

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO FRENTE AL TESTIMONIO DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND IN DUBIO PRO REO IN FRONT OF THE TESTIMONY OF MINORS VICTIMS OF SEXUAL CRIMES

LÓPEZ LÓPEZ MARÍA SANDRA¹

1. RESUMEN

En el presente artículo de reflexión, se analizarán los factores relevantes en el proceso penal del principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo frente al testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales, los aspectos generales de estos, sus principios, el concepto en el derecho y lo que ha manifestado la jurisprudencia frente a este tipo de delitos, con el fin de llegar a comprender a profundidad en el nivel legal el valor jurídico y procesal del testimonio de los menores de edad, la valoración de estos en términos psicológicos, la validez jurídica por tratarse de sujetos de especial protección y la relevancia de la presunción de inocencia del procesado durante el proceso penal cuando la víctima es un menor de edad, por tratarse de delitos a puerta cerrada.

PALABRAS CLAVE: Testimonio, menor, presunción de inocencia, delitos sexuales, víctimas.

¹Abogada de la Corporación Universitaria de Colombia IDEAS, Bogotá D.C., Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Bogotá D.C., estudiante de la Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomás sede Tunja Boyacá.

ABSTRACT

In this reflection article, the relevant factors in the honeycomb process of the principle of presumption of innocence and in dubio pro reo against the testimony of minor victims of sexual crimes will be analyzed, the general aspects of these, its principles, the concept in the law and what the jurisprudence has stated regarding this type of crime, to understand in depth at a legal level the legal and procedural value of the testimonies of minors, the assessment of this in psychological terms, the legal validity for dealing with subjects of special protection and the relevance of the presumption of innocence of the defendant during criminal proceedings when the victim is a minor, because they are crimes behind closed doors.

KEY WORDS: Testimony, Minor, presumption of innocence, sexual crimes, victims.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo artículo 7 de la ley 906 de 2004.

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (Ley 906, 2004).

En algunas ocasiones este principio se ha visto afectado por la valoración

probatoria de los jueces o magistrados cuando en un proceso de delitos sexuales contra menores donde se tiene la declaración de la víctima, la cual no es valorada en conjunto con las demás pruebas, además que en algunas ocasiones este principio se ve afectado por la reacción social de este tipo de delitos lo que genera que quien es procesado sea condenado socialmente antes de ser vencido en juicio.

El Estado mediante la Fiscalía como órgano encargado de investigar e incriminar la comisión de un delito debe aportar las pruebas pertinentes y necesarias para consecuentemente a través del respectivo juicio determinar si la persona es inocente o culpable.

La Corte Constitucional ha establecido que es deber legal y constitucional que los encargados de impartir justicia velen por asegurar la eficacia y validez del proceso, que este se ha desarrollado dentro de los parámetros legales establecidos, por ende, no solo se vigila el estricto cumplimiento de las etapas del proceso, sino que igualmente se debe garantizar la presunción de inocencia del procesado durante todo el proceso, hasta tanto no se demuestre lo contrario. El derecho penal exige el deber del Estado de impartir justicia, pero siempre teniendo como base la imparcialidad que debe existir en la toma de decisiones. Sentencia C-496, (2015).

Incluso, cuando una persona es detenida esta debe seguir gozando de la presunción de inocencia aun cuando esta permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso en su contra. Es decir, el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos, pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale por ninguna razón a una condena y por ende debe ser tratado como tal.

El problema surge como consecuencia de los hechos ocurridos con menores de edad y su testimonio, al ser analizado los jueces de Colombia quienes en algunas ocasiones le han dado mayor relevancia al testimonio del menor por ser sujetos de especial protección, condenando a una persona inocente, pues estos también pueden ser fácilmente influenciados por sus familiares o personas interesadas en el juicio y se puede llegar a obtener un resultado que vulnere el principio de presunción de inocencia del procesado. Proceso 34568, (2011).

Hay que tener en cuenta la protección especial que tiene el menor en Colombia desde nuestra Constitución e incluso, desde los tratados y convenios internacionales ratificados por nuestro país, llegando a considerarse al menor como un sujeto que debe ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente; por eso al encontrarse como víctima de un delito sexual esto evidencia la violación a sus garantías y derechos, por esta razón este tipo de delitos han sido manejados de forma diferencial más hacia su protección, tal y como lo estableció el artículo 68 A de la Ley 599 del 2000. Modificada por la Ley 1709 de 2014 art. 32., limitando beneficios para el condenado por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Es por esta razón que estos testimonios deben llevarse a cabo y así mismo, valorarse en conjunto con las demás pruebas de forma imparcial, a fin de llevar a un conocimiento más allá de toda duda razonable al Juez para que este pueda tomar una decisión en derecho.

