14/2017	JSML	Allanó
21	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acto sexual con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2013 00045	Julio 28/2017	JSMÑ	Allanó
22	1	José Iván Martínez Cerquera	Acto sexual con menor de 14 años agravado	41001 6000 587 2011 00054	Julio 28/2017	JJCO	Allanó
23	1	José Iván Martínez Cerquera	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2013 00379	Septiembre 4/2017	BAEG	Juicio oral
24	1	José Iván Martínez Cerquera	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 286 2015 00282	Septiembre 8/2017	GLGH	Allanó y novios
25	2	Héctor Puerto Polanco	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2015 00726	Noviembre 8/2017	JDVL	Allanó y novios
26	2	Héctor Puerto Polanco	Acto sexual con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2010 80014	Noviembre 20/2017	DACD	Allanó
27	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2017 00057	Enero 18/2018	NJG	Allanó

28	1	José Iván Martínez Cerquera	Acceso carnal violento agravado	41001 6001 365 2013 00179	Mayo 10/2018	JAGF	Novios y juicio oral
29	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acto sexual con menor de 14 años	41001 6001 365 2016 00614	Mayo 23/2018	OAAQ	Allanó
30	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acto sexual con menor de 14 años	41001 6001 365 2015 00044	Junio 20/2018	LGMG	Juicio oral
31	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6003 1365 2016 00398	Julio 19/2018	DARC	Allanó y novios
32	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2017 00205	Agosto 23/2018	DTP	Allanó
33	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acto sexual con menor de 14 años	41001 6001 365 2017 00340	Agosto 23/2018	JSCo	Allanó
34	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2017 00205	Septiembre 21/2018	BSOL	Allanó
35	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2017 00590	Diciembre 12/2018	HJHC	Allanó y novios
36	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acto sexual con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2018 00121	Diciembre 14/2018	MSPA	Allanó
37	1	Beatriz Eugenia Ordóñez Osorio	Acto sexual con menor de 14 años	73001 6001 287 2012 01456	Marzo 05/2019	AChG	Juicio oral
30	2	Héctor Puerto Polanco	Acto sexual con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2017 00174	Junio 04/2019	WSFLI	Allanó
39	2	Héctor Puerto Polanco	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2018 00025	Junio 10/2019	JECP	Allanó y novios
40	2	Héctor Puerto Polanco	Acceso carnal violento agravado	41001 6001 365 2018 00726	Agosto 23/2019	BAMC	Allanó
41	1	Rocío del Pilar Polanco Mosquera	Actos sexuales con menor de 14 años	41001 601 365 2016 00788	Septiembre 06/2019	RRM	Allanó y novios
42	2	Héctor Puerto Polanco	Actos sexuales con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2018 00376	Septiembre 9/2019	AFSC	Allanó
43	1	Rocío del Pilar Polanco Mosquera	Acceso carnal violento con menor de 14 en concurso	41001 6001 365 2018 00332	Octubre 10/2019	YEGM	Allanó
44	1	Rocío del Pilar Polanco Mosquera	Actos sexuales con menor de 14 años agravado	41001 6001 365 2017 00645	Octubre 22/2019	DRSR	Allanó
45	1	Rocío del Pilar Polanco Mosquera	Acto sexual abusivo con menor de 14 años	41001 6001 365 2016 00409	Diciembre 10/2019	JDRD	Allanó

Tabla 3. Sentencias estudiadas de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva.

3.1. Práctica testimonial en juicio oral

3.1.1. Caso REP

La primera sentencia donde se presentó juicio oral fue del 15 de julio de 2014 por acto sexual con menor de 14 años, radicado Nº 41206 6105 128 – 2011 – 00031 – 00, jueza Xenia Rocío Trujillo Hernández. Los hechos reprochables ocurrieron el 12 de septiembre de 2011, cuando el finalmente declarado responsable penalmente tenía 16 años, y la víctima 7. El juicio oral se realizó en julio de 2014, casi tres años después, situación que se tiene en cuenta por parte de la juez a la hora de valorar las palabras de la niña víctima. El apartado “**CONOCIMIENTO PARA CONDENAR**” de la sentencia, concluye con estas palabras:

Se deja claro entonces que la prueba principal en la que se fundamenta la condena no es la noticia criminal ni informe policial, sino la declaración de la víctima, que constituye prueba testimonial completamente válida y directa, no es prueba de referencia, como lo pretende el defensor, es un testimonio de testigo directo que fue debidamente controvertido y que por ende soporta una completa evaluación como se ha hecho en esta sentencia.

Se advierte que la niña víctima fue presentada en audiencia de juicio oral como testigo sin adoptar ninguna medida especial, y sus palabras fueron controvertidas públicamente; por lo que pareciera que se ha vulnerado el artículo 194 del CIA, garantizando especialmente el derecho contenido en el artículo 151 de la misma normatividad. Es de aclarar que la víctima estaba cohibida al rendir su testimonio, aunque dicho comportamiento no se interpretó en relación con la violencia sexual sino “con su personalidad introvertida o tímida, pues así quedó claro en el examen psicológico que se le realizó” (41206 6105 128 – 2011 – 00031 – 00, X. Trujillo); debe tenerse en cuenta que quizá tampoco ayudó el ambiente del juicio oral, pues se encontraba ante su agresor y más personas. Puede que en otro espacio, con otro lenguaje y actividades, entre juegos amables, la niña relatara los hechos mucho mejor. Es lamentable que no se enseñe en la sentencia el modo en

que se desarrolló la práctica testimonial de la víctima, aunque puede suponerse que no fue muy cordial, cuando en los alegatos de conclusión el fiscal manifestó que:

(...) la timidez de la declaración realizada por la niña expresa una de las reacciones propias de los niños víctimas de abuso sexual, donde además se observó vergüenza en ciertas manifestaciones, como las expresadas al momento de definir sus partes íntimas y los tocamientos a la que fue expuesta (41206 6105 128 – 2011 – 00031 – 00, X. Trujillo).

En plena audiencia, ante desconocidos y, más especialmente, ante el que considera su agresor, la niña víctima de delitos sexuales debió hablar de los tocamientos a los que se vio sometida, y definir sus partes íntimas, ¿esto no es revictimizante? Pareciera que se le trata como a un adulto, y como si no fueran delitos sexuales, teniendo en cuenta que desde la sentencia T-458/2007 expuesta en el capítulo anterior, la Corte Constitucional expuso los derechos que protegen a las víctimas de delitos sexuales, sin importar la edad, y donde se hace referencia explícita que tienen el “derecho a ser tratadas con respeto y consideración (...) reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas” (A. Tafur). Puede que la niña decidiera presentarse en audiencia de juicio oral, situación que no se puede determinar en cuanto no se aclara en la sentencia; no obstante, si así fuera, debieron adoptarse medidas para que no fuera revictimizada, como muy probablemente ocurrió. Puede pensarse por la timidez de la víctima que ella no decidió libremente presentarse en juicio oral, o que hubiera querido estar en otro lugar; menos que le informaran debidamente sus derechos con respecto a la participación.

Algo que debe celebrarse es el modo en que se realizó la valoración del testimonio de la niña. La jueza no aplica una tarifa legal, sino que le valora mediante la sana crítica. Como se manifestó antes, este testimonio directo fue lo que sustentó la decisión. La timidez fue valorada como un rasgo de la niña, ni en relación a una

revictimización, ni como una característica de las víctimas de delitos sexuales; tampoco como si estuviera diciendo mentiras o no fueran libres y espontáneas sus palabras. Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda que según la COLDH, aplicando la debida diligencia reforzada, estos trámites deben realizarse en un ambiente seguro, privado y respetuoso, evitando cualquier situación de riesgo o vulneración, hostilidad o insensibilidad. En mismo sentido, la sentencia T-554/2003 de la Corte Constitucional consideró que la autoridad judicial actúa de manera discriminatoria cuando “dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omite realizar las actividades necesarias para su protección, [o] asuma una actitud pasiva en materia probatoria” (C. Vargas). En esta oportunidad, pareciera que se le brindó a la niña víctima el mismo trato que a un adulto, no se protegió integralmente, y el juez no adoptó un enfoque diferencial para practicar el testimonio, sino que guardó una actitud pasiva, situaciones que son claramente discriminatorias. Si bien es cierto no puede pedirse en este momento que se apliquen los parámetros establecidos en la Ley 1652/2013, pues dicha norma no existía, la Corte Constitucional ya se había pronunciado al respecto en la sentencia T-554/2003, sin olvidar las normas internacionales como la CIDN que tenía para entonces más de diez años de su promulgación. Del mismo modo pudo aplicarse un enfoque diferencial a través de la Constitución política, con la igualdad del artículo 13, el debido proceso del artículo 29, y el interés superior de NNA que establece el artículo 44; en relación con los fines del Estado contenidos en el artículo 2.

Puesto que se hizo énfasis en la revictimización mediante la repetición innecesaria de exámenes o pruebas, debe recalcarse que la niña víctima en este caso no solo debió relatar los hechos en audiencia pública y sometida a contrainterrogatorio tres años luego de lo sucedido, sino que debió hacerlo más de una vez. Entre los testimonios que se practicaron en la audiencia se encuentra el de una psicóloga de la Comisaría de Familia del Municipio de Colombia, Huila, “profesional que atendió la niña cuando se interpuso la denuncia (...) Le realizó la primera valoración a la niña, le practicó entrevista y una prueba denominado *Test*

Bajo la Lluvia, para determinar conclusiones sobre lo dicho por la niña” (41206 6105 128 – 2011 – 00031 – 00, X. Trujillo).

