

**La entrevista del niño, niña o adolescente como
prueba de referencia en los delitos sexuales**

Milton Giovanni Florez Villarreal



**Universidad Santo Tomás
Maestría en Derecho Penal
Bogotá, D. C., diciembre de 2020**

**La entrevista del niño, niña o adolescente como
prueba de referencia en los delitos sexuales**

Milton Giovanni Florez Villarreal

**Trabajo de grado para optar al título de
Magíster en Derecho Penal**



**Tutor
Mateo Mejía Gallego**

**Universidad Santo Tomás
Maestría En Derecho Penal
Bogotá D. C., diciembre de 2020**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Barranquilla, agosto de 2020

Dedicatoria

*Siempre Dios, dispensador de medios para lograr nuestros objetivos,
a la voz intangible de mi madre y, por supuesto, a Milton de Jesús
y a Denny, quienes tuvieron paciencia en este episodio académico.*

Tabla de contenido

Introducción	1
Capítulo 1	3
Visión doctrinal	3
1. Doctrina sobre la prueba de referencia	3
2. Jurisprudencia sobre la prueba de referencia	5
3. La entrevista como prueba de referencia según la jurisprudencia	8
4. Validez de la entrevista como prueba de referencia	9
5. Eficacia probatoria de la entrevista	11
6. Deferencia de los derechos de los menores en la entrevista	13
Capítulo 2	17
La producción de la prueba de entrevista del menor en los delitos sexuales	17
2.1. Admisión excepcional de la entrevista como prueba de referencia	17
2.2. La entrevista en CAIVAS	20
2.2.1. Marco normativo	20
2.3. Protocolo utilizado en la entrevista	22
2.4. Doctrina	233
2.5. Jurisprudencia	244
2.6. Idoneidad del entrevistador forense para practicar la entrevista al menor	25
2.7. Línea jurisprudencial de la prueba de referencia	27
Capítulo 3	31
Aducción y valoración la entrevista del niño, niña o adolescente en los procesos penales por abuso sexual	31
3.1. Revictimización de la víctima	31
3.2. Marco normativo de la Ley 906 de 2004	32
3.3. Ponderación entre los derechos de la víctima y el investigado	35

3.4. La garantía al debido proceso	42
3.5. Alcance probatorio de la prueba de referencia	44
3.5.1. Jurisprudencia sobre la incorporación de la prueba de referencia	46
3.6. Valoración de la entrevista del menor en el delito de actos sexuales con menor de catorce años (art. 209 del CP)	48
3.6.1. Doctrina y jurisprudencia	48
3.7. Postura jurisprudencial sobre el valor suasorio actual de la entrevista del NNA como prueba de referencia.	53
3.8. Credibilidad del testimonio del menor de edad	54
3.9. Derecho comparado	58
3.9.1. Tribunal Supremo Español. Tesis de corroboración periférica	58
3.9.2. Derecho argentino	60
3.9.3. Análisis de La caza a modo de ilustración	61
Conclusiones	63
Referencias	67

Introducción

La presente tesis de maestría en derecho penal, titulada “La entrevista del niño, niña o adolescente en los delitos sexuales como prueba de referencia”, corresponde a un trabajo descriptivo, con orientación expositiva, cuya finalidad es abordar una problemática y profundizar los diferentes aspectos inherentes, frente a una temática de la cual se ha escrito mucho; sin embargo, así como existe una amplia bibliografía, abundan cotidianamente injusticias cometidas al interior del desarrollo de los procesos que se siguen por crímenes sexuales, en los que figuran como víctima los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA). Al respecto, el presente estudio gira en torno a la siguiente pregunta: ¿puede el juez dar por probada la responsabilidad penal del acusado con una valoración protocolaria de la entrevista forense que es practicada al NNA, presuntamente víctima de un acto sexual? Aunque en la ley misma está la respuesta a este interrogante, debemos abordar el tema en forma descriptiva y profundizar en él, con el fin de identificar con suficiente claridad conceptual y empírica lo que sucede en la práctica.

No se puede desconocer cuán preocupante resulta para la sociedad, el Estado y las autoridades el notable aumento de la criminalidad, donde resultan afectados menores de edad, en especial, en materia de delitos sexuales, lo cual pone de evidencia un cruento rompimiento de la escala de valores y de los niveles de respeto de la sociedad hacia ese grupo poblacional que, constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencialmente, debe gozar de protección especial y de un tratamiento de igualdad diferenciada frente a otros componentes poblacionales, que están en situaciones especiales de debilidad frente al resto de los ciudadanos. A este respecto, el cual el Estado y las autoridades tienen que tomar medidas

urgentes de intervención. Sin embargo, la manera en que se está manifestando este fenómeno solo evidencia el grave estado de descomposición en que se encuentra la sociedad.

Desde el ejercicio profesional como abogado litigante en materia penal y durante años como defensor público, se conocieron muchos casos de abuso sexual en los que fueron presuntamente victimizados menores de edad, pero en los que tristemente se pudo observar un desconocimiento protuberante de casi todas las garantías para los procesados.

Frente a la anterior situación, aparece en escena el desempeño del defensor técnico, quien se enfrenta a reproches de tipo ético, por defender a “abusadores sexuales” —o, como indistintamente le llaman los reproductores de populismo punitivo, “pedófilos, paidionófilos o pederastas”— con la misión de hacer respetar las garantías y derechos fundamentales de quien soporta un juicio penal, sin distinguir si es procesado por un delito sexual o por cualquier otra conducta, pues las garantías procesales le asisten a toda persona humana, sin prejuicio del supuesto de hecho que le haya sido imputado.

En general, se pretende ofrecer una visión amplia desde el punto de vista de las garantías que le asisten al ser humano incriminado de una conducta en la que la víctima sea presuntivamente un NNA, y que a partir de ello no sea objeto de un estigma que vitupera al individuo, frente a la aplicación de un protocolo probatorio que gira alrededor de esa entrevista forense previa, la cual termina siendo construida y utilizada de manera abusiva.