Por otro lado, los delitos sexuales han sido conocidos y se caracterizan porque estos son cometidos a puerta cerrada y los únicos testigos son el agresor y la víctima, pero esto no quiere decir que el testimonio de la víctima menor de edad, sea la única prueba con la que cuente el Juez al momento del juicio, aunque la víctima ofrece un aporte importante tanto en su evidencia física como en su testimonio; dichas pruebas no pueden valorarse de forma individual y alejado de las reglas que se han establecido el legislador, la valoración psicológica, la valoración

por parte de medicina legal, cambios en su comportamiento cotidiano y su entorno, etc., son pruebas que en un proceso obliga al Juez entrar a valorar también las pruebas del procesado y darles el valor que en derecho corresponde para así poder emitir una decisión ajustada a derecho.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal también ha dicho que en el análisis del testimonio de un menor cuando es víctima de delitos sexuales, se puede evidenciar también que este puede llegar a estar equivocado, o incluso puede basarse en una manipulación hecha al menor por parte de otra persona que tenga un interés particular en el proceso, por lo cual se establece que un juez tendrá como obligación valorar en conjunto todo el material probatorio con el que cuenta a la hora de tomar una decisión. Radicado N° 40876, (2013).

Así mismo, que es equivocado calificar de falso un testimonio de un menor por su edad. Es cierto que desde el punto de vista de la psicología se recomienda analizar cuidadosamente el relato de los niños en su declaración, ya que por su corta edad pueden ser fácilmente sugestionables pues estos 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 tampoco se puede afirmar que este es creíble, por ende corresponde al Juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de pruebas que aporten las partes para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio y evitar vulnerar el principio de inocencia del procesado. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N° 34568, (2011).

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La decisión de un Juez que está basada únicamente en el testimonio de

un menor de edad dentro del proceso penal por delitos sexuales vulnera el principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo del procesado?

4. JUSTIFICACIÓN

Los delitos sexuales contra menores de edad han tomado fuerza y la sociedad se ha escandalizado en gran medida con este tipo de delitos condenando a todos aquellos que han sido señalados como culpables sin que se haya hecho el debido juicio en su contra.

La Corte Suprema de Justicia mediante reiteradas sentencias, en vista de la reincidencia y movida por la presión social que propende por la protección de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales, se ha visto en la necesidad de regular, restringir y generar normas y parámetros que ayuden a que no se propaguen este tipo de delitos como es lo contemplado en el artículo 68 A de la Ley 599 del 2000, modificado por la Ley 1709 de 2017 art: 32; negando así todo beneficio penal y castigando de forma severa al autor, pues los menores de edad son sujetos de especial protección y como tal el Estado está en la obligación de su protección.

Por eso, esta investigación se enfocará en estudiar cómo los Jueces han resuelto los procesos cuando se encuentran frente a un delito sexual donde existe la declaración de la víctima y cómo encargados de impartir justicia tienen que velar por el principio de presunción de inocencia del capturado, cuál ha sido la decisión en estos casos y si se ha llegado a vulnerar este principio a la persona que está siendo procesada.

Hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ampara en gran medida a nuestros niños por ser sujetos de especial protección y tanto los operadores de justicia como la sociedad en general, están obligados a velar

porque los menores no sean objeto de vulneración de sus derechos y si estos han sido víctimas de delitos sexuales al culpable le caiga todo el peso de la ley, pero hay que tener en cuenta sobre todo cuando ese victimario no tiene tal carácter, pues al juzgar sin un debido juicio, un debido proceso, una valoración correcta de las pruebas no se estaría amparando un derecho a un menor de edad, sino se estaría ante una injusticia contra una persona que no ha cometido la conducta.

Este tipo de delitos ha conllevado en algunas ocasiones a que los Jueces por el amparo de los derechos a los menores de edad por su corta edad y su afán de protección, incurran en sentencias injustas pues se ha llegado incluso a condenar con la sola declaración del menor, lo que conlleva a la vulneración del principio de presunción de inocencia de la persona que está siendo procesada e incluso este tipo de delitos no solo se condenan con la sentencia en firme, pues existe una fuerza social que al saber de la ocurrencia de los posibles hechos que configuran este delito, el procesado es condenado socialmente sin el derecho a la defensa, sin un juicio y sin un proceso como lo establece nuestra legislación e incluso sin sentencia en firme.

Es por eso que el operador jurídico llámese Juez debe estar atento al momento de estar ante este tipo de procesos pues no solo se puede valorar la declaración de la víctima ya que como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, estos menores pueden ser fácilmente influenciados por terceras personas que tengan interés en el proceso y es allí donde el Juez en su actuar minucioso y en busca de la verdad, debe entrar a valorar todas y cada una de las pruebas que sean allegadas y debatidas en el juicio, para que pueda dar la certeza de la inocencia o culpabilidad del procesado. Proceso 34568, (2011).

Recordemos que toda persona se presume inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario, es por ello, que el principio de presunción de inocencia se debe tener en cuenta incluso desde la fase investigativa y durante todo el proceso;

el procesado se presume inocente y como tal se le debe tratar independientemente que exista una medida que restrinja su libertad, pues esto no quiere decir que sea culpable, mientras no sea vencido en juicio se presume inocente.