Puesto que ya la víctima había relatado los hechos ante una persona idónea como es la psicóloga, ¿era necesario que nuevamente se le preguntara sobre lo mismo, que recordara los hechos traumáticos casi tres años después y en un ambiente violento para su edad, como lo es una audiencia de juicio oral? En relación con lo anterior, debe resaltarse que desde la denuncia la niña se vio sometida a varias intervenciones y por diferentes personas. La sentencia manifiesta en la valoración probatoria que “desde el momento en que sucedieron los hechos hasta ahora, ha habido mucha intervención de los adultos frente al asunto, tanto en su familia (...) posteriormente cada uno de los profesionales que intervinieron” (41206 6105 128 – 2011 – 00031 – 00, X. Trujillo). Nuevamente se trae a colación la debida diligencia que desarrolló la ColDH en *el caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, para recordar que en la medida de lo posible, es necesario que la niña víctima sea intervenida por una sola persona desde el inicio, para que vele por su integridad personal y dignidad. Se entiende que es violento que intervengan varias personas, que todo el mundo se entere de la situación, pues hace parte de la intimidad de una niña sujeto de especial protección, y por lo demás, acerca de unos hechos dolorosos que normalmente quieren mantenerse en la privacidad.

El hecho que a la niña víctima la interviniieran varias personas se demuestra en los testimonios que se practicaron a tres profesionales: la psicóloga de la Comisaría de Familia del Municipio de Colombia, Huila, de la que ya se hizo mención; una trabajadora social del ICBF, quien realizó una “visita al lugar de residencia de la familia de la niña para determinar el nivel de vulnerabilidad en la que se pueda encontrar la menor, darle apoyo moral a ella y la familia, dando informa (sic) sobre las condiciones de vida del hogar” (41206 6105 128 – 2011 – 00031 – 00, X. Trujillo). Se problematiza para qué sirve “determinar el nivel de vulnerabilidad” de la niña, si no es para adoptar medidas especiales, situación que acá no pareciera ocurrir. Se recuerda que en este estudio se planteó la necesidad

de comenzar el proceso penal con el estudio de las condiciones en que se encuentran los NNA partícipes, pues solo así pueden determinarse las medidas especiales que deben adoptarse para dar cumplimiento con el debido proceso, el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones, y en relación al interés superior de NNA. A través de esta sentencia se observa que, aunque se realizó un examen de la situación de la víctima, no se adoptó un enfoque diferencial para evitar la revictimización. Si se sabía de antemano que la niña era introvertida o tímida, como lo manifestó la misma sentencia, ¿por qué no tomar medidas para mitigar esto, en vez de darlo por sentado y hecho obvio del que no se puede hacer nada? Pareciera una actitud bastante pasiva por parte de la autoridad que administra justicia. Por lo mismo se cuestiona si se realizó el examen sobre las condiciones de vulnerabilidad para determinar qué medidas adoptar, o como revictimización.

No es posible determinar qué tan revictimizante pudo ser el examen de la trabajadora social porque, cabe resaltarlo, algo recurrente con las sentencias leídas es que no exponen detalles de cómo se hicieron las intervenciones a NNA, solo enseñan los resultados, por lo que surgen más preguntas que respuestas. Igual puede pensarse que no se trata de exámenes para adoptar medidas especiales, pues no se evidencian dichas particularidades. Por lo mismo, se cuestiona hasta qué punto esta sentencia se preocupa por la responsabilidad penal, pero descuida la protección integral de NNA involucrados, contrario a lo considerado por la Corte Constitucional cuando sostiene que el funcionario judicial no solo debe preocuparse por “investigar la ocurrencia de los hechos y el establecimiento de responsabilidades” (T-554/203, C. Vargas), sino que tiene la obligación de proteger integralmente a NNA involucrados. Igual pueden hacerse conjeturas a partir de algunos indicios, como con la timidez de la niña víctima. Ya se había determinado en un estudio psicológico dicha característica, ¿por qué entonces la necesidad de presentarla en juicio oral para que testificara, frente a su agresor, frente a más personas, donde debió ser contraintervrogada, hablar de los genitales y los tocamientos a que se vio sometida? ¿Era esto necesario?

Para terminar con esta sentencia, es importante resaltar que en este caso, como en todos los estudiados, se considera como una buena opción la prueba anticipada. Así no se hubiera tenido que hacer varias veces la declaración de los hechos por parte de la víctima, ni tres años después.

3.1.2. Caso MADF

La segunda sentencia que desarrolló juicio oral fue del 8 de septiembre de 2015 por actos sexuales con menor de 14 años agravado, radicado Nº 41001 6001 365 – 2012 – 00309 – 00, juez Joaquín Vega Pérez. Los hechos reprochables ocurrieron el 22 de mayo de 2012, cuando el finalmente declarado responsable penalmente tenía 14 años, y la víctima 8. El juicio oral se realizó el 22 de julio de 2015, un poco más de tres años después. Esta sentencia es menos compleja que la anterior porque solo se presentan los testimonios de la víctima y su progenitora, quien observó directamente los hechos reprochables al llegar a la casa, e hizo la denuncia. El procesado es el tío de la víctima, hermano de la denunciante.

Interesante que la niña víctima, o al menos eso puede suponerse con la información que se presenta en la providencia judicial, no recibió intervención por ninguna persona luego de los hechos reprochables. No se presenta ninguna entrevista, ni examen psicológico o médico. Las pruebas se resumen a los testimonios de la víctima y su progenitora, los cuales se comparan con lo “descrito en las entrevistas rendidas en la denuncia y posteriormente ante el policía investigador” (Nº 41001 6001 365 – 2012 – 00309 – 00, J. Vega), por parte de la progenitora. El juez decide, desde su sana crítica, darle más valor a las declaraciones efectuadas por la progenitora antes del juicio oral donde acusaba a su hermano, que su testimonio o el de la víctima en juicio oral donde se retractaron. La niña solo declaró en audiencia de juicio oral, nunca antes, y para negar lo sucedido.

En cuanto a la práctica testimonial de la niña víctima, lastimosamente no hay mucha información al respecto. Situación que, como ya se manifestó antes pero que es importante recalcar, es reiterativo: nunca se enseña cómo se hicieron las diligencias, solo los resultados. Se vela más por determinar la responsabilidad penal del procesado, que proteger integralmente los derechos de NNA partícipes dentro del proceso, situación que es claramente discriminatoria. Por lo demás, mediante las palabras del abogado defensor puede suponerse que a la niña víctima se le trató igual que a un adulto, pues en sus alegatos finales sostuvo que “la niña no tiene seguridad en lo que expresa, donde fácilmente hace incurrir en error a las personas” (Nº 41001 6001 365 – 2012 – 00309 – 00, J. Vega). ¿“Seguridad en lo que expresa” con referencia a una experiencia traumática, frente a múltiples personas, tres años después, es algo que puede exigírsele a una niña que ha sido violentada en su libertad e integridad sexual? Por el contrario, podría pensarse que esa falta de seguridad es un síntoma evidente de la revictimización en que se vio envuelta la niña, más aún cuando debió retractarse y narrar unos hechos posiblemente contrarios a los vividos, como concluye el juez al considerar cierto lo descrito espontáneamente en la denuncia y la entrevista elaborada antes del juicio oral; en palabras del juez:

Al valorar las pruebas en conjunto se hace visible el interés de la hermana del acusado y la menor víctima en beneficiar al sentenciado, dados los vínculos familiares y la afectación de la convivencia al interior del grupo familiar, condiciones que llevan a que las testigos se retracten en su declaración en juicio oral, por ende el despacho da mayor credibilidad a los testimonios (sic) presentados con anterioridad, con los cuales se llega al convencimiento que requiere el juez para condenar, conforme se hace en esta sentencia (Nº 41001 6001 365 – 2012 – 00309 – 00, J. Vega).

Es importante tener en cuenta que se valoraron las palabras de la víctima, en su contenido, bajo la sana crítica, sin una tarifa legal; no obstante, surge una pregunta: ¿es más importante determinar la responsabilidad penal, que la protección integral de los derechos de NNA partícipes? ¿Era necesario que la niña estuviera recordando tres años después los hechos reprochables en juicio oral,

negándolos para no inculpar a su tío, incluso rechazando su propia experiencia, reprimiendo sus emociones, para evitar un problema familiar? Además su declaración tampoco sirvió, contrario al caso anterior, para determinar la responsabilidad penal del procesado. ¿No hubiera sido mejor que se adoptaran otras medidas por parte del juez para acceder a esa información?

No se entiende por qué no hay ningún tipo de valoración a la víctima. Contrario a la sentencia anterior donde la víctima fue intervenida por tres profesionales distintos, acá parece que se ignora totalmente hasta el día del juicio. En este sentido, se considera que intervenir a NNA en exceso y mediante diferentes personas es tan revictimizante como no prestarles atención, no valorarles desde un inicio o desconocerles. Más cuando se ha señalado que el único modo en que se puede dar efectividad al debido proceso, en este tipo de casos donde NNA son víctimas de delitos sexuales por parte de adolescentes, es estudiando el grado de vulneración de cada uno de los interviniéntes. Nada de eso se ve acá.