A este respecto, al procesado y a su defensa técnica se le imponen una carga de proeza probatoria y argumentativa capaz de sacar adelante su presunción de inocencia, lo cual la jurisprudencia enseña que viene ocurriendo solo en sede de casación muchos años de cárcel después.

Capítulo 1

Visión doctrinal

La temática abordada en este trabajo de grado recoge, en este primer capítulo, una visión doctrinal de la prueba de referencia, es decir, la entrevista forense como medio de ese tipo, según la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia entre 2012 a 2020, así como su validez, su eficacia probatoria y la obediencia de las garantías de NNA en la práctica de la entrevista.

1. Doctrina sobre la prueba de referencia

En la *entrevista* como prueba de referencia, el entrevistador especializado juega un papel preponderante como testigo de acreditación. En la práctica, queda la confusión del rol del entrevistador por el fiscal que solicita que se decrete la prueba.

Para evitar que esto suceda, es preciso establecer cuáles son las diferencias entre psicólogo-testigo, psicólogo-perito, el psicólogo como testigo técnico, el psicólogo como funcionario de Policía Judicial y el resultado de su labor de acuerdo con su rol, ya que a través de él se pueden redactar conceptos técnicos, conceptos como perito experto o simplemente la realización de una entrevista, que no muestra sino el relato de la víctima, sin verter sobre ella ningún tipo de concepto.

En el caso del psicólogo-testigo, este es usualmente un terapeuta clínico y atiende “pacientes” en el área de la salud, escolar o laboral, se ocupa de casos en “atención en crisis” e incluso puede ser amigo de algún valorado, conoce los hechos independientemente de la realización del delito y, por lo general, obtiene información que accidentalmente lo transformaría en testigo de “referencia” (Sicard, 2010, p. 17).

De otro lado cuando el psicólogo interviene en el proceso aportando una pericia corresponde a un testimonio de experto o testigo técnico, entendido como medio de prueba tal como lo establece el artículo 328 del CPP. Aunque orgánicamente se entendía el perito como un auxiliar de la justicia, al definirlo como medio de prueba la legislación colombiana lo reconoce como una «declaración testimonial», lo que permite la valoración no solo del conocimiento que aporta, sino también de la calidad del perito (Ruiz, 2015, p. 487 y ss).

Finalmente, si el psicólogo interviene el proceso como profesional que realizó la entrevista del menor para introducir ésta misma como prueba, su actuación se asimila a la de policía judicial, que actúa como medio de recolección de la información pertinente para el caso y la transmite en juicio. Es precisamente en estos casos en los cuales opera la entrevista del menor como prueba de referencia.

Ahora bien, respecto de la conocida prueba de referencia, se trata de una excepción al principio de inmediación, pues la declaración que se pretende hacer valer en el juicio se realizó precisamente por fuera de este; el juez no tuvo oportunidad de ver y escuchar al declarante al rendir su declaración, ni cómo percibía verdaderamente, ni su capacidad de rememoración, lo relativo a la naturaleza de lo percibido, el estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que percibió el hecho y su comportamiento durante la exposición, ni pudo juramentarlo y, mucho menos, permitir que fuera objeto de interrogatorio. Por tanto, la declaración del testigo de referencia, como frágil medio probatorio, conduce a que, por regla general, debería conducir a su exclusión, porque riñe con los principios rectores del juicio oral, público, contradictorio y concentrado (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 65).

A continuación, se aborda la finalidad de la prueba de referencia, que es recibir como evidencia una declaración hecha fuera del juicio donde se ofrece, precisamente con el fin de

demostrar su veracidad. Para que una evidencia sea prueba de referencia, se exige, según el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPP):

- 1) Que la declaración se realice fuera del juicio oral, y se refiere a todo tipo de declaración —entrevista, declaración juramentada, interrogatorio o en cualquier medio escrito, de video o de audio en que se encuentre—, lo que el catálogo de reglas procesales colombiano ha señalado como información legalmente obtenida.
2. Que se destine a probar o excluir cualquier aspecto sustancial objeto del debate procesal. La norma en cita taxativamente indica que los aspectos sustanciales son los elementos del delito, el grado de participación en mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño causado (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 65).
3. Se exige que la práctica de la prueba de referencia se hace posible en el juicio, por la no disponibilidad física o funcional del testigo, lo cual deviene de una condición absoluta del declarante acorde con el artículo 438. Esta se da en los siguientes eventos: a) cuando afirma bajo juramento haber perdido la memoria sobre los hechos y pericialmente se corrobora esta afirmación, pues el peritaje y la condición mental del testigo para ser admisibles se deben exponer a contradicción. El dictamen pericial ha de recaer respecto a la condición actual del declarante o a su condición en el momento en que rindió declaración y no sobre los hechos que declara, para evitar especulaciones conforme a los artículos 417 y 418 del Código de Ritualidad Penal; b) cuando es sujeto pasivo de la acción penal de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) o cuando la grave enfermedad no lo deja declarar, previa verificación técnica; d) por el deceso del testigo; y; e) cuando es menor de 18 años y víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

2. Jurisprudencia sobre la prueba de referencia

En los últimos años, ha sido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la que se ha encargado de decantar la figura de la entrevista del NNA y su valoración, por lo que se trae a colación la Sentencia SP-14844-2015, que señala que ha de distinguirse entre el *tema de prueba* y los *medios probatorios*. El primero de estos se refiere a la declaración falsa,

injuriante, mientras que la evidencia probatoria será el documento, el testimonio o el dictamen pericial que permiten probar ante el juez que existe y que contiene tal manifestación. Esta diferencia entre tema de prueba y medio de prueba es fundamental para la prueba de referencia, porque cuando la declaración anterior hace parte del tema de prueba es admisible el documento contentivo de ella o la narración de quien la percibió presencialmente. Es vital que no haya afectación al derecho a la confrontación, pues, a modo de ejemplo, la contraparte puede usar todos los medios de impugnación frente al testigo que conoció personal y directamente el objeto de prueba: el falso testimonio, la declaración injuriante, etc. (SP-14844, 2015).