Pero qué pasa cuando en un proceso el juez al valorar las pruebas funda únicamente su decisión en la declaración de la víctima, cuando existen más pruebas dentro del mismo las cuales también deben ser valoradas por el Juez, y este basa su decisión en la declaración de la víctima por su relato o simplemente por la presión social que ha venido generando este tipo de conductas, que por su puesto son delitos que tocan no solo el ámbito jurídico, sino social, económico, humano, religioso, etc.

La valoración probatoria del Juez, juega un papel importante dentro del proceso penal por delitos sexuales y más cuando dentro de este se tiene la declaración de la víctima, pues el amparo de los derechos de los menores como primeros generadores de derechos hace que los Jueces al impartir justicia incurran en una mala valoración del testimonio de estos y se aparten de las demás pruebas, tanto así que la Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, en algunos casos ha manifestado que es difícil que un menor manifieste algo sin que lo haya vivido, que según las valoraciones psicológicas en la mayoría de casos los menores manifiestan hechos que no son de imaginación sino que son vividos por ellos, lo que conlleva a que los Jueces se aparten de las demás pruebas del proceso y fundamenten su decisión en el testimonio del menor. Sentencia T- 408, (1995).

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General

Determinar si la decisión de un Juez que está basada únicamente en el testimonio de un menor de edad dentro del proceso penal por delitos sexuales vulnera el principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo del procesado.

5.2 Objetivos Específicos

Indagar sobre la veracidad del testimonio del menor en términos psicológicos.

Analizar la incidencia del principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo del procesado en el proceso penal.

Determinar las garantías procesales en materia de credibilidad del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales en el proceso penal a la luz de la ley y la jurisprudencia.

6. MARCO METODOLÓGICO

Es una investigación básica jurídica, por las normas internas analizadas como lo es la presunción de inocencia e in dubio pro reo establecido en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, el Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006 en su artículo 150, y teórica por las leyes y conceptos como los manifestados por la Corte en la Sentencia con radicado N° 34568 del 22 de febrero de 2011, con ponencia del Magistrado Javier Zapata Ortiz y demás sentencias en donde se analizan casos de delitos sexuales con menores de edad.

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo donde se estudian las características del objeto de estudio analizado, si se vulnera o no el principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo cuando en un proceso se tiene como prueba la declaración de un menor y el Juez basa su decisión únicamente en dicha

declaración o si se tiene en cuenta las demás pruebas como las presentadas por el procesado en el juicio y la relevancia de estas, se trata de analizar qué tan convincente puede llegar a ser el testimonio del menor, cuáles son las garantías del procesado, cuáles son los lineamientos que debe tener el Juez al momento de dar su veredicto, qué relevancia tiene este tipo de casos en la sociedad y si existen garantías, para ello se requiere estudiar algunas sentencias, normas que regulan este tipo de procesos y el trámite del mismo para poder dar un conocimiento más amplio al problema que se pretende analizar con la presente investigación.

Se aplicó un método analítico descriptivo; analítico porque se pretende estudiar y descomponer en partes para comprender o mejor, lograr un resultado que lleve al lector a resolver dudas. Descriptivo puesto que se separan las partes, se analizan o se describen en sus características principales para un mejor conocimiento del tema desarrollado.

Para esta investigación se utilizó como técnica de recolección de datos la documental de la cual se tiene fuente de información principal la ley que parte de analizar el principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo, los derechos de los niños, las técnicas y apreciación del testimonio del menor, y como fuente secundaria de recolección de datos se tiene la jurisprudencia pues con esta se verá desarrollado y aplicada cada una de las fuentes de información primaria con la que se logrará explicar más a fondo qué relevancia tiene cada uno de estos derechos.

7. La veracidad del testimonio del menor en términos psicológicos

El Estado colombiano ha creado medidas claras y contundentes a la hora de tomar el testimonio del menor dentro de un proceso penal, tal como lo estipula el artículo 192 de la Ley 1098 del 2006, que reza:

Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos. En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas 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 esta ley. (Ley 1098, 2006, art. 9).

Así mismo el Código de Infancia y Adolescencia expresa en su artículo 150 establece:

Los menores pueden ser citados como testigos pero con reservas, su testimonio puede ser recibido por un defensor de familia con cuestionario previo y fuera de la audiencia, haciendo uso de medios como el audio, el video, de modo que no sea necesario la presencia del menor. (Ley 1098, 2009, art. 150).

Según, Y.N. Velandia (S.F.), a lo largo de la historia se ha considerado que los niños de tan corta edad no tienen un nivel cognitivo adecuado, lo que casi automáticamente les incapacita para testificar. Sumado a ello, no son pocos los psicólogos y críticos que coincidan en que los niños son malos testigos debido a su imaginación, egocentrismo y especialmente a su falta de autocrítica en orden a separar lo que realmente han percibido y lo que simplemente han imaginado. Sin embargo, hay muchas investigaciones que demuestran lo equivocada que es esa concepción, si se tiene en cuenta que se ha comprobado en niños de tres y cuatro años que estos son capaces de describir un recuerdo bastante acertado y exacto, aunque quizá algo más incompleto que cuando lo detallan niños de mayor de edad, tanto si son víctimas como si son testigos, se podría decir que son testigos cognitivamente incompetentes, pues al hablar de los niños estamos frente a personas especialmente vulnerables y frágiles, y más

cuando estos son sujetos de delitos y cuando se les hace revivir sucesos que no son agradables.