Siguiendo los criterios establecidos en los capítulos anteriores, se considera que la ruta a seguir pudo iniciar con un examen de las condiciones de vulneración en que se encontraban los NNA intervenidos, por persona idónea de conformidad con la debida competencia. Aplicando las medidas que fueran necesarias, como realizando actividades acordes a la madurez, pudo la víctima narrar los hechos con menos agresividad de por medio, en un ambiente más amigable. Recolectando esta información desde un inicio, no era necesario que la víctima recordara y contara nuevamente el relato tres años después, ya que el profesional que obtuvo la declaración podría dar el testimonio en su lugar, y de este modo dar plena cabida al derecho de defensa y contradicción de la prueba. Así también se hubiera evitado una posible revictimización. Por lo demás, y para terminar con esta sentencia, nuevamente se considera que la prueba anticipada hubiera sido una buena estrategia para garantizar los derechos en colisión.

3.1.3. Caso BAEG

Como tercer caso con juicio oral está la sentencia del 4 de septiembre de 2017 por acceso carnal abusivo con menor de 14 años, radicado N° 41001 6001 365 – 2013 – 00379 – 00, juez José Iván Martínez Cerquera. Los hechos reprochables ocurrieron a finales de junio de 2013, cuando el finalmente declarado responsable penalmente tenía 15 años, y la víctima 3. El juicio oral se realizó el 1 de febrero de 2017, a cuatro meses de cumplirse cuatro años de los hechos. Esta demora se considera de por sí revictimizante. A estos casos debería darse celeridad como parte de la debida diligencia reforzada. A diferencia de las anteriores providencias, para el momento en que se realizó este proceso ya existía la ley 1652/2013; sin embargo, la víctima no solo se vio sometida “por el Instituto Nacional de Medicina Legal a valoración psicológica (...) [donde] cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de estos hechos” (41001 6001 365 – 2013 – 00379 – 00, J. Martínez); sino que se le practicó testimonio en juicio oral, por lo que el abogado defensor en los alegatos de conclusión cuestionó el hecho que la niña no recordara el lugar ni la fecha de los hechos, a lo que la fiscalía le replicó:

La defensa ataca el hecho de que la niña no pueda recordar el lugar de los hechos y la fecha. Pero a una niña de tres años de edad no es posible exigirle en un testimonio que recuerde fechas o lugares, siempre existe la posibilidad de que olviden estos datos, pero ello no significa que el hecho no haya existido, además, a la menor se le ha iniciado un proceso de restablecimiento de derechos por parte del ICBF, donde una de las finalidades es hacer que el niño olvide, de mantenerlo apartado de esa situación difícil que le ha ocurrido y aminorar las secuelas (41001 6001 365 – 2013 – 00379 – 00, J. Martínez).

Se entiende con lo anterior que la niña víctima de delito sexual en esta oportunidad no solo debió narrar lo sucedido antes del juicio oral para valoración psicológica, sino que debió hacerlo en la práctica testimonial, garantizando al procesado el derecho a controvertir lo expresado. Se evidencia una situación de vulneración, por varios aspectos. La práctica testimonial debe problematizarse, así

la víctima quisiera estar presente y rendir su declaración, debieron aplicarse enfoques diferenciales y particulares para evitar cualquier revictimización. La actitud pasiva en la práctica probatoria por parte del juez se toma como un acto discriminatorio, de conformidad por lo establecido en la sentencia T-554/2003 de la Corte Constitucional. Que se obligue a la niña públicamente a recordar el lugar y la fecha de los hechos con tanta exactitud se entiende revictimizante. Se trata a una niña de escasos 7 años como si fuera una adulta, para que recuerde un hecho traumático ocurrido cuando tenía tan solo 3 años. ¿No hubiera sido mejor que contara los hechos una sola vez apenas ocurrieron, frente a una persona idónea, en un ambiente amigable y con lúdicas menos agresivas como es preguntar en un contrainterrogatorio?

La niña víctima debió contar un hecho traumático en varias oportunidades; una primera vez en el momento en que ocurrieron los hechos para valoración psicológica, y otra en juicio oral, cuatro años después. Este caso ocurre en el marco de la ley 1652/2013, ¿por qué no se aplicó? Así no existiera, como se ha demostrado en este estudio anteriormente, existían normas nacionales e internacionales, como los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la ColDH, la CIDN, el CDN, que no solo permitían un enfoque diferencial, sino que lo exigían. Usando directamente la Constitución Política de 1991 se pudo proteger a la víctima, garantizando el derecho fundamental al debido proceso en relación con el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones, y atendiendo principalmente al interés superior de NNA; normas que parecen desconocerse en el apartado “**CONOCIMIENTO PARA CONDENAR**” de la sentencia, donde se estudia individualmente el testimonio de la víctima con estos términos:

Recuerda [la niña víctima] que cuando su madre salía a trabajar la dejaba donde la profesora *Lina*, recordando que ella estaba durmiendo y acompañada por el hermano de la profesora *Lina* y este le hizo algo malo, él se paró y le metió el pene en la boca. No recuerda como se llama. Ni recuerda quien es **[BAEG]**. Dice que lo malo que le pasó se lo contó a su madre y padre, aunque ellos no le creían pero un día le creyeron. Por eso fueron donde la profesora *Lina*. Eso sucedió solo una vez. **En contrainterrogatorio** la

niña indica que se le había pedido que se portara bien y dijera todo lo que le preguntaran, **además que no sabe que es un pene** (41001 6001 365 – 2013 – 00379 – 00, J. Martínez).

Si en el contrainterrogatorio la niña víctima manifiesta que no sabe lo que es un pene, es porque probablemente le preguntaron directamente qué es un pene. ¿Acaso se lo preguntaron para desacreditar sus palabras, cuando manifestó que le metieron el pene en la boca? Esto lo preguntó el abogado defensor, frente a la fiscalía y la inmediación del juez, ¿no es revictimizante? No solo debe velarse por determinar la responsabilidad penal, sino que los derechos de NNA sean protegidos integralmente. Un claro acto de discriminación, en cuanto pareciera que el juez mantuvo una actitud pasiva en la práctica probatoria (CConst, T-554/2003, C. Vargas). En los alegatos de conclusión, la defensa sustenta su teoría del caso argumentando que la niña se contradice, pues antes utilizaba la palabra “muchilas”, y en juicio oral habló de “pene”, por lo que concluye que nunca ocurrieron los hechos reprochables. El solo acto de ser contraintervrogada cuatro años después se considera revictimizante. Se debió preguntar de diferente forma. Asimismo, si se indica que la niña “recuerda” fragmentos de los hechos, es porque la hicieron recordar mediante preguntas; lo que permite recordar que según la ColDH en el Caso *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, la revictimización es la “re-experimentación de la profunda experiencia traumática de la víctima”. Cuando la víctima debió recordar los hechos, re-experimentó la experiencia traumática. Además, es importante resaltar que era una niña de 3 años.

3.1.4. Caso JAGF

El cuarto caso que se estudia es la sentencia del 10 de mayo de 2018 por acceso carnal violento agravado, radicado Nº 41001 6001 365 – 2013 – 00179 – 00, juez José Iván Martínez Cerquera. Los hechos investigados ocurrieron en el mes de enero de 2013, cuando el procesado tenía 17 años, y 14 la supuesta víctima, que en realidad era su novia. El juicio oral se realizó el 9 de abril de 2018, cuando los implicados tenían 22 y 19 años, es decir, ya no eran NNA. En este caso el procesado

es absuelto porque el juez determinó que sí ocurrieron relaciones sexuales, pero que los implicados tenían una relación afectiva. Ninguno era menor de 14 años en el momento de los hechos, por lo que tenían la capacidad jurídica para consentir la relación sexual.

Este caso se considera extraño por dos razones; primero, los implicados eran novios, tuvieron relaciones sexuales antes de los hechos denunciados, e incluso después. Esto no quiere decir que entre novios no pueda darse un hecho contrario a la libertad e integridad sexual, pero es un asunto que desborda el objeto de este estudio. Segundo, son mayores de edad en juicio oral, y no hay entrevistas anteriores. Pareciera que siendo adolescentes no se les intervino –como en la segunda sentencia, lo que se considera preocupante–. Por lo demás, esta providencia termina hablando de un hurto calificado, en relación con una víctima de cuatro personas. Es decir, se juntaron dos casos; esto hace que el análisis que a continuación se expone sea algo incierto.

Sin perjuicio de lo anterior, y con respecto al objeto de este estudio, se considera que el testimonio de la víctima pudo ser más amable, teniendo en cuenta que en la sentencia T-458/2007 la Corte Constitucional estableció unos derechos que protegen a las víctimas de delitos sexuales durante el proceso penal, sin importar la edad, y donde se exige respeto. Esto se problematiza teniendo en cuenta que el abogado defensor en sus alegatos de conclusión manifestó:

(...) para que se dé un acto sexual anal, necesariamente debe haber desgarro, además en estos casos si la persona aprieta sus nalgas el pene no entra y **se evidencia que la menor tenía más conocimiento que cualquiera**, puesto que este tipo de acto sexual no es fácil y se requiere de la ayuda de quien va a ser penetrado (41001 6001 365 – 2013 – 00179 – 00, J. Martínez).