¿Son admisibles como prueba las declaraciones dadas por el NNA antes del juicio oral? Obviamente, la ley y la jurisprudencia penal así lo han permitido, en aras de proteger la integridad de la víctima menor de 18 años y debido a la clase de crimen cometido.

La concurrencia del NNA al juicio oral tiene una connotación especial. Cuando el menor acude como testigo, se incrementa el riesgo de revictimización y este riesgo obliga a los funcionarios judiciales a evitarlo (SP-14844, 2015).

Las razones de lo anterior se centran en que, al empezar a superar su trauma, quizá para la audiencia del juicio el NNA no relata completamente los hechos, ya sea por su mínima edad y por no recordar debido al transcurso del tiempo, a las presiones de tipo judicial —así se trate de atenuarlas— y por lo desaconsejable que resulta otro interrogatorio exhaustivo. Dicho de este modo, su disponibilidad como testigo es relativa, por ello se concluye que las versiones dadas antes del juicio se admiten con los presupuestos y límites característicos de este tipo de prueba (SP-14844, 2015).

Particularmente, se estima como postura equivocada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el hecho de sostener una disponibilidad relativa del NNA de cara al

juicio oral y público, puesto que el objeto de la Ley 1652 de 2013 fue no permitir que se reviva por parte del NNA el presunto momento en el que ocurrieron los hechos objeto de averiguación, en los cuales este resultó víctima.

Solicitar el decreto de la entrevista previa como prueba de referencia, la cual será incorporada como prueba a un juicio oral para que sea valorada por el juez al momento de dictar sentencia, es un completo descalabro a las garantías fundamentales del procesado, porque incluso hasta el Juicio oral, estará en la incertidumbre de cómo preparar su defensa.

Bajo el análisis anterior, se rompe el esquema de la igualdad de armas y se deja a la liberalidad de la Fiscalía manejar a su antojo la prueba en la óptica de su mejor conveniencia, en una clara aplicación de una obsoleta práctica probatoria de sumar testigos y no pesarlos.

En la providencia SP5798-2016, que *grosso modo* se refiere a este tipo de prueba, así:

El precepto 437 de la Ley 906 de 2004 señala como la versión rendida extrajuicio, empleada para probar o desvirtuar uno o más presupuestos del delito y su grado de participación en el, las condiciones atenuantes o agravantes en materia punitivas, la naturaleza y extensión del daño producido o cualquier otro aspecto importante objeto del litigio y no discutible en juicio. Para la Corte debe cumplir como requisitos que sea una declaración, recibida fuera juicio oral, que se use o intente emplear como medio de prueba, y que el testigo no pueda concurrir al juicio (CSJ, SP14844-2015, 28 de octubre de 2015, radicación 44056, CSJ AP, 30 de septiembre de 2015, radicación 46153, entre otras). (Sentencia SP5798, 2016)

Explica la Corte que, para efectos de la decisión tomada con este tipo de material probatorio, es la declaración previa de quien no acude a verter su versión en el juicio oral, y no contrario a lo que consideran los jueces o las partes, al afirmar que los medios de prueba se emplean para probar en el juicio la existencia y el contenido de esa declaración que se aspira a tomar como prueba de referencia.

Es posible, entonces, diferenciar conceptualmente la entrevista como prueba de referencia, que nace como información legalmente obtenida y es evidencia para demostrar

que existe, pero, aunado a ello, se debe cumplir con la carga de aducción necesaria conforme a la ley, para que sea decretada y, al momento de ser valorada, se pueda indicar que fue obtenida y ordenada de manera legal (Sentencia SP5798, 2016).

En primera medida, se suele acudir en las actuaciones judiciales, al principio pro infans, aplicable, dada la edad del sujeto pasivo y la clase de conducta criminal investigada, cuyo principal efecto de la aplicación es que el menor no acuda al juicio oral, pues, en la medida en que acuda a la vista pública, corre el riesgo de que sea otra vez objeto de victimización y por eso es deber de los funcionarios judiciales evitar dicha práctica procesal (Sentencia SP9508, 2016).

Según el argumento de la Corte Suprema de Justicia, cuando el funcionario judicial no vela por evitar que el NNA abusado sexualmente acuda al juicio como testigo, lo que hace es desprotegerlo y ponerlo en una posición muy desfavorable respecto a otros afectados, que en condiciones similares solo se interrogaron una vez y excepcionalmente una segunda vez, casi siempre reciente a los acontecimientos (Sentencia SP9508, 2016).

3. La entrevista como prueba de referencia según la jurisprudencia

Para el mencionado tribunal de cierre, la entrevista de los menores sujetos pasivos de conductas sexuales constituye prueba de referencia. Así lo expuso la Corte en providencia SP-3332 de 2016, que cuando se trata de declaraciones rendidas por menores de edad antes del juicio oral, las cuales demuestran el abuso sexual, de responsabilidad del procesado u otro aspecto relevante del tema probatorio, estas indudablemente son prueba de referencia, cuyo concepto se contiene en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, acorde con la evolución jurisprudencial en la materia, cuando establece unas características que validan la práctica de la prueba, como por ejemplo señalar que este medio probatorio se legitima como testigo

de cargo, pues su versión se enfoca a sostener la acusación de la Fiscalía, lo cual activa el derecho a preguntar como extensión de la garantía de contradicción y confrontación.

En esa misma línea jurisprudencial, la Sala Penal de la máxima corporación de cierre enfatiza que, para establecer si un testimonio antes del juicio es prueba de referencia, se deben tener en cuenta algunos criterios, como establecer, al momento de aducir o solicitar la prueba, si esta declaración será incorporada al juicio como prueba de referencia, haciendo énfasis en el medio de prueba a través del cual se realizará tal incorporación, debido a que la declaración previa debe ser presentada en el juicio mediante un testigo de acreditación o incorporación.