Además de ello, como lo manifiesta, Tapias et al., (2019), un menor que ha sido víctima de delitos sexuales no tiene claro el control de su cuerpo y que solo él puede decidir frente al mismo, esto es algo que generalmente no comprende, y entra en confrontación con la autoridad que tiene el agresor, ya que usualmente suele ser un miembro de su propia familia, el menor puede llegar al punto de hacer lo que el agresor le pida al no tener la capacidad para saber o decidir sobre sus derechos; es por ello que para el agresor le es fácil manipularlo.

Siguiendo con Tapias et al., (2019), lo que está demostrado es que los recuerdos que tienen estos niños son consecuencia de elaboraciones externas de la información por medio de fotografías, anécdotas contadas por familiares y otras vías que hacen que la vivencia real del niño se desvirtúe pasando a ser una memoria construida.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que en temas de delitos sexuales que tienen relación con menores de edad, la psicología evidencia tres factores cruciales que los pueden afectar como, por ejemplo:

El secreto. Una vez el agresor pide al niño no lo comente con nadie, el menor se plantea otro dilema, romper el secreto significa violar una de las creencias básicas de la infancia que traería consecuencias negativas por la amenaza formulada por el agresor o bien para las personas que le rodean: madre, hermanos, etc; es decir, que se le crea una auto culpabilidad por la situación.

La autoridad. En términos generales el agresor suele ser una persona de confianza del menor, casi siempre de su grupo familiar, generalmente adulto o mayor que él, por lo cual suele disponer de una autoridad moral,

quien hace que le niño crea que lo que sucede es normal y aceptable porque lo dice el agresor, es decir, el niño adquiere un sentimiento de auto culpabilidad si no reacciona como su agresor le ha hecho pensar o actuar.

La indefensión. Con el paso del tiempo y fruto del miedo inducido el menor puede fácilmente aceptar la situación, tanto que puede llegar a sentirse incapaz de actuar delante de ella para cambiarla, aunque pueda. (Hernández, 1994, como se citó en Campuzano, 2015, P.13).

De igual modo, se han establecido varias premisas para otorgar credibilidad al testimonio del menor debido a que por ejemplo, la ley penal no impone restricción alguna para el recibo del testimonio del menor, en consecuencia su valoración está sujeta a su confrontación con los demás elementos probatorios, así como tampoco el testimonio del menor pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, ya que lo que se busca es determinar cuan objetiva es la narración que realiza y además porque la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, lo cual contraviene las reglas de la sana crítica.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal SP1557-2018, en lo que tiene que ver con los dictámenes psicológicos de menores víctimas de delitos sexuales, sostuvo lo siguiente:

La Sala resalta los siguientes aspectos generales frente a los dictámenes psicológicos que suelen presentar las partes como fundamento de sus teorías en casos de abuso sexual: Es importante precisarse en cada caso si es necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos artísticos o especializados, debe establecerse si la prueba resulta útil, debe constatarse la idoneidad del perito, el experto debe explicar la base fáctica de su opinión y la forma cómo analizó la

misma a la luz de los respectivos principios científicos, debe explicar el alcance de las reglas o principios utilizados, probabilidad o certeza sus conclusiones, el margen de error inherente a la misma, entre otros. (SP1557-47423, 2018).

Debido a la complejidad del asunto y la importancia del testimonio de un menor de edad, es importante traer a colación el libro *Psicología del Testimonio Infantil* de Ángela Tapias y otros autores en donde se especifica con claridad el cómo, cuándo, dónde, la forma y qué se debe tener en cuenta al momento de tomar el testimonio de un menor que, presuntamente ha sido abusado sexualmente, comenzando porque no existe una edad determinada para que un menor pueda ser entrevistado pues solo basta con que tenga la capacidad de habla o un lenguaje incorporado; así también se puede tomar con técnicas de observación para obtener información de los hechos ocurridos siendo un poco difícil pero no imposible abordarlos cuando estos son menores por ejemplo de 3 años de edad, casos en los cuales también se puede apoyar para mayor claridad las pruebas de referencia, es decir, la declaración de sus familiares para lograr una mayor claridad de la existencia o no de los hechos objeto de investigación.

Otra circunstancia relevante que aproxima la edad para testimoniar a los cinco años es la amnesia infantil, que consiste en la incapacidad de recordar hechos de los primeros cinco años de vida. Esto no significa que los niños no puedan recordar algo reciente, sino especial prudencia ya que con el paso de los años las memorias infantiles se reemplazan por recuerdos contruidos a través de distintas fuentes (fotografías, relatos de familiares de referencia, etc.). (Tapias - Acero et al, 2019).