Teniendo en cuenta que los alegatos finales expuestos son tan detallados con respecto a las partes íntimas y los actos sexuales acaecidos, donde se hace entender que la adolescente víctima deseó y llevó a cabo el acceso carnal, surge la

duda acerca de cómo pudo desarrollarse el contrainterrogatorio, información no registrada. Sabiendo que para el momento del testimonio ya era adulta la víctima, ¿es igual de revictimizante? Se considera que sí es revictimizante, pero se problematiza hasta qué punto el grado es equivalente con una niña. Aunque no existen datos detallados con respecto al modo en que se realizó el contrainterrogatorio, en la valoración del material probatorio, cuando se estudió el testimonio de la víctima individualmente, se expuso que:

Afirma que ella le permitió que le quitara la ropa. Que el lugar donde sucedieron los hechos hay vecinos. Que la violencia utilizada fue darle la vuelta, abrirle la cola y penetrarla, mientras ella se encontraba de pie. Que igualmente no hubo consentimiento cuando el joven la penetró vaginalmente. Ella no tuvo ninguna reacción, simplemente se puso a llorar y le pidió al joven que se detuviera, no realizó ningún acto para evitar la penetración. Que no le quedaron secuelas físicas por el uso de la violencia. Afirma haber quedado en shock, pero estaba consciente, y que el joven le había hecho jurar no decirle a nadie, por eso no informó lo sucedido el día de los hechos sino tres meses después y fue cuando la llevaron al Instituto de Medicina Legal. Afirma que en el mes de septiembre, cuando ella se disponía a bañarse el adolescente fue a su casa y le pidió prestado dinero, además le pidió perdón por lo sucedido, la víctima lo dejó ingresar a su casa y tuvieron un nuevo encuentro sexual, esta vez con consentimiento de la afectada. El día de los hechos la víctima se encontraba en compañía de su abuela, quien se encontraba durmiendo (41001 6001 365 – 2013 – 00179 – 00, J. Martínez).

No aparece en la sentencia alguna valoración psicológica a la víctima, ni declaración antes del juicio oral, cuando aún era menor de 18 años. Importante a problematizar en este caso es que a la víctima le realizaron un examen en sus genitales para determinar si hubo acceso, aún cuando el mismo acusado aceptó el acceso carnal, manifestando que había sido una relación consentida. Es algo recurrente en las sentencias en que los implicados son novios: ¿es necesaria esta intromisión del aparato estatal y la familia en las vidas privadas de los niños cuando ni siquiera sirve para determinar la responsabilidad penal del procesado, y se vulneran derechos como el de la intimidad? Aunque son preguntas interesantes,

como el debate acerca de si puede existir o no afectación a la libertad e integridad sexual cuando los hechos ocurren entre novios, desbordan el objeto de este estudio; interesa resaltar que debió realizarse todo el proceso con más celeridad, no esperar a que los implicados, adolescentes al momento de los hechos, fueran mayores de edad. Por un debido proceso, por un efectivo acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones, en relación al interés superior de NNA, no debería esperarse tanto tiempo para recoger la declaración de NNA víctimas. De este modo se vulneran bastantes derechos. Incluso derechos del procesado, quien tampoco es un mayor de edad, y debe esperar varios años de incertidumbre con un Estado punitivo encima.

De todos modos, como ya se indicó, este caso es algo ambiguo en su análisis y entendimiento porque transcurrieron más de cuatro años desde el momento de los hechos hasta la audiencia de juicio oral, y al momento de rendir testimonio la víctima ya era mayor de edad, por lo que la lectura a través de los criterios establecidos quizá no sea tan precisa.

3.1.5. Caso LGMG

Este quinto caso con juicio oral es del 20 de junio de 2018 por acto sexual con menor de 14 años, radicado Nº 41001 6001 365 – 2015 – 00044 – 00, jueza Beatriz Eugenia Ordoñez Osorio. Los presuntos hechos reprochables ocurrieron el 28 de enero de 2015, cuando el procesado tenía 15 años, y la víctima 7. El juicio oral se realizó el 16 abril de 2018, más de tres años después. En este sentido surge una pregunta, ¿nunca puede darse un proceso por este delito en menos tiempo? Si la respuesta es negativa, debería pensarse otro modo para obtener la declaración del NNA víctimas, no esperando a que sea mayor de edad; como si al cumplir 18 años dejara de ser víctima, o no debieran aplicarse medidas especiales. Sin importar la edad, la dignidad humana debe respetarse y garantizarse, más en la administración de justicia. Para evitar estos problemas, y más teniendo en cuenta el año, pudo aplicarse la Ley 1652/2013, o como se ha sugerido reiteradamente, la

prueba anticipada. No es justo que la víctima deba recordar los hechos traumáticos tres años después.

Importante a tener en cuenta con el objeto de esta investigación: en juicio oral rindieron testimonio tanto la denominada víctima como el procesado, que al final fue absuelto. Como el resto de sentencias, se carece de información con respecto al modo en que se practicaron las declaraciones, pues solo se presentan las palabras recogidas en su contenido. Se recalca que el juez no solo debe preocuparse por determinar la responsabilidad penal, sino que debe adoptar las medidas que sean necesarias para proteger integralmente a NNA que intervienen en el proceso. Por los datos que se observan, puede suponerse que el juicio oral fue como cualquier otro, es decir, como si se tratara de personas adultas. Esto teniendo en cuenta que en los alegatos finales el abogado defensor manifestó que la víctima no hizo referencia a ningún tocamiento, aún cuando se lo preguntaron. En sus palabras:

(...) en la acusación se afirmó que el joven había sobado sus partes íntimas por detrás cuando la niña se encontraba en la tienda, ante lo cual la niña se corrió y salió de la tienda para su casa.

En efecto, en juicio nada se dijo al respecto, ni siquiera la propia víctima, a quien al preguntársele si alguien en la tienda le había tocado las partes privadas ella afirmó que no, que nadie, que nadie rozado su cuerpo cuando estaba en la tienda, solo que la señora de la tienda le dijo córrase (41001 6001 365 – 2015 – 00044 – 00, B. Ordoñez).

En pleno juicio oral, ante su agresor y más personas desconocidas, una niña de 10 años debió responder si había sido tocada en sus partes privadas, tres años después de los presuntos hechos. Por donde se vea, parece revictimizante. Como se ha insistido, aún si la niña quisiera presentarse a rendir testimonio, debió hacerse de otro modo. Así no hayan existido los tocamientos, no era el modo. No importa tanto el fin, como los medios. Se recalca que la administración de justicia no puede

limitarse a determinar la responsabilidad penal, pasando por encima de los derechos fundamentales de las personas implicadas. Se interpreta que la forma en que se hace la valoración probatoria de la víctima no tiene en cuenta que es una niña de 7 años, y que narra algo sucedido tres años antes. De hecho, es posible que el análisis efectuado ni siquiera pudiera sortearlo un adulto tan fácilmente. Se resalta el uso de la sana crítica y no una tarifa legal, aunque se reitera que no era el modo de valorar las palabras de una niña víctima de delitos sexuales. Expone esta sentencia en el análisis del testimonio:

(...) el despacho advierte de la declaración de la menor apunta a que vio al joven al lado de un árbol y tenía sus partes íntimas afuera. Dicha aseveración es la única que realiza con seguridad sobre los hechos, puesto que sobre lo sucedido en adelante cambia su forma de expresarse mostrando completa inseguridad en lo percibido, planteando la duda sobre si efectivamente lo que ella presenció fue un acto exhibicionista o simplemente a una persona orinando en la calle.

En efecto, cuando la niña hace alusión a lo que pasa momentos después de observar al joven con sus partes íntimas al descubierto su dicho demuestra duda al respecto sobre lo percibido, puesto que en su dicho utiliza expresiones tales como: como que se me iba a lanzar, o como, como que seguía detrás de mi. Esta forma de referirse a estos hechos en concreto demuestran que no se encuentra segura de la actitud del adolescente, es decir, de su dicho no es posible definir si en el comportamiento del joven existió una intención libidinosa o se trató del sorprendimiento (sic) de una niña de 7 años de edad al ver un hombre orinando en la calle, situación que seguramente motivada por la formación de su hogar y los consejos de seguridad que podría haber recibido en casa sobre temas de carácter sexual, pudo generar en la menor una impresión errónea frente a lo observado (41001 6001 365 – 2015 – 00044 – 00, B. Ordoñez).

El análisis que se efectúa no es acorde con la edad de la niña, en su condición de vulneración. Es grosera la forma en que interpretan las palabras de una niña que se considera víctima de un delito sexual. Tampoco es que deba creerse palabra a palabra lo declarado por el solo hecho de su condición, no; no es

tanto por determinar la responsabilidad penal, sino porque el examen de sus palabras debió hacerse con un enfoque diferencial, y aún más, por una persona idónea. ¿Es el juez de infancia y adolescencia persona idónea? Debería, pero pareciera que no. Analiza jurídicamente las palabras, sin tener en cuenta aspectos psicológicos, sociales e históricos que quizá desconozca, pues se trata de una persona que juzga en relación al derecho, no a las ciencias del comportamiento. Es necesario que la administración de justicia cuente con personal profesional que ostente una debida competencia, para que colabore y traduzca a quien juzga. Según la ley 1652/2013 debe ser una psicóloga del CTI especial para estos casos. El juez, antes que valorar textual, semiótica o sintácticamente las palabras de la niña, debió adoptar medidas especiales para que una persona calificada recogiera sus palabras, y se las interpretara. Una persona que supiera valorar comportamientos de niños vulnerados en su libertad e integridad sexual. Esta persona idónea era la correcta a presentarse en juicio oral.