Al momento del ofrecimiento de la prueba, hay que tener claro que las pruebas pueden ser directas, indirectas, para hacer más o menos probable un hecho o circunstancia o para impugnar credibilidad. Sin embargo, de igual manera, la prueba de referencia es una categoría probatoria, diferente a las inicialmente enunciadas y, por ende, requiere de una carga argumentativa distinta e independiente, que nace a partir del ofrecimiento de la prueba con la comprobación teórica de la razón fáctica o jurídica por la cual el testigo que rindió la declaración previa no está disponible funcional o psíquicamente.

4. Validez de la entrevista como prueba de referencia

Cuando este medio de prueba no se presenta al juicio directamente por quien la produce sino por un tercero, este es admisible con base en la Ley 1652 de 2013, adicionando la regla 438 de la Ley 906 de 2004 en su literal e), que señala que también es aceptable tal medio probatorio si el declarante es menor de dieciocho años y ha sido afectado de crímenes contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188 a, 188 c, 188 d, del mismo Código (Sentencia AP1001, 2016).

La Ley 1652 de 2013 adicionó al artículo 275 de la Ley 906 de 2004 y le dio a la entrevista forense a NNA víctimas de agresiones sexuales el carácter de “elemento material probatorio” y, con ello, consagró normativamente que pueda incorporarse o aducirse al juicio oral por medio del psicólogo entrevistador que valora a la víctima, quien, acorde con el literal f) del artículo 206a de dicha codificación, puede citarse para verter testimonio sobre la entrevista y el informe realizado (Sentencia AP1001, 2016).

Ahora, como esa deposición no se lleva al juicio oral por su autor, sino por un tercero, es prueba de referencia conforme al artículo 437 del Código de 2004. Su admisibilidad se condiciona a la demostración de cualquiera de las hipótesis del artículo 438 de este Código, al cual se le adicionó el literal e, por la Ley 1652 de 2013 en su artículo 3º, que contempla tal situación, en la medida que indica que dicha prueba será aceptable cuando el testigo sea menor de edad y haya sido afectado por alguno de los delitos sexuales descritos en el Título IV del Código Penal, artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código (Sentencia AP1001, 2016).

Dicho de otra forma, conforme a la jurisprudencia, se puede incorporar al juicio tal entrevista forense recibida al menor abusado a través de la declaración de un perito y esta se apreciará en conjunto con el testimonio como elemento de juicio que permita un mejor conocimiento de los hechos y pueda desentrañar la verdad real. Así lo advierte la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando indica:

Esta reglamentación coincide con lo planteado en los debates previos a la expedición de la citada ley, en los siguientes aspectos: (i) “la entrevista forense se introducirá en el proceso a través de tres diferentes medios, a saber: dictamen pericial, testimonio del perito y la entrevista propiamente dicha” ; y (ii) se reitera la importancia de documentar adecuadamente la entrevista, para facilitar el derecho de defensa, brindarle mejores elementos al juez para su valoración, etcétera (SP-3332, 2016).

5. Eficacia probatoria de la entrevista

La entrevista, conforme los parámetros de la Ley 906 de 2004, cuando indica la recaudación de medios evidenciables, se colige que no se estima como evidencia en el enjuiciamiento verbal, porque los elementos que la componen al ser recibida están discordes con esa ley, ya que para que esta tenga valor probatorio se requiere materializar el principio de contradicción (León, 2010, p. 15).

La entrevista, igualmente, puede ser amparada por otro testigo presente del hecho que corrobore lo dicho por el entrevistado. Si ocurre ello, tal como lo plantea el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 9 de noviembre de 2006, radicación 25.738, si se considera prueba es porque se realiza respetando los principios de inmediación, publicidad y contradicción, y se recepciona en la audiencia de enjuiciamiento (León, 2010, p. 15).

De esta forma, se confiere seguridad jurídica que avale la entrevista en el enjuiciamiento verbal. Así, la Corte da a la entrevista un valor y para que esta se tome como prueba es necesario reformar los parámetros de la Ley 906 de 2004, para que en determinado estadio procesal procure servir para aclarar los hechos de la perpetración de un delito e impedir que se arrepientan de su declaración los entrevistados (León, 2010, p. 15).

En el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004 y en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), excepcionalmente, se admite la prueba de referencia, regulada en el precepto 438 del Código procesal, ya que obliga que las pruebas se practiquen en la audiencia de enjuiciamiento, aplicando el principio de inmediación ante el juez de la causa o de conocimiento, sometidas a la ritualidad de la confrontación y contradicción probatoria que les es dable a las partes trabadas en la litis (Ramírez, 2014, p. 37).

Ciertamente, la prueba de referencia se admite excepcionalmente en la comunidad probatoria del proceso penal. Esto no se está cumpliendo, porque en investigaciones

tramitadas por delitos que lesionan la libertad, integridad y formación sexuales, siendo afectados menores de edad, en algunas ocasiones se les permite acudir a la audiencia de enjuiciamiento para rendir exposición de la situación fáctica, atentando contra los derechos resguardados por el bloque de constitucionalidad, logrando de esta forma que el NNA pueda revivir el suceso que lo victimizó (Ramírez, 2014, p. 37).

Ramírez indica que en este tipo de investigaciones por delitos sexuales también se recurre con frecuencia a la prueba indiciaria, ya que en este tipo de conductas criminosas, al considerar las circunstancias perpetradas —especialmente porque están presentes el menor (víctima) y el sujeto activo en el mismo sitio, muchas veces en lugar solitario o despoblado, donde no pueden ser avistados—, es necesario permitir en el juicio que declaren familiares, así como la presencia de los psicólogos, que, pese a no ser testigos directos del delito, permiten confirman su existencia, y ello se deduce de la conducta tomada después por el menor y sus expresiones de temor y angustia al ver y sentir la presencia de su agresor (Ramírez, 2014, p. 38).

En punto al poder suasorio de tal prueba de referencia, la Corte de cierre penal ha indicado que este es restringido, debido a las particularidades que lo caracterizan, esto sumado al inconveniente que implica su contradicción; por ello el legislador contempló una tarifa legal negativa frente a esa prueba de referencia, que evita que la condena se soporte únicamente en esta clase de medios, de acuerdo con la regla procesal 381 de 2004, que exige el conocimiento para condenar, por encima de toda duda sobre el delito y de la responsabilidad penal del imputado, soportado en los medios probatorios controvertidas en el juicio (Parra, 2013, p. 589).