Parafraseando a Tapias et al., (2019), según estudios los niños no son reacios a testimoniar sino que por el contrario desean contar y estos deben ser escuchados, pero el hecho de que se les genere confianza no quiere decir que

estos digan la verdad y prueba de ello es que se realizó un experimento con un juguete en donde el niño no podía ver hasta que el entrevistador no se lo mostrara, este se aleja del lugar pero los observa por las cámaras y algunos niños miran el juguete cuando el entrevistador no está presente, al regresar este les pregunta si han visto el juguete y estos manifiestan que no sin sonrojarse o demostrar nerviosismo, prueba que evidencia que los niños no siempre dicen la verdad, además de ello, los niños no necesitan juguetes para expresarse debido a que este puede ser un medio de distracción que puede generar fantasía, tampoco es conveniente el uso de dibujos según estudios se puede interpretar de diferente forma que la que realmente quiere expresar el menor; así mismo el entrevistador debe generar confianza al menor y cuando se trate de tomar el testimonio de este en un proceso se debe hacer por parte de un profesional en psicología forense, quien debe saber cómo abordar al menor, cómo preguntarle, cómo hacer que diga la verdad y que exprese con confianza lo que sucedió y cuando se tome su testimonio para un proceso se debe grabar mediante cámara para que lo puedan ver las partes del proceso, la cámara también debe ser discreta para evitar generar distracción o nervios al menor, debe tomarse en un espacio adecuado, debe darse la presencia del representante del menor para generar más confianza.

8. Principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo del procesado en el proceso penal

La presunción de inocencia se encuentra consagrada en instrumentos internacionales tales como: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9º), en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 8º), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York del 16 de diciembre de 1966 (art. 14.2) donde se ha definido la presunción de inocencia, como aquella por medio de la cual se ordena tener a toda persona

como inocente, hasta que no se acredite el hecho punible y la responsabilidad, mediante un proceso celebrado con todas las garantías.

Así, la presunción de inocencia se recoge en la Constitución Política de Colombia como un derecho fundamental en el artículo 29:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (C.P., 1991, art. 29).

La presunción de inocencia también ha sido ratificada en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal colombiano que expresa que “toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario”, pero también señala que toda duda debe ser resuelta a favor del procesado. Así, si se adelanta una investigación y con ello un juicio a una persona, y al final de este subsiste la duda de su culpabilidad, no será posible la condena si se considera que la norma no le permite retrotraer el procedimiento y continuar la investigación con la pretensión de derrumbar la incertidumbre, sino que lo procedente en tal estado será proferir sentencia absolutoria.

Zaffaroni (2009), manifestó lo siguiente: “(in dubio pro reo) Cuando se duda

entre la involuntariedad u otra incapacidad menos profunda (como en casos de hipnotismo o estados crepusculares) en el favor rei exige que el tribunal opte por la involuntariedad". (P. 71).

De esta manera también hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, así:

Por modo que si el juzgador cuenta con oportunidades y elementos para dilucidar incertidumbre, debe hacerlo, pues, en últimas, la absolución por duda en estricto sentido no equivale a justicia, pues que ese estado de vacilación impide conocer lo realmente acaecido y, por tanto, debe ser aplicada como remedio extremo, último, toda vez que ni la víctima ni el procesado pueden quedar plenamente satisfechos, en tanto la declaración hecha no se fundamenta en la certeza, en la plena convicción. Así, la duda, como fundamento de la absolución, es admisible única y exclusivamente cuando al juez le es imposible dilucidar probatoriamente lo realmente acaecido, porque no puede equipararse la exoneración de responsabilidad con fundamento en que el Estado no pudo probarla, a la declaración de inocencia. (SP22983, 2008).

El principio de presunción de inocencia, constituye un fundamento de las garantías judiciales que implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le indaga, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa, es decir a la Fiscalía, principio que exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista plena prueba de su responsabilidad penal, teniendo así que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa del acusado durante todo el proceso hasta que se pruebe su culpabilidad mediante una sentencia condenatoria que determine su responsabilidad y esta quede firme, por ende la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él y con el delito que se le imputa refleja la opinión de que es

culpable o también cuando dentro del desarrollo del proceso se le trata como culpable sin haberse demostrado su culpabilidad.

En Colombia se ha regulado legalmente la presunción de inocencia y el in dubio pro reo al señalar que “para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (C.P.P., art. 7). Dicha disposición, no señala el verbo “certeza” como requisito para la condena (conforme se ha mencionado), no es menos cierto que utiliza el término “convencimiento” para declarar la responsabilidad penal del acusado, es decir, que se debe señalar que la certeza o convencimiento y existencia de los hechos y de la responsabilidad penal del procesado adquiere dos dimensiones: la certeza sobre los hechos y responsabilidades; y la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable.