Recogiendo lo expuesto en esta sentencia, resulta incomprensible cómo luego de más de diez años de la sentencia T-554/2003 de la Corte Constitucional, siguen cometiéndose actos discriminatorios por parte de la administración de justicia.

3.1.6. Caso AChG

Esta es la sexta y última sentencia con juicio oral, con fecha del 5 de marzo de 2019 por actos sexuales con menor de 14 años, radicado N° 73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, jueza Beatriz Eugenia Ordoñez Osorio. Los presuntos hechos reprochables ocurrieron el el año 2010, cuando el procesado tenía 16 años, y la víctima 8. El juicio oral se realizó entre el 28 y 29 de noviembre de 2018, dos años y medio después. Importante resaltar que, en comparación con el resto de sentencias con juicio oral, en esta oportunidad no se presentó la niña víctima a rendir testimonio, no porque a la fiscalía se le ocurriera otra estrategia probatoria para demostrar su teoría del caso, sino porque la niña se negó, haciendo “caso

omiso a los diferentes requerimientos, tanto de la fiscalía como del juzgado, por lo que renunció [la fiscalía] a dichos testimonios" (Nº 73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, B. Ordoñez). Puesto que a la víctima no se le recogió su testimonio, ¿puede indicarse que se garantizó el debido proceso, el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones; que no hubo revictimización porque se adoptaron medidas diferenciales y particulares?

Que la fiscalía concentrara su estrategia probatoria en el testimonio de la víctima se considera indigno. Que no se presentara el testimonio, no se debió a que la parte acusadora adoptara medidas especiales para proteger integralmente a la niña, sino porque ésta se negó, así la requirieran en varias oportunidades. Igual hizo el despacho judicial, por lo que surge la pregunta, ¿era necesario? Lo que no se entiende es por qué la progenitora, que fue también la denunciante, se niega a comparecer, y no la obligan. Ella no era NNA, ¿por qué no se le obligó a que declarara en juicio oral? Incluso justificándose en el interés superior, tanto del adolescente procesado como de la víctima, por el acceso a la administración de justicia, debió obligársele. Ella era definitiva para determinar la posible afectación a la libertad e integridad sexual de la niña. También por el procesado, ya que no resulta justo que se inculpe un adolescente de un delito, menos sexual, y estar sometido a este tipo de procesos por capricho de nadie. A la progenitora de la niña víctima incluso se le pudo amenazar con una investigación penal por falsa denuncia, por no comparecer; ¿por qué simplemente la fiscalía renunció a su testimonio?

Debe rescatarse que ya se habían recogido dos declaraciones de la víctima con anticipación al juicio oral, una vez ante el Instituto Nacional de Medicina Legal ante un médico forense profesional especializado; y una segunda vez por una psicóloga funcionaria del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía, perteneciente al grupo CAIVAS –Centro de atención a Víctimas de delitos sexuales–, a quien le solicitaron "hacer una entrevista forense bajo protocolo SATAC, a la menor L.N.C.O. Ello se plasma en un informe de investigador de campo" (Nº 73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, B. Ordoñez); por lo que cabe preguntar: ¿era

necesario que la niña considerada víctima de un delito sexual acudiera a rendir nuevamente una declaración ante la inmediación del juez, y para que sus palabras fueran controvertidas públicamente? Es importante resaltar que fue objeto de estipulación probatoria “el dictamen médico sexológico practicado a la víctima, por parte del galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal, donde en la anamnesis la niña advirtió que efectivamente había sido tocada en sus partes íntimas por su tío [AChG]” (73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, B. Ordoñez). Más que para determinar si es verdad o no las palabras de la niña víctima, que pareciera ser lo único que le importa a los jueces, se entiende que ya se habían narrado con anterioridad los hechos, ¿no sería revictimizante hacerlo una segunda vez? Pues bien, debió hacerlo una segunda vez en la entrevista con la psicóloga del CTI, quien por lo demás manifestó en juicio oral que no era competente para siquiera dar un concepto del caso; en palabras de la providencia judicial:

La testigo (...) fue muy contundente en afirmar que ella no tenía la calidad de perito, y que para poder dar un concepto siquiera, ni siquiera una peritación o dictamen, sino un concepto, se requería de una valoración completa del entorno del joven, y de otras herramientas psicológicas, y que además era competencia de un psiquiatra de medicina legal capacitado en el tema. Entonces se parte de la base, que se trata de una entrevista (73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, B. Ordoñez).

Si esta psicóloga del CTI no era la competente, ¿por qué la llamaron? Ella misma solicitó que se hiciera una valoración de la niña víctima, por tercera vez, para determinar el grado de afectación psicológica. Cabe traer a colación en este momento la ley 1652/2013, vigente hace cinco años para el momento de esta sentencia. Dicha ley, como ya se indicó en el primer capítulo de este estudio, dispone tres cosas: primero, que la entrevista forense del artículo 206A del CPP es un elemento material probatorio; segundo, el modo en que debe recogerse dicha entrevista forense, ya que debe ser una persona profesional y especializada, quien puede ser llamada a rendir testimonio; y tercero, que dicha declaración anterior al juicio oral puede ser incorporada al proceso penal como prueba de referencia. La pregunta que surge entonces es, ¿no era la persona competente la psicóloga del

CTI que hace parte de del grupo CAIVAS? ¿Entonces quién? La ley 1652/2013 no dispone que sea un psiquiatra de medicina legal como lo supone dicha psicóloga, sino una persona capacitada del CTI. ¿No se supone que si esta persona pertenece al Centro de Investigación de Víctimas de Delitos Sexuales (CAIVAS), siendo psicóloga, fuera la competente? ¿Entonces por qué se le llamó especialmente, teniendo en cuenta que fue requerida desde otra ciudad solo para esto? Por lo demás, se le especificó que efectuara una entrevista bajo el protocolo SATAC, lo que permite preguntarse, ¿es esto acorde a las normas para NNA?

Es importante señalar que en este estudio no se ha hecho referencia a la entrevista bajo protocolo SATAC porque es un instrumento psicológico antes que jurídico, no está regulado por ninguna norma en derecho, y ha sido desarrollado por las disciplinas que se especializan en el comportamiento humano como la psicología, antes que por el derecho. Sin embargo, haciendo un recorrido por algunos repositorios se entiende que es un instrumento especialmente diseñado para atender casos de NNA víctimas de delitos sexuales, por lo que puede suponerse que sí es acorde a derecho; por lo demás, determinar esto desborda el objeto de esta investigación. Por ahora, basta con suponer que sí lo es porque se concentra en NNA víctimas de delitos sexuales.

Recogiendo lo señalado, si existió una entrevista realizada bajo el protocolo SATAC, si fue elaborada por una psicóloga del CTI, ¿por qué no se aplicaron los lineamientos de la ley 1652/2013? ¿Es decir, por qué no se hizo valer dicha entrevista como suficiente dentro del proceso, como prueba? Igual lo ordena la debida diligencia reforzada en relación a la protección integral de NNA, en palabras de la ColDH. Sin decir que no se hiciera así, ¿cuál era entonces la necesidad de llamar a la niña víctima a rendir testimonio, a declarar lo ocurrido por tercera vez? El ente acusador manifestó que:

El testimonio de la doctora (...) se debe tomar como un testimonio de un testigo calificado. Ese testimonio que permita al Despacho, persuadirse y concluir que la versión

lograda es idónea para que se construya esa sentencia. Es un testigo que sirve como fuente de conocimiento de los hechos, y su importancia radica en que se trata de un testigo calificado, cuya credibilidad es siempre objeto de examen por el señor juez (73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, B. Ordoñez).

Entonces, ¿por qué la fiscalía utilizó como estrategia para sustentar su teoría del caso el testimonio de la niña víctima, que al final no se presentó? ¿Quizá no fue culpa de la fiscalía que solicitó una persona especial desde otra ciudad, sino de la psicóloga? Esto permite indicar que las medidas especiales que deben adoptar las autoridades para proteger integralmente los derechos de NNA dentro del proceso penal, no solo incumbe a los jueces, sino cualquier persona que tenga contacto con estas personas, como la fiscalía, la policía o el CTI. No obstante, esto no exime de responsabilidad al juez, quien a consideración de este estudio debería controlar dichas situaciones, especialmente en juicio oral. No solo debería preocuparse por determinar la responsabilidad penal, sino proteger a NNA integralmente en sus derechos prevalentes, e interés superior.

Aparte de la revictimización que se ha señalado, al presentarse más de una vez la declaración de los hechos; sin olvidar que por parte de la acusación hizo falta adoptar medidas especiales para sustentar su teoría del caso; es importante señalar el modo en que se interpretaron las palabras de la niña entrevistada, tanto por parte del abogado defensor, como del juez. Se valoraron sus palabras como si se tratara de un adulto. Bien porque se usó la sana crítica en vez de una tarifa legal, pero no era el modo por tratarse de NNA víctimas de delitos sexuales. Se sigue interpretando gramaticalmente sus palabras, como si fueran adultos. Estas declaraciones debieron ser explicadas por personal idóneo, y de esto precisamente pareciera carecer este proceso. Manifiesta el abogado defensor en los alegatos finales:

(...) respecto del informe que rindió la doctora [del CTI] (...) hay dudas, porque cuando la psicóloga le dice cuéntenos sobre eso, la niña manifiesta que cuando vivía en Neiva, tenía 8 años, y también estaba durmiendo con [AchG], porque su papá se había ido a

reconciliarse con su nueva novia. Allí hay una primera contradicción, pues primero en el informe que rindió ante el médico legista, dice que el padre le ordenó que se acostara con su tío [AchG]. (...) ella misma se está contradiciendo. La menor parte de la premisa de que los padres la creen mentirosa, porque afirma que si dice algo no le van a creer (...) no se explica como si los hechos acaecieron en el año 2010, no se sabe ni mes, ni día, ni hora, y después de pasados dos años, le hacen la entrevista a la niña (...) la niña, tratando de acusar a sus tíos, se equivocó varias veces, y lo más grave, con todo el esfuerzo que hizo la psicóloga, se quedaron cortos, porque no la remitieron a medicina legal, que hubiera sido la prueba reina para determinar si la niña L.N.C.O., estaba diciendo la verdad y si tenía problemas psicológicos a raíz de todos esos hechos (73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, B. Ordoñez).