El fallo condenatorio no podrá fundamentarse solo en pruebas de referencia. De acuerdo con la tarifa legal negativa fijada por el legislador, esta funciona solo frente a la

sentencia condenatoria, pero respecto de otras decisiones este principio no tiene validez. Por tanto, de acuerdo con lo anterior, se señala que ese medio probatorio no es suficiente por sí solo para derruir la presunción de inocencia, pues exige del soporte adicional de otros medios de conocimiento, incluidos dentro de estos la construcción de inferencias o pruebas indiciarias (Parra, 2013, p. 589).

Sobre el uso excepcional de este medio de prueba, se puede hacer uso de ella si con su utilización se busca que todas las pruebas y medios que lleven conocimiento al juez sean practicadas presencialmente y en fase de juicio, para que conozca directamente todas las circunstancias que la rodean. Adicionalmente, debemos recalcar que la Corte Constitucional, en Decisión C-144 de 2010, analizó que, a pesar de que dicha prueba es excepcional, “su valor y aporte de esclarecimiento de los hechos y compromiso punitivo del acusado, estará condicionada al sostén que tenga en otro tipo de medios de prueba”, en la medida que ninguna condena se funda en solo pruebas de referencia (González, 2017, p. 13).

Efectivamente, de acuerdo con la corriente jurisprudencial que han trazado las líneas de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal, el juez tiene la necesidad y discrecionalidad de valorar la prueba de referencia, pero, además, debe considerar estimar sobre su necesidad, pertinencia y conducencia, pasando los filtros aplicables a otras pruebas, pues debe sustentarse su realización o incorporación, y este se valorará posteriormente (González, 2017, p. 13).

6. Deferencia de los derechos de los menores en la entrevista

Los fines de la entrevista, como captar información verídica referente a la situación investigada, se cumple con apego al respeto y dignidad del entrevistado, episodio investigativo en el que el investigador debe tener en cuenta el desarrollo cognitivo, la capacidad lingüística, de razonamiento y de conocimiento emocional del infante,

considerando su prioridad evidente. Desde luego, la entrevista, el interrogatorio y su contrainterrogatorio evidencian información pertinente que demuestra las condiciones clínicas en que quedó el menor-víctima tras recibir los daños causados por el delito en su humanidad, teniendo en cuenta el miedo, el temor, la angustia, sus sueños, sus pesadillas, sus desafectos y trastornos sexuales, entre otras situaciones. Así, pues, se realiza un examen psicológico y psiquiátrico de las secuelas que deja el delito (Marroquín, 2016, p. 46).

Dentro de este orden de ideas, se hacen necesarias orientaciones constitucionales y legales, que en ciertos casos implican la valoración plena de la entrevista o versión previa, en consideración al perjuicio que puede producir al constreñir al menor para que acuda a la audiencia, a pesar de que esta se lleve a cabo siguiendo las ritualidades de la Cámara Gesell, siendo asistidos profesionalmente para evitar evocar el hecho traumático (Marroquín, 2016, p. 46).

En relación con las dos jurisprudencias de la Corte Constitucional a las que se ha hecho alusión, con la prueba de referencia, debe tenerse en cuenta la Sentencia T-117 de 2013, que destaca que la conferencia o el cuestionario elaborados para el menor de edad deben realizarse preservando el respeto y la dignidad del testigo, así como evitando causar más daños a la víctima, al exponerla de nuevo al trauma.

A este respecto, la decisión de tutela citada, proferida por la Corte Constitucional, explica que al realizar esta prueba se recauda información sobre la situación fáctica, en un contexto de respeto y dignidad —como se dijo anteriormente— en el que el entrevistador considera la evolución cognoscitiva, lingüística, de razonamiento, de conocimiento y emocional del menor, concibiendo la urgencia de los derechos de los niños, lo cual incluso se ratifica por la misma corporación en la decisión de Constitucionalidad C-177 de 2014, que declaró ajustada a la Constitución la Ley 1652 de 2013.

Por otra parte, resulta notorio que la entrevista, el interrogatorio y el contrainterrogatorio arrojan información significativa que aclara las verdaderas condiciones clínicas del menor tras la perpetración del delito. La entrevista permite evaluar su estado emocional en todas sus aristas entre diversas situaciones, siendo necesario un entorno específico y favorable respetuoso de los principios del interés superior del menor (Sentencia C-177, 2014).

Es por ello que se exigen guías constitucionales y legales, con las cuales se valoren los efectos de las entrevistas o versiones rendidas previamente, por el daño potencial que implica al tratar de obligar a que el menor se presente a la audiencia (incluso con la técnica de la cámara Gesell y a pesar de estar asistido con apoyo profesional), que pueden hacer que se evoque el acontecimiento traumático (Sentencia C-177, 2014).

Tal como señala el documento *Lineamiento técnico para la atención a niños, niñas y adolescentes, con derechos amenazados o vulnerados, víctimas de violencia*, elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Colombia (ICBF), los ataques sexuales contra NNA son una grave violación a los derechos humanos, especialmente sus derechos a la vida, la libertad, la dignidad, la autonomía y los derechos sexuales y reproductivos. Al insertarse la expresión *enfoque de derechos*, se busca propender por proteger y garantizar el goce de tales derechos, atendiendo a sus características y necesidades específicas, lo cual ha de realizarse en un contexto igualitario, digno y respetuoso por la dignidad humana (ICBF, 2018, p. 72).

El mismo documento indica que, partiendo del enfoque de derechos, es indispensable reconocer la capacidad de agencia de los NNA para el restablecimiento y ejercicio pleno de derechos, lo cual les confiere el rol de sujetos políticos de participación activa y no solo de receptores de atención. Por tanto, la actuación que conduzca a garantizar o restablecer sus

derechos debe tener como norte los principios de su interés superior, la no discriminación y el derecho de participación (ICBF, 2018, p. 72).