No hay que perder de vista, facultades judiciales que conforme a nuestra Constitución Política realiza la Fiscalía General de la Nación y nos transportan a la vulneración de este derecho, y del mismo modo, al impedimento de brindar una verdadera garantía del principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo del procesado.

Claramente estas atribuciones se hallan estipuladas en la (Constitución Política de Colombia artículo 250, 1991):

Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados o tribunales competentes. (...) para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá: 1. Asegurar la competencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. 2. Calificar y

declarar prelucidas las investigaciones realizadas. (...). (C.P., 1991, art. 29).

Para Y.N. Velandia (S.F.), en Colombia el ente encargado de adelantar la investigación es la Fiscalía General de la Nación, quien lleva el proceso ante el Juez y es quien debe demostrar la culpabilidad del procesado, todo esto bajo un control de legalidad por parte del Juez, por tal motivo, no es lo más coherente decirle al fiscal o pedirle que tenga en cuenta la presunción de inocencia de quien el mismo está investigando para tratar de acusar o decidir de una medida preventiva, puesto que éste buscará las pruebas pertinentes que logre el inicio a un proceso o juicio en contra de la persona a quien está acusando como culpable del hecho delictivo, por ende le corresponde a la defensa estar pendiente para que no se le vulnere este principio a su defendido durante todo el proceso.

Es por ello, que también el Juez como garante de derechos debe estar pendiente de todo el trámite del proceso y velar porque al acusado se le respete la presunción de inocencia y sea tratado como tal; así mismo, al momento de proferir el fallo en caso de duda este no puede recurrir a la suposición propia, presentimiento o simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través del eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa, caprichosa y oportunista del procesado. Como las pruebas deben recaudarse de forma legal, para que el Juez le otorgue a cada ítem informativo el valor que le corresponde, y posteriormente se valorarán todos los medios de información integrados, es decir, en conjunto y será la prueba la que conduzca a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado de conformidad con los artículos 246 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la convicción sobre la culpabilidad o la duda de esta debe surgir de un proceso de racionalización basado en los datos de información en las pruebas que se debatan en el proceso y no en la conjetura del juzgador. Por ello, tanto de la certeza como del in dubio se pregona con la íntima convicción del juez, de forma racional y objetiva

valoración de las constancias procesales. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 34568, (2011).

Así mismo, se tiene que para el caso en que una persona haya sido detenida como medida preventiva, no quiere decir que esta sea culpable independientemente de ello este debe tenerse como inocente y tratarse como tal hasta tanto no haya una Sentencia en su contra. Así lo manifestó la Corte Constitucional, Sala plena, en Sentencia C-289 de 2012. La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el Juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal. Es decir, el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena. Sentencia C-289, (2012).

Finalmente, se contempla que el principio de presunción de inocencia se puede ver vulnerado cuando un individuo es señalado como presunto culpable de algún delito y más cuando se trata de delitos sexuales contra menores de edad, dichos señalamientos no son escritos ni tienen que ver con el actuar de la justicia sino que estos señalamientos y condenas vienen de la sociedad de forma verbal, entrevistas, redes sociales o en medios similares, en los cuales puede ser señalado como culpable un individuo quien aún no ha sido vencido en juicio; vulnerando así el principio universal de presunción de inocencia.

9. Las garantías procesales en materia de credibilidad del testimonio del menor víctima de delitos sexuales en el proceso penal a la luz de la ley y la jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Radicado 47423 de 2018, manifestó:

Para darle validez a las declaraciones en casos de abuso sexual, las partes y el juez deben tener en cuenta lo siguiente: la Fiscalía debe procurar que el Juez cuente con suficientes elementos materiales probatorios de juicio para tomar la decisión, las entrevistas realizadas a los menores, además de ser practicadas adecuadamente, deben ser debidamente documentadas, no solo por mandato expreso de la Ley 1652 de 2013 (CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056), sino porque además facilita el ejercicio de la contradicción, le proporciona al Juez un mejor acercamiento al relato tanto de lo que manifestó la víctima con anterioridad como lo que manifiesta en el proceso, pues debe evitarse la doble victimización pero también es importante proteger las garantías del procesado ya que este sigue siendo inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario (CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866), en todo caso, es deber del Juez valorar las pruebas, individualmente y en conjunto, previo a los criterios previstos en la Ley 906 de 2004. (SP1557 – 47423, 2018).

La veracidad del testimonio de un menor de edad en términos psicológicos comprende su valoración y su credibilidad, la cual en la legislación colombiana es competencia del órgano encargado de enjuiciar la causa esto es el Juez, es por eso que dicho funcionario deberá observar las reglas de la experiencia, la razón y la lógica, para emitir una decisión de fondo acerca de la responsabilidad del procesado.

Es por ello que, desde los tratados y convenios internacionales, como los Derechos del Niño, la Constitución Política y demás normas internas se propende velar por los derechos de los niños, catalogándolos como sujetos de especial protección, como el derecho a ser escuchado, especialmente en los

procedimientos judiciales; así también se ha tratado de establecer una serie de medidas que tienen por finalidad evitar que el menor víctima tenga que recordar una y otra vez los hechos acontecidos o vividos, volver a situarse cara a cara con el agresor, es decir, revictimizar al menor.