Se analizan las palabras de la niña víctima con unos parámetros que desbordan cualquier enfoque diferencial. Asegurar que se contradice porque no sabe el día o la hora de los hechos, o pensar que es mentira su declaración porque no era la novia del padre con quien estaba sino la compañera permanente, ¿no es considerar que la niña posee unos conocimientos que ni siquiera personas adultas tienen? No cualquier persona sabe la diferencia entre novia, esposa y compañera permanente, ¿cómo esperan esto de una niña de escasos 10 años? ¿No son estos actos discriminatorios, ya que no protegen integralmente a niña víctima? El juez, en mismo sentido, no solo adopta una actitud pasiva en la práctica probatoria, sino que valora las palabras de la niña en términos semejantes que el abogado defensor, como si fuera una persona adulta:

(...) la niña dice que los hechos ocurrieron cuando estuvo en la casa donde vivía con su papá y que estaba además con sus tíos (...) Esta afirmación no encuentra eco, no solamente por los datos aportados por los restantes testigos (...) Dice que no le contó a nadie porque le daba miedo que le pegaran, sin embargo ese temor que manifiesta la niña no es suficientemente claro, ya que no dice que le pegara quien, no dice quien le pegaría o si exterioriza esa experiencia, o si la exteriorizaba quien era el que le pegaba (...) El juzgado advierte un elemento muy importante que la menor omite cuando relata los hechos en la entrevista, y es el hecho de pegarle una patada, como defensa o rechazo de esos actos, que solamente lo viene a referir en la anamnesis cuando está

acompañada por la progenitora, que también interviene allí (...) riñe con la manifestación que hace la niña en la entrevista, cuando dice que esto ocurrió porque su papá se fue a reconciliarse con la nueva novia, cuando ya para esa época, ya no era novia, sino la compañera y tenían una convivencia en un lugar de residencia aparte de la casa de los abuelos (73001 6001 287 – 2012 – 01456 – 00, B. Ordoñez).

Otro aspecto a problematizar de esta providencia: ¿en serio es posible que la prueba reina en este caso hubiera sido una valoración psicológica hecha por medicina legal, como se solicitó por parte de psicóloga del CTI y el abogado defensor trajo a colación en sus alegatos finales? ¿En serio pretendían que la niña fuera intervenida una vez más, por otra persona? Lo que piden es demasiado revictimizante, como su presencia en juicio oral. Desde un inicio debió ser una sola persona, y la idónea, la que la interviniere tempranamente, para luego seguir con un proceso de restablecimiento de derechos. Si no se hizo desde un principio por persona idónea, como lo manifestó la ColDH con relación a la debida diligencia reforzada, puede dársele suficiencia probatoria a lo ya realizado.

Al final es absuelto el adolescente, y con toda razón, teniendo en cuenta el *indubio pro reo* en relación a la presunción de inocencia, porque no había claridad de los hechos. Entonces queda la pregunta, ¿era necesario el testimonio de la niña víctima? Ocurre como en la última sentencia de la línea jurisprudencial desarrollada en el anterior capítulo, la T-116/2017. El error radicó en que, quien recogió la entrevista, manifestó que no ostentaba una debida competencia. Asimismo, la fiscalía cometió el error de sustentar su teoría del caso en el testimonio de la víctima, por no adoptar las medidas necesarias desde el principio del proceso pensando en un futuro juicio oral sin la niña.

3.2. Los fallos de Neiva entre los años 2011 y 2019 a través de los criterios hermenéuticos

Tras exponer las anteriores seis sentencias donde se presentó juicio oral, solo queda por preguntar: ¿fueron los fallos de los jueces de infancia y adolescencia

de la ciudad de Neiva, ante las declaraciones de NNA víctimas de delitos sexuales entre los años 2011 y 2019, acordes a los criterios hermenéuticos establecidos en los dos primeros capítulos de este estudio? Lastimosamente, la respuesta pareciera ser más negativa que positiva. Aunque las providencias estudiadas sugieren ser garantistas en cuanto a los derechos del presunto agresor adolescente, se identificaron claras violaciones a los derechos de NNA víctimas de delitos sexuales al momento de presentar sus declaraciones. Para comenzar, en ninguna oportunidad se aplicó un enfoque diferencial; se trataron a NNA generalmente y como adultos; los jueces mantuvieron una actitud pasiva ante la práctica probatoria y, por lo mismo, ejercieron actos tan discriminatorios como revictimizantes. Resulta bastante paradójico que la administración de justicia, lugar al que acuden las personas que se sienten afectadas en sus derechos, ejerza prácticas que violen los derechos de las mismas víctimas, excusándose en la necesidad de determinar la responsabilidad penal. En este sentido, y de conformidad con la sentencia T-554/2003, se recalca que los jueces no solo deben preocuparse por alcanzar la verdad, establecer responsabilidades y sancionar, sino que deben velar para que la dignidad de las personas intervenientes no se vea disminuida, protegiendo especial e integralmente a NNA.

Aunque se presentaron varias formas de discriminación y revictimización, fue reiterativo que las víctimas declararan en varias ocasiones antes del juicio oral respondiendo preguntas directas, sin didácticas acordes a la edad y la madurez, menos por personal competente; se les llamó a juicio oral público sin ninguna medida de protección, donde fueron controvertidas sus palabras ante los presuntos agresores; y además debieron recordar luego de varios años los hechos traumáticos, como si se tratara con adultos víctimas de delitos no sexuales. Desde la primera sentencia del año 2011 hasta la del 2019 se distinguieron los mismos inconvenientes. Es importante recalcar que desde el año 1989 existe la CIDN, extensamente interpretada a través de los años por el CDN. Estas prácticas revictimizantes se consideran contrarias a la totalidad de la Constitución Política ya que desconocen la dignidad humana de NNA víctimas de delitos sexuales, la

prevalencia de sus derechos, su interés superior y la necesidad de protegerlos integralmente.

Por un debido proceso, por un efectivo acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones, en relación al interés superior de NNA, se considera que no es correcto esperar mucho tiempo para recoger la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales, como ocurrió en todos los casos expuestos. De este modo se vulneran bastantes derechos. Incluso derechos del procesado, quien también es un niño según la CIDN, y debe esperar varios años de incertidumbre con una investigación penal en hombros. Entonces no solo debe dársele celeridad, sino que es obligatorio recoger la declaración de la víctima inmediatamente, para que pueda acceder lo más pronto posible a un proceso de restablecimiento de derechos, y no deba re-experimentar el hecho traumático nunca más durante el trámite penal. La persona competente que efectúe la entrevista es el encargado y responsable de seguir con el proceso en nombre del NNA, quien puede ser llamado a rendir testimonio en juicio oral. Es decir, aplicando la ley 1652/2013. Sin perjuicio de lo anterior, en cada caso se pudo realizar la práctica de la prueba anticipada para garantizar los derechos y principios en colisión.

En ningún caso se utilizaron medidas especiales, para nada. Ni para recoger entrevistas, ni para la práctica del testimonio en juicio oral. Se hizo como si fueran adultos, una actitud contraria a la igualdad y la no discriminación. El único caso en que no se presentó la víctima a juicio oral es el sexto y último, no porque no se le llamara a declarar sino porque hizo caso omiso. No se aplicó la ley 1652/2013 en ningún caso; por lo que no solo no se dispuso de medidas especiales, sino que se pasó por encima del principio de legalidad.

¿Puede pensarse que no se aplicaron medidas especiales y particulares con las víctimas NNA porque el acusado era también un menor de 18 años, un adolescente? Más aún, ¿puede figurarse que lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias desarrolladas en el segundo capítulo de este estudio no aplican a

los casos estudiados porque el agresor no era un adulto? Vale recordar que no existen normas que regulen el proceso penal cuando NNA intervienen como parte activa y pasiva del delito sexual. Esto no es excusa para no emplear medidas especiales, o considerar que las víctimas dejan de ser víctimas. Como se indicó en el segundo capítulo de esta investigación, no es posible pensar que por ser ambas partes del delito NNA, las medidas especiales se supriman y se trate como adultos a los implicados; al contrario, las autoridades tienen la obligación de adoptar medidas especiales y particulares tanto para el presunto agresor como para la víctima, pues solo así puede garantizarse el derecho fundamental al debido proceso en relación con el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones. En ningún trámite pareciera que algo así ocurrió.