Finalmente, dicho documento indica que las acciones son producto de respuesta a las necesidades del NNA afectado de violencia sexual, acorde con sus particularidades, pues estos deben ser escuchados, participar en todas y cada una de las decisiones e informados en todo instante dentro de las actuaciones y trámites en su atención (ICBF, 2018, pp. 78-80).

Capítulo 2

La producción de la prueba de entrevista del menor en los delitos sexuales

En este capítulo, se aborda la producción de la prueba, la entrevista de los NNA en los delitos sexuales, el protocolo seguido por los entrevistadores especializados de la Fiscalía General de la Nación, su marco normativo, un repaso de la ley, la doctrina y jurisprudencia sobre el proceso de producción de la prueba y, especialmente, la idoneidad del entrevistador especializado o el psicólogo forense para practicar la entrevista al NNA.

2.1. Admisión excepcional de la entrevista como prueba de referencia

Para la Corte Constitucional, la prueba de referencia es exclusiva, atendiendo a que, según el deber ser en un sistema de enjuiciamiento criminal con tendencia acusatoria y de corte adversarial, las pruebas son decretadas para ser practicadas directamente en juicio oral y público, y no de manera no previa a él, haciendo efectivos los principios de inmediación, concentración de la prueba, confrontación y la regla de valoración del testimonio para el juez conforme al artículo 404 del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Esta evidencia es excepcional a la inmediación probatoria, excluye la controversia probatoria y perturba el principio de concentración, para que, de forma continua en esa audiencia, se conozca la situación fáctica procesal directamente. La Sala Penal, en decisión de 6 de marzo de 2008 (rad. 27.477), con ponencia del magistrado Augusto J. Ibáñez Guzmán, indica que este medio de prueba es admisible si no hay plena disposición física del declarante por motivos insuperables; por lo que son casos extremos y no es la regla general, conforme al artículo 438 del CPP.

En la Sentencia C-144 de 2010, la Corte Constitucional explicó que, pese a admitirse excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer situación fáctica y responsabilidad

penal, debe soportarse en otros medios de prueba”, porque ninguna sanción penal puede edificarse solo en este tipo de pruebas (art. 381 L. 906/04) (Sentencia C-177 de 2014).

Para este tipo de delitos, el ente acusador, depositario de la noticia criminal, donde emerge una labor investigativa, ha diseñado formalidades de investigación de crimen sexual, el cual facilita a todos los funcionarios de esa entidad responsables de su investigación y de la judicialización de delitos, herramientas para cumplir con los estándares de diligencia, fortalecimiento de capacidades institucionales y sobresalir a las dificultades en la investigación que privan a las víctimas de ser atendidas en forma adecuada y oportuna.

Ha sido clara la ley y los diversos protocolos establecidos por la Fiscalía General de la Nación, como, por ejemplo, el concepto del alcance jurídico y probatorio de la entrevista el NNA, en el que se señala que el NNA debe ser asistido por su representante legal o pariente mayor de edad, diligencia que debe contar con el visto bueno del defensor de familia del ICBF.

La entrevista se debe registrar de preferencia en video, para poder usarla como evidencia referencial aceptable en juicio, además, debe dejarse constancia en un informe del investigador especializado que la hizo, el cual posteriormente debe ofrecer su testimonio en juicio.

En cuanto a la ritualidad a tener cuando el afectado de violencia sexual busca al orientador para el inicio de la “entrevista”, es usual el temor y resistencia de revivir el momento, debido a lo doloroso y humillante de la experiencia; por ello, debe tenerse cuidado en fortalecer las relaciones de empatía, confianza y respeto hacia la víctima. No se debe forzar a la víctima para que hable de lo acaecido si no lo desea, ya que esto puede interpretarse como burla respecto a su situación o menosprecio hacia ella; o dar a conocer lo ocurrido quebranta el nexo víctima-orientador e impide la adecuada orientación o entrevista. Por estar

razones se da la necesidad de utilizar como puente entre el entrevistador y el entrevistado los diversos protocolos diseñados por los estándares psicológicos internacionales.

Siguiendo el orden de los conceptos en precedencia anotados, cuando hay un infante presunto afectado de una conducta sexual —y puntualmente sea de acto o acceso carnal abusivo, no obstante el trámite de los artículos 192 a 200 de la Ley 1098 de 2006, que señala los procedimientos especiales cuando un NNA ha sido víctima entre otros, de este tipo de conductas—, la entrevista se fijará de preferencia por un medio audiovisual, o en su ausencia por cualquier otro medio técnico y, en últimas, por escrito, conforme al literal e del artículo 206^a adicionado por el canon 2º de la Ley 1652 de 2013 y el numeral 1º del canon 146 de la Ley 906 de 2004, que regula el trámite de registro de estas actuaciones (Código de Procedimiento Penal, 2004). La realiza personal especializado y debidamente entrenado del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) en entrevista forense a menores de edad, previa revisión del cuestionario por el defensor de familia, quien debe autorizar y puede presenciar esta diligencia.

En los casos en que no se dispone de este profesional, la autoridad competente debe garantizar que intervenga un entrevistador especializado, que tenga la idoneidad suficiente para adelantar la diligencia. En esta actuación procesal, el menor debe estar asistido por su representante legal o por un pariente responsable mayor de edad; se realiza en cámara de Gesell o espacio físico especialmente adecuado con implementos, de acuerdo con la edad y etapa evolutiva del afectado (Marroquín, 2016, p. 12).

Todo este protocolo en la construcción de la información legalmente obtenida, es decir, de la entrevista que se le realiza al menor, es liderada por un fiscal, que es quien asume la investigación y compulsa la correspondiente orden a la policía judicial para la práctica de la entrevista. Para la ejecución de dicha orden, este fiscal cuenta a su vez con el equipo

conformado por los actores anteriormente mencionados, quienes vienen agrupados en lo que el ente acusado llama Unidad de CAIVAS (o Centro de Atención a Víctimas de Violencia Sexual), a efectos de que la investigación sea oportuna y eficaz.