Las declaraciones de menores en los procesos penales se toman a través del experto al que previamente se le habrán facilitado las preguntas y esta exploración será seguida por el Juez y las partes del proceso mediante un circuito cerrado de vídeo con presencia del defensor de familia y se podrán sugerir nuevas preguntas a través del experto, grabándose en soporte audiovisual para su valoración, esto es lo que llamamos la cámara Gesell; así también, se debe tener en cuenta las cualidades y características que debe tener el entrevistador que la realice, el conocimiento previo del caso, con entrevistas o pruebas de referencia que se le hayan hecho a familiares más cercanos del menor, este también debe motivar al menor pero sin excederse para evitar que las respuestas sean escasas o que estas no sean precisas, las preguntas nunca podrán ser sugestivas ni mucho menos revelar la opinión propia del entrevistador. Desde la parte psicológica se cree que para tener una mejor declaración del menor las preguntas no deben ser cerradas esto ayuda a que el menor pueda acceder a un abanico más amplio de recuerdos y detalles que quizá de otra manera no menciona, es importante también que las preguntas vayan en un orden de los hechos. Corte Constitucional, La Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T 309, (2014).

A un menor a quien se le han vulnerado derechos, porque ha padecido algún tipo de agresión o abuso en el ámbito legal va a tener la condición de víctima y al mismo tiempo de testigo, es decir, que se estaría hablando del testimonio de la víctima y la función del menor se limita a relatar los hechos, absteniéndose de valorarlos, debido a que dicha valoración como sabemos es función del Juez.

En Colombia, se aprecia que el testimonio de un menor como prueba

individual no es suficiente para condenar al presunto agresor sexual, debido a que el menor no tiene conocimiento de lo que está aconteciendo, y puede llegar a incluir hechos que no ocurrieron o por el contrario omitir detalles que suelen ser importantes para el caso. De ahí que, en la jurisprudencia colombiana se acepte el testimonio como prueba principal, ya que si bien, se le da valoración jurídica no se puede condenar ni absolver, y es necesario que se complemente con pruebas adicionales para ser valoradas en conjunto.

A través de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal con radicado N° 34568 de 2011, siendo ponente el Magistrado Javier Zapata Ortiz, la Sala Penal, frente a la oposición de una prueba científica con el testimonio de dos menores, entre ellos la víctima, termina señalando que estos también son susceptibles de ser sugestionados y dirigidos en su dicho, lo que no significa otra cosa que aceptar que no siempre dicen la verdad:

(...) Como testigos que son, deben examinarse sus dichos de conformidad con los criterios de apreciación del testimonio previsto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sin parcialidad ni prejuicio de ningún tipo y sin marginar de la evaluación los demás medios de convicción, de cuyo ejercicio finalmente surgirá el mérito que les corresponda.

Pudo, en esa medida, impulsada por el odio, predisponer a sus hijos para incriminar al padre que los maltrataba y, para consolidar sus relatos inventados, fabricar las evidencias aludidas, con tan mala fortuna que pasó por alto la azoospermia de su marido. (Proceso 34568, 2011).

De igual modo, y para salvaguardar principalmente los derechos fundamentales de los menores víctimas de delitos sexuales, evitar la presión y para evitar prescindir o no darle el valor probatorio que se merecen las pruebas que pueden ayudar a esclarecer los hechos como son las declaraciones del menor rendidas fuera del juicio la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en

Sentencia con radicado 29609 de 2008, manifestó lo siguiente:

La posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones rendidas por un menor por fuera del juicio oral, cuando su comparecencia al juicio pueda generarle graves perjuicios: Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole. (Proceso 29609, 2008).

Lo anterior, teniendo en cuenta que el testimonio de un menor en un escenario judicial podría someter al niño o niña víctima de violencia sexual a nuevos episodios de violencia física, psicológica o moral y podría configurarse un evento de victimización secundaria del menor, incompatible con los derechos fundamentales del mismo y con los fines constitucionales del proceso penal.

Teniendo en cuenta los derechos fundamentales de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Rad. 23706 de 2006, se ha pronunciado frente a sus declaraciones así:

No debe desecharse el testimonio de menores por el solo hecho de su edad, sino que le corresponde al juez, dentro de la sana crítica, evaluar sus dichos conjuntamente con las demás pruebas a fin de otorgarles el valor a que haya lugar, pues cuando el menor es víctima del delito sexual puede ocasionar impacto en su memoria lo que genera que su testimonio sea altamente confiable. (Proceso 23706, 2006).