Es importante resaltar que el problema de la intervención de NNA víctimas de delitos sexuales por varias personas no profesionales y en repetidas ocasiones, fue reiterativo en la mayoría de las sentencias leídas, sin importar que los acusados se allanaran a los cargos. Estos casos no se expusieron con detalle por falta de espacio y porque desborda el objeto de este estudio; no obstante, puede indicarse brevemente que sin importar lo que ocurra en el juicio oral, incluso sin que este se presentara, ocurrieron varios actos discriminatorios y revictimizantes en el andar de la investigación por parte de la fiscalía y los diferentes organismos de investigación, evaluación y examen, como son el Instituto Nacional de Medicina Legal y el CTI. Se distinguió que, aunque el procesado se allanara y no existiera práctica testimonial, como ocurrió en la mayoría de providencias leídas, a NNA víctimas se les recogió en varias oportunidades declaraciones sobre los hechos, y aunque no se indicara expresamente cómo se desarrollaron dichos trámites, existen indicios que permiten suponer que no fueron acordes a la madurez de los intervenidos. Así se recogieran las palabras de las víctimas adoptando medidas para evitar cualquier revictimización, protegiéndoles integralmente, resulta preocupante que deban contar los hechos traumáticos más de una vez, pues de este modo se re-experimentan los momentos de profundo dolor, recordando una y otra vez lo que se desea olvidar. Peor cuando se hace por diferentes personas. Con mismo resultado,

aunque de forma contraria, se entiende revictimizante que a NNA no se les intervenga en ningún momento, que se les ignore y desconozca, como también ocurrió con las sentencias segunda y quinta. Los actos discriminatorios ocurren tanto por acción como por omisión.

Recogiendo lo anterior, debe recalarse que las medidas especiales que deben adoptar las autoridades para proteger integralmente los derechos de NNA dentro del proceso penal, no solo incumbe a los jueces, sino a cualquier persona que tenga contacto, como funcionarios de la fiscalía, la policía o el CTI. No obstante, esto no exime de responsabilidad al juez, quien a consideración de este estudio debería controlar dichas situaciones. No solo es importante determinar la responsabilidad penal, sino proteger a NNA integralmente en sus derechos prevalentes e interés superior; y en este sentido, se estima vital para el proceso penal con adolescentes cuando NNA son víctimas de delitos sexuales, que el juez de conocimiento evalúe, estudie y analice el modo en que se recogieron las declaraciones antes del juicio oral. No solo debe valorarse el contenido de las palabras –el qué–, sino el modo en que se recogieron –el cómo–. Esto teniendo en cuenta que el cómo afecta el qué: no se narra lo mismo estando en un ambiente tranquilo, amigable y de confianza, que en un sitio hostil, vulgar y agresivo. No se responde del mismo modo, ni las mismas cosas. Por esto, es imposible que el juez solo valore las palabras bajo la sana crítica; debería controlar el modo en que se exteriorizan dichas palabras.

Para terminar, ¿puede indicarse tras el estudio de las sentencias de los jueces de infancia y adolescencia de la ciudad de Neiva entre los años 2011 y 2019 que se garantizó el debido proceso, el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones; que no hubo revictimización porque se adoptaron medidas diferenciadas y particulares? Como se indicó en los anteriores dos capítulos, lo ideal sería que el proceso comenzara con un estudio del contexto social, psicológico, económico, cultural y de madurez de NNA partícipes, para determinar el estado de vulneración en que se encuentran, y así aplicar medidas especiales. Se ha

considerado que solo así puede desarrollarse un debido proceso, situación que nunca se presentó en ninguna sentencia leída. Más pareciera, como se ha manifestado, que se aplica un proceso general, impersonal, abstracto y anticipado a cualquier particularidad. Esto es revictimizante, discriminatorio y humillante, contrario a la dignidad humana y el Estado Social de Derecho.

Conclusiones

Es difícil llegar a unas conclusiones en un asunto tan complejo como es la valoración del testimonio de NNA víctimas de un delito sexual, cuando el presunto agresor es un adolescente; principalmente porque, como se ha señalado a lo largo de este estudio, resulta imposible aplicar normas generales para NNA, sujetos de especial protección que requieren medidas particulares que se ajusten a sus condiciones. Sin este enfoque diferencial se estarían vulnerando derechos fundamentales como el debido proceso en relación al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones, principios que se refuerzan por el interés superior de NNA, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política.

Si no pueden aplicarse normas generales, semejante es llegar a unas conclusiones que también son generales. No hay palabra final dentro de este debate, lo que permite problematizar qué tan contrario es a la seguridad jurídica. Si cada caso puede ser distinto, ¿cómo garantizar el principio a la igualdad? Pues bien, como se reiteró a lo largo de este estudio, la igualdad no es aplicar una misma medida a las diferencias sino distinguir circunstancias en que la proporcionalidad se ha quebrado para emplear medidas que le restablezcan. NNA víctimas de delitos sexuales son personas en situación de grave vulneración de derechos, por lo que la igualdad no puede ser tratarles, valga la redundancia, igual que a cualquier persona adulta –la igualdad no sería una medida igual–; por el contrario, se necesita discriminar y dar un trato diferencial para garantizar el principio de la igualdad –la igualdad sería una medida desigual–. No por otro motivo en el segundo capítulo se evidenció que es imposible en estos casos aplicar una tarifa legal.

Es posible indicar como conclusión que la única regla general es la inexistencia de reglas generales. Quizá por este motivo no resulta extraño que, luego de hacer un recorrido por los diferentes instrumentos jurídicos, tanto a nivel nacional como internacional, se evidenció la falta de una norma que regule el trámite procesal para los delitos sexuales cuando NNA conforman tanto la parte activa

como pasiva del delito. O se regula cuando ocupan la parte activa o pasiva del delito, pero nunca en ambas partes. De este modo, para proteger el interés superior de los adolescentes que han infringido la ley penal existen normas como las *Reglas de Beijing*, o el SRPA que contiene el CIA. En mismo sentido está el artículo 40 de la CIDN, que ha desarrollado a profundidad el CDN en la *Observación General No. 10*. El problema de estas normas radica en que no tienen en consideración cuando los delitos son contra NNA. Por otro lado, están los instrumentos jurídicos enfocados a NNA víctimas –como el artículo 193 del CIA–, pero aún más, víctimas de delitos sexuales como el pronunciamiento de la ColDH en el caso *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, o la Ley 1652/2013 que incorporó el artículo 206A al CPP. El problema de estas normas reside en que no contemplan la posibilidad que el agresor también sea NNA, quien goza sin discriminación de un interés superior, y sus derechos son prevalentes.

No existe una respuesta acerca de si deben prevalecer los derechos de la víctima o del presunto agresor. Es exactamente el mismo problema que suscita el encuentro entre los artículos 151 y 194 del CIA, ya que el primero consagra el derecho que tienen los adolescentes que cometen delitos a controvertir los testimonios con que se les acusa; mientras que el segundo dispone el derecho de las víctimas menores de 18 años a no ser expuestos ante sus agresores. No se pueden aplicar ambas normas porque son excluyentes entre sí. Es imposible ejercer un contrainterrogatorio en juicio oral si la NNA víctima no se presenta a declarar; ¿entonces cómo optimizar y armonizar ambos derechos?

Planteado el problema de este estudio en el marco de cómo valorar el testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales, en el primer capítulo se pasó revista por diferentes normas nacionales e internacionales con el objeto de establecer los criterios hermenéuticos que tienen a disposición los jueces de infancia y adolescencia al momento de valorar dichas declaraciones. Entonces se rastrearon normas generales sobre NNA para identificar los derechos que les protege sin discriminación. Se expuso la CIDN, y el alcance que le ha dado el CDN, para

establecer cuatro principios que cobijan a NNA, sin importar si conforman la parte activa o pasiva de algún delito. Estos principios son el interés superior, la no discriminación, la participación, y finalmente la vida, la supervivencia y el desarrollo. En mismo sentido se entendió el artículo 44 de la Constitución Política; y el CIA que consagra en sus artículos 7, 8 y 9, la protección integral, el interés superior, y la prevalencia de los derechos de NNA, respectivamente.

De conformidad con el primer capítulo se desarrolló el segundo, enfocado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Lo primero que se evidenció fue la inexistencia de sentencias donde NNA conformaran tanto la parte activa como la pasiva del delito sexual. Es un problema reiterativo. Entonces las providencias constitucionales estudiadas se enfocaron al testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales. De este modo, el objetivo del segundo capítulo resultó siendo doble; por una parte, se expuso el alcance que la jurisprudencia constitucional le ha otorgado a la práctica de testimonios de NNA víctimas de delitos sexuales; segundo, las palabras de la Corte Constitucional se interpretaron mediante los principios establecidos en el primer capítulo, tales como la debida competencia, la no discriminación, la participación o la debida diligencia reforzada.

En el análisis jurisprudencial se establecieron algunos principios constitucionales que deben tenerse en cuenta para estos casos, como el debido proceso que no debe entenderse semejante a un ritual que se aplica sin distinción, sino el modo en que es posible variar el trámite procesal sin modificar su esencia y garantizando los derechos de los procesados, lo que se vincula con el acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones. Se consideró que la totalidad de los criterios hermenéuticos establecidos en el primer capítulo podían leerse mediante el debido proceso, entendido como el empleo de medidas particulares y especiales que se adecúan a las circunstancias de cada NNA partícipe del proceso. También es importante resaltar que desde la sentencia fundadora de línea, la T-554/2003, se estableció que era discriminatorio no solo que los funcionarios judiciales utilizaran palabras lesivas a la dignidad humana de NNA partícipes, sino

asumir una actitud pasiva en materia probatoria y no aplicar medidas particulares, lo que además sería revictimizante.