2.2. La entrevista en CAIVAS

2.2.1. Marco normativo

La entrevista forense a NNA viene regulada, especialmente, en el canon 206a de la Ley 906 de 2004. Esta ley señala, “sin perjuicio del trámite de los preceptos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006”, que cuando la víctima de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV, artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d del Código Penal colombiano, sea menor de edad, se realizará una entrevista grabada o fijada audiovisualmente en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, hecha por personal del cuerpo técnico de Investigación de la entidad acusatoria, preparado para este tipo de diligencias. El cuestionario que debe responder el menor lo revisa el defensor de familia y puede presenciar la diligencia; si no se dispone del personal especializado, la autoridad competente debe gestionar lo necesario para que este entrevistador especializado la realice.

Inicialmente y frente al protocolo establecido para tal efecto, se fijó un año para entrenamiento en entrevista forense, y en ese contexto tuvieron lugar mesas interinstitucionales entre la Fiscalía, el Bienestar Familiar, Medicina Legal y la Policía Judicial de la Policía Nacional, en aras de instaurar mecanismos de difusión, capacitación y monitoreo permanente de la práctica de esta entrevista protocolaria o actividad investigativa. El personal capacitado en entrevista forense informará detalladamente sobre ella, con las ritualidades del artículo 209 de este código y normas concordantes. Dicho personal puede

declarar sobre ella y el respectivo informe de la única actividad realizada conforme a los lineamientos de una orden previa a Policía Judicial, pues ahondar en aspectos distintos a la recolección de la evidencia lo transporta a un escenario y rol distinto, es decir, a la prueba pericial y a convertir su informe en una pericia, lo que además lo excluye del rol de entrevistador especializado y lo convierte en un perito experto con una formación profesional completamente diferente (Ley 1562 de 2013).

De acuerdo con lo normado en el precepto 206a de la Ley 906 de 2004, donde se regula la prueba por realizar al NNA abusado, el legislador introdujo al ordenamiento jurídico un procedimiento especial, que tiene tres ejes fundamentales, a saber: 1) la preeminencia del interés privilegiado del menor; 2) la restricción a que estos sean expuestos otra vez a los hechos durante la etapa del juicio; y 3) para evitar su victimización secundaria o revictimización.

Según lo regula el artículo 206a, todo lo ocurrido en la entrevista forense debe ser filmado o grabado por medio audiovisual o técnico para registrarlo y reproducirlo de manera fidedigna y original, de conformidad con el precepto 10 procedimental penal. Como ya se ha indicado, solo de manera excepcional se permite su registro escrito, cuando no se pueda acceder a medios técnicos más idóneos, aunque debe darse prelación al registro audiovisual, garantizando que los menores víctima de violencia sexual no comparezcan al juicio oral a relatar nuevamente los hechos (Fiscalía General de la Nación, 2017, pp. 4-7).

En cuanto al alcance de la entrevista y el informe respectivo, estos no son valoraciones ni evaluaciones por sí solos, en la medida que no emiten un concepto, aspectos que se tienden a confundir en la práctica judicial por algunos fiscales, investigadores especializados y jueces. Si estos elementos fueran por sí solos evaluaciones, constituirían un elemento de

convicción o medio de conocimiento diferente, como lo es el dictamen pericial que rinde un perito experto, medio de prueba completamente diferente.

El fin es obtener información útil y relevante sobre los hechos, que normalmente suelen ser reducidos a la respuesta a preguntas del qué, cómo, cuándo, dónde y por qué. Dicha entrevista se realiza al principio del proceso y es útil para orientar la investigación de los hechos y puede ser usada como sustrato para otras actividades.

El funcionario que efectúa este tipo de entrevista, cuando se presenta en audiencia de juicio oral para sustentar los resultados de esta, lo hace en calidad de testigo de acreditación de la prueba de referencia admitida, esto es, de la entrevista y no como perito, teniendo en cuenta que no ha realizado una actividad encaminada a efectuar una evaluación, sino a obtener información; es decir, que el funcionario que ha sido asignado para hacer una entrevista forense en un caso dado no podría ser llamado a juicio para sustentar los resultados de una evaluación (peritaje) en ese mismo caso si no la ha realizado. El entrevistador, en calidad de testigo, debe ser objetivo y describir lo que vio y lo que le consta, pero no da opiniones periciales. Para obtener conceptos periciales, se debe solicitar una evaluación forense, en los términos y condiciones descritos más adelante.

2.3. Protocolo utilizado en la entrevista

El Protocolo de Satac, denominado así por sus siglas en inglés, es un documento semiestructurado el cual se puede modificar, teniendo en cuenta la competencia comunicativa de la víctima, su desarrollo y el proceso de la revelación, así como algunos factores, como simpatía, identificación de anatomía, indagación de tocamientos, escenario del abuso, cierre.

Desde el inicio de la prueba, se busca captar la expresión verbal mediante relatos o narrativas, y que el interrogado responda amplia y detalladamente. Se parte de un ensayo narrativo de asuntos de interés al entrevistado, para que este narre su experiencia de manera

estructurada y en detalle. Así, se conocerán sus habilidades verbales, cognitivas, sociales, y que el entrevistado admite que lo más trascendental es su experiencia y recuerdo.

Es de anotar que este protocolo ha desaparecido de la práctica actual de la entrevista en Colombia, aunque se utilizan otros protocolos, sin que exista uno estandarizado por la ley, la doctrina y las mesas interinstitucionales. Cabe señalar, además, que los protocolos son mal utilizados, debido al binomio peligroso que se conforma cuando en un solo ser humano confluye el hecho de ser policía judicial y, a su vez, el deber de asumir el rol profesional o experto en este tipo de recolección de evidencia (Estévez, s. f., p. 1).