Así tampoco es racional y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal con radicado 45585 de 2016. Lo aclaró manifestando:

No quiere decir que el testimonio del menor no sea creíble e irrefutable sino que este debe interpretarse como cualquier otro medio de prueba, y no siempre debe dársele credibilidad, ya que se debe analizar el contexto con las demás pruebas obrantes en el expediente presentadas y debatidas dentro del proceso, pues se ha visto también que los niños, incluso desde una edad precaria, pueden cambiar fácilmente la realidad percibida al relatarla, máxime si de ello existe la posibilidad de recibir algún beneficio pues esto se ha visto en algunos estudios, soportados en pruebas de campo, donde se concluye que los niños mienten y lo hacen con tanta tranquilidad que a veces resulta imposible distinguir su comportamiento verbal del de aquellos que dicen la verdad.SP7326-45585, (2016).

10. CONCLUSIONES

Del anterior análisis se concluye que la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la apreciación del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales construye una línea que acoge diferentes momentos jurídicos, ya que en unos casos, brinda especial relevancia a los testimonios de los menores, mientras que en otros, los aprecia como una prueba más, que debe estar en especial conexidad ideológica con el estudios de las pruebas allegadas al conocimiento del juez.

El testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales en un proceso penal brinda especial relevancia por tratarse de sujetos de especial protección pero que este debe ser analizado de forma legal y en conjunto con las demás pruebas para evitar vulnerar la presunción de inocencia e in dubio pro reo del procesado.

Para obtener la declaración de un menor víctima de delitos sexuales se debe hacer mediante un profesional quien debe actuar con cautela atendiendo los parámetros legales y las tácticas que a través del tiempo la psicología ha enseñado para evitar revictimizar al menor.

No es posible condenar a un sujeto con la sola declaración del menor pues la Corte ha establecido que en algunos casos los menores mienten, que pueden ser fácilmente influenciados y por ello es deber del Juez sopesar todas y cada una las pruebas en conjunto para que de acuerdo con la sana crítica pueda emitir el fallo.

Una persona que está siendo investigada por un delito sexual con menor de edad no debe considerarse culpable mientras no haya una sentencia en su contra se considera inocente y como tal se le debe tratar durante todo el proceso y además de ello la Fiscalía como ente acusador debe probar la culpabilidad del procesado pues caso contrario al Juez no le queda otra opción que absolver, así lo ha establecido la ley y la jurisprudencia.

11. REFERENCIAS

Constitucionales

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). (2.a ed.). Legis.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 29 [Título II]. (2.a ed.).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Legislación

Congreso de la República de Colombia. (1 de septiembre de 2004). Código de Procedimiento Penal [Ley 906 de 2004]. DO. 45.658.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Congreso de la República de Colombia. (20 de enero de 2014). Reforma algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 [Ley 1709 de 2014]. DO. 49.039.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO. 46.446.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (12 de septiembre de 1995). Sentencia T- 408 [M.P: Sifuentes, E.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (05 de agosto de 2015). Sentencia C - 496 [M.P: Pretel, J.].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. (28 de mayo de 2014). Sentencia T 309 [M.P: Pretel, J.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de abril de 2012). Sentencia C-289 [M.P: Sierra, H.].

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de febrero de 2011).

Proceso 34568 [M.P: Zapata, J.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de mayo 2018).

Sentencia SP1557 – 47423[M.P: Salazar, P.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de octubre de 2015).

Sentencia SP14844 – 44056[M.P: Salazar, P.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de marzo de 2016).

Sentencia SP3332 - 43866[M.P: Salazar, P.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de septiembre de 2008). Proceso 29609[M.P: Socha, J.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de enero de 2006).

Proceso 23706 [M.P:Pulido, M.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (1 de junio de 2016).

Radicado SP7326 - 45585(M.P. Barceló, J.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de enero de 2008).

Proceso 22983 [M.P:Ibáñez, A.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de julio de 2013).

Radicado N° 40876 [MP: Malo, G.].

Doctrina

Campusano, J.O. (2015), *El testimonio de un menor de edad como prueba dentro de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual*, (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia. [http://LEER EL TESTIMONIO DE UN MENOR DE EDAD.pdf](http://LEER%20EL%20TESTIMONIO%20DE%20UN%20MENOR%20DE%20EDAD.pdf).

Tapias, A. (2019), *Psicología del testimonio infantil*.

[http://Obracompleta.Coleccionpsicologica.2019Tapiasangela \(1\).pdf](http://Obracompleta.Coleccionpsicologica.2019Tapiasangela (1).pdf)

Velandia, Y., & Velandia, L. (S.F.). *Estimación del testimonio de los menores de edad víctimas en delitos sexuales, frente a la garantía de la presunción de inocencia*. (Artículo) (s.i.). [http://articolocientifico.testimonio de menores de edad frente al principio de presunción de inocencia \(1\).pdf](http://articolocientifico.testimonio%20de%20menores%20de%20edad%20frente%20al%20principio%20de%20presuncion%20de%20inocencia%20(1).pdf).

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. [http://Zaffaroni - Estructura Básica de Derecho Penal.pdf](http://Zaffaroni-Estructura%20B%C3%A1sica%20de%20Derecho%20Penal.pdf) (matiasbailone.com)