Recogiendo lo expuesto en los dos primeros capítulos, con fundamento en los criterios hermenéuticos establecidos que deben aplicarse en casos donde NNA son víctimas de delitos sexuales por parte de adolescentes, se analizaron seis sentencias de los jueces de infancia y adolescencia de la ciudad de Neiva entre los años 2011 y 2019. Solo fueron seis providencias las expuestas, aunque se estudiaron un total de cuarenta y cinco. Esto porque en solo seis casos, de cuarenta y cinco, hubo juicio oral con práctica de testimonios. En el resto de casos los procesados se allanaron a los cargos, y no hubo práctica probatoria.

Se identificaron distintas formas de revictimización en las sentencias estudiadas, pues no se adoptaron medidas especiales y particulares en atención al estado de vulneración de NNA partícipes en el proceso. Sin discriminación, los jueces actuaron discriminatoriamente al no discriminar las particularidades, tratando a NNA como si fueran adultos, y como si no fueran víctimas de agresiones sexuales. Entre los actos discriminatorios y revictimizantes, se recogieron en repetidas ocasiones y por personas diferentes declaraciones de NNA víctimas, en juicio oral y frente al presunto agresor, en un ambiente agresivo, e incluso varios años después. NNA víctimas de delitos sexuales debieron revivir momentos dolorosos casi cuatro años después, sin ninguna consideración a su edad, ni a su papel de víctimas. Esto fue reiterativo. Las autoridades judiciales no asumieron una actitud positiva en la práctica probatoria, lo que hubiera sido en beneficio del interés superior de NNA, como por la no discriminación.

Entonces, aunque resulta complicado determinar unas conclusiones generales para un proceso que requiere medidas particulares, nunca abstractas ni anticipadas, sin rostro ni nombre, sí es posible considerar que los jueces de infancia y adolescencia de Neiva, entre los años 2011 y 2019 concluyeron de antemano un trámite rígido en forma de ritual que resultó ser contrario a los derechos prevalentes

de NNA, a sus derechos fundamentales, a la Constitución Política que se funda en la dignidad humana y el Estado Social de Derecho. Al definir un mismo proceso para cualquier NNA, puede concluirse que actuaron de forma revictimizante y discriminatoria.

Antes que concluir el debate con estas palabras, y teniendo en cuenta la existencia de vacíos normativos para tratar este asunto, es dable pensar que en la valoración del testimonio de NNA víctimas de delitos sexuales no hay camino hecho, sino que que se hace camino al andar⁶. Quedan más preguntas que respuestas: ¿cómo definir el derecho a la igualdad, al debido proceso o a la seguridad jurídica cuando debe discernirse y diferenciarse según cada caso en particular para determinar un camino jurídico? Es como si el derecho a la igualdad fuera la no igualdad. En otras palabras, es necesario discriminar y aplicar enfoques diferenciales para no discriminar. Aunque suene contradictorio, así es.

Otra pregunta que queda: ¿es necesario que exista una norma concreta y explícita donde ambas partes del delito sexual sean NNA? Se entiende que quizá sería lo más fácil y lo mejor por una seguridad jurídica; no obstante, ¿qué tan revictimizante y discriminatorio podría ser? Sin perjuicio de lo anterior, puede darse otra lectura considerando que el derecho se está transformando y está dejando atrás la aplicación de normas rígidas que no responden a la dinámica social plural y múltiple que consagra la Constitución Política, donde los derechos se construyen antes que subsumirse en una lógica formal que no discierne entre las particularidades de cada persona. Entonces el problema pareciera ser no tanto del derecho como de quienes lo aplican, quienes muchas veces están acostumbrados a una ley y unos modelos establecidos donde se hace caber a la población entera a las malas y como usando un calzador, cual tarifa legal. En esta investigación se considera que el derecho debe responder a las personas, no las personas acomodarse al derecho. Si el derecho no quiere quedarse relegado a unos contextos anquilosados y obsoletos, debe modificarse. Las normas para hacerle

⁶ Referencia al poema de Antonio Machado “Caminante no hay camino”.

frente a la valoración de los testimonios de NNA víctimas de delitos sexuales existen, aunque no estén en un catálogo de simple lectura y subsunción (Castaño, 2009). No hay excusa para seguir ejerciendo actos revictimizantes y discriminatorios. En este sentido,

Contradicriendo lo que reiteradamente se ha expuesto en estas conclusiones, sí es posible establecer algunas generalidades finales. Principalmente, se considera importante y necesario comenzar cada proceso con un examen minucioso acerca de las condiciones de cada NNA intervenido. Tanto el agresor como la víctima, ambos deben ser examinados para determinar el grado de vulneración. Es un trámite que debe realizarse de inmediato, apenas exista el contacto entre la administración de justicia y NNA, por personal idóneo que ostente una debida competencia. No de otro modo NNA pueden acceder prontamente al proceso de restablecimiento de derechos. Así se evita la exposición de las víctimas en un juicio oral cuatro años después, como ocurrió con las sentencias estudiadas de los jueces de infancia y adolescencia de Neiva entre los años 2011 y 2019.

Otra conclusión a la que se llegó es que el problema del testimonio como práctica probatoria no puede limitarse al juicio oral. La práctica del testimonio incumbe los actos de investigación realizados antes del juicio oral, como se vio reiteradamente, en especial con la Ley 1652/2013 que adicionó el artículo 206A al CPP y que hace referencia al modo en que debe practicarse en estos casos la entrevista forense; o con la práctica de la prueba anticipada, como lo propuso tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional. Entonces, se entiende que el problema de cómo valorar el testimonio en juicio oral de NNA víctimas de delitos sexuales, cuando el presunto agresor es un adolescente, incluye situaciones que ocurren por fuera del juicio oral. Es por esto que no solo los jueces deben ser muy cuidadosos en estos casos, sino la fiscalía, la policía judicial, y en sí, todo el aparato que conforma la administración de justicia.

Una conclusión más: la valoración del testimonio de NNA no solo debe estudiarse en su contenido, pues se ha demostrado que el modo en que se recogen las palabras le afecta profundamente; no es la misma declaración la que se recoge en un ambiente amigable, tranquilo y de respeto, a la que pueda rendirse en un lugar hostil, irrespetuoso y cobijado por el miedo. Por este motivo, se considera que el juez debe prestar suma atención al modo en que se recogen las palabras de NNA víctimas, no solo su contenido.

Como conclusión también se problematiza la razón de enfocarse a casos en que NNA ocupan tanto la parte activa como pasiva del delito. ¿Por qué no simplemente estudiar los casos en que NNA son víctimas, o presuntos agresores? Aunque fuera lo más fácil, es importante resaltar que haciendo un rastreo acerca de los casos en que se presentó agresión sexual en el SRPA, lo más constante fue con víctimas NNA. Se trata de casos reiterativos que deben problematizarse desde el derecho.

Como conclusión final, queda la duda de cómo han sido tratados estos casos luego del año 2019, más cuando en el 2020 advino el coronavirus y la virtualidad jurídica de la mano con el Decreto 806/2020, que luego se configuró en la Ley 2213/2022.

Bibliografía

- Agudelo, A. (2008). La tarifa legal: una falacia más en el derecho. *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio: homenaje al doctor Hernando Morales Molina.* 187-207
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Castaño, L. (2009). La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica. *Opinión Jurídica*, vol. 8, No. 15, pp. 77 – 96.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de agosto de 2002) *Opinión Consultiva OC-17/2002*.
- Devis, H. (2010). *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ibañez, J. (2008). La entrevista cognitiva: una revisión teórica. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 8, 129-159.
- López, D. (2011). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Segura, M. (2011). *Sobre la interpretación del derecho*. Compostela: Universidad de Santiago.
- UNICEF. (2014). *Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño*. México: CND@25.

Zagrebelsky. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional.* Madrid: Editorial Trotta.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (10 de julio de 2003) Sentencia T-554/2003. [MP Clara Vargas].

Corte Constitucional, Sala Novena de revisión. (11 de febrero de 2010) Sentencia T-078/2010. [MP Luis Vargas].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (7 de junio de 2007) Sentencia T-458/2007. [MP Alvaro Tafur].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (7 de marzo de 2013) Sentencia T-117/2013. [MP Alexei Estrada].

Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de marzo de 2014) Sentencia C-177/2014. [MP Nilson Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de septiembre de 2003) Sentencia C-873/2003. [MP Manuel Cepeda].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (23 de febrero de 2017) Sentencia T-116/2017. [MP Luis Guerrero].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de marzo de 2018) Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de noviembre de 1999) Caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de marzo de 2016) Sentencia SP-3332-2016. [MP Patricia Salazar].

Normas

Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas. (24 de septiembre de 1924) Declaración de Ginebra.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948) Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1959) Declaración de los Derechos del Niño

Asamblea General de las Naciones Unidas. (28 de noviembre de 1985) Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, más conocidas como las Reglas de Beijing.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (3 de enero de 1976) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2013) Ley sobre la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. [Ley 1652 de 2013]. DO: 48.849

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Código de Procedimiento Penal. [Ley 600 de 2000]. DO: 44.097.

Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004) Código de Procedimiento Penal.
[Ley 906 de 2004]. DO: 45.657.

Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006) Código de la Infancia y la
Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446

Constitución Política de Colombia (1991).

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969)
Convención Americana sobre Derechos Humanos.