2.4. Doctrina

Para facilitar la evaluación de las versiones de los afectados, en muchos años se han impulsado procedimientos para diferenciar entre relatos ficticios y reales relacionados con ataques sexuales a menores. Estas metodologías se fundan en el análisis del contenido de las declaraciones de los NNA agredidos de acuerdo con diversos protocolos. Se parte del hipotético caso de que las narraciones de un hecho percibido por el testigo difieren esencialmente de las crónicas de otro hecho no percibido, el cual ha producido el declarante en su imaginación o por ser sugerido de otras personas. Lo más importante de estos procesos es que su imparcialidad se condiciona a la inmejorable tasación de los elementos concurrentes en cada caso concreto, pues una versión describe un acaecimiento pasado, y un acto de evocación. Y a la memoria, al igual que sucede con otros procesos cognoscitivos, la afectan gran cantidad de componentes, como factores del testigo, ingredientes de suceso y elementos del sistema policial y judicial, entre ellos, la mora de la ocurrencia del delito y cuando se recibe la versión a la víctima, la cantidad de veces que el menor narró el evento, los datos posiblemente sugeridos al niño, y la forma de interrogarlo por el ataque sexual. Por tanto,

conocer esos factores es vital para valorar correctamente las declaraciones (Manzanero, 2001, p. 52).

2.5. Jurisprudencia

Una de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, que resulta más significativa es la Sentencia SP-108 de 2019, en donde se advierte que, en los casos en los que no quedan huellas físicas, la versión de la víctima es el único elemento de juicio con el que se cuenta para poder reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria atemperada por la jurisprudencia de la Corte mediante el sistema o teoría de la corroboración periférica de los hechos, metodología de tipo analítica que exige examinar datos probados en el proceso que hagan más creíble la versión de la víctima. En el derecho español, se ha acuñado el término “corroboración periférica”, como la verificación de cualquier dato que haga más creíble la versión de la víctima, como la inexistencia de razones para que la víctima o sus familiares mientan para perjudicar al procesado; el daño psíquico propiciado por el ataque sexual; el estado anímico de la víctima después de ocurrir los hechos; dádivas u obsequios hechos por el procesado a la víctima, sin otra explicación que permitir el abuso sexual, entre otros (SP-108, 2019).

La misma sentencia precisa que no es posible, ni conveniente, enunciar las formas de corroboración de la declaración de la víctima. Esto se sujeta a las características de cada caso, tomando como referencias algunos casos, como (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio de comportamiento de la víctima; (iii) las particularidades del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la comprobación que tanto víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar descritas en la teoría del caso; (v) las actividades hechas por el procesado para procurar estar con la víctima sin testigos; (vi) los contactos que ambos hayan tenido telefónicamente, por mensajes de texto, redes sociales,

(vii) las razones de no haber sido percibido el abuso sexual por otras personas en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, por ejemplo; (viii) la ratificación de circunstancias específicas del entorno del abuso sexual (SP108, 2019).

2.6. Idoneidad del entrevistador forense para practicar la entrevista al menor

A pesar de que el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013 establece que, en condiciones normales, los servidores del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación que realizan la entrevista deben tener formación y entrenamiento en entrevista forense a NNA —que cuente con la formación que conjugue un enfoque concreto en el entendimiento y amparo del NNA, atendiendo a sus condiciones físicas y psicológicas y la manera más idónea de adentrar los delitos sexuales— y pese además a que rutinariamente, en ejercicio de su actividad investigativa, disponen de competencias y conocimientos específicos en el manejo de todo tipo de pruebas, es necesario que cuando se trate de entrevistas a este tipo de víctimas, por agresión sexual, reciban capacitación específica en el enfoque de entendimiento, protección y apoyo al NNA, acorde con sus condiciones físicas y psicológicas, y en la forma adecuada para el abordaje de delitos sexuales (Fiscalía General de la Nación, 2017, p. 16)

Sin embargo, el responsable del abordaje en la entrevista a NNA no debe ser cualquier profesional con formación “adecuada”. Bien tuvo el Colegio Colombiano de Psicólogos en pronunciarse al respecto en comunicado del 12 de julio de 2012, cuando —al referirse acerca del examen a la Resolución n.º 459 de 2012, emitida por el Ministerio de Salud, y que regula lo relacionado con el manejo de la entrevista a NNA víctimas de abuso sexual y hace hincapié que el Protocolo de Atención a las Víctimas de Violencia Sexual—, explicó que los psicólogos con posgrados en psicología forense, jurídica o criminológica, además de ser expertos en procesos psicológicos básicos, lo son en informes forenses, en su ratificación en

el juicio oral, y, por tanto, son los profesionales más capacitados e idóneos para valorar a las víctimas, incluyendo el testimonio.

En dicho documento, el Colegio Colombiano de Psicólogos indicó, además, que los responsables de la entrevista no deben ser citados a juicio, porque si no tienen experiencia en elaborar estos informes y sustentarlos en juicio pueden ser desacreditados y se pierde su labor. Igualmente, su rol es más asistencial que forense. El documento citado finaliza con una crítica del protocolo Satac empleado por la Fiscalía para realizar esta entrevista, porque esta herramienta enfatiza en los hechos y en la identificación del autor, más que en la evaluación psicológica propiamente dicha. La Resolución explica, además, que la evaluación psicológica forense tiene pruebas estandarizadas y protocolos, que deben priorizar el examen del daño psicológico a consecuencia del hecho, el cual no considera el protocolo Satac, y debe analizar la credibilidad científica del relato, para que sea una real pericia psicológica forense (Colegio Colombiano de Psicólogos, 2012).

Cuando la entrevista se realiza en CAIVAS la hace un psicólogo que usa el protocolo Satac-Ratac. Dicho protocolo es factible de ser modificado de acuerdo con las circunstancias del testigo o testigo víctima. Este protocolo tiene cinco fases: 1) *simpatía*: construcción del *rapport* o compenetración acorde con el desarrollo cognitivo y habilidad del menor; 2) *anatomía*, en la que se hace la presentación de muñecos anatómicos de acuerdo con la edad del menor para establecer en qué nivel reconoce las partes íntimas de ambos sexos y tener un idioma en común de estas en el desarrollo de la entrevista; 3) *tocamientos*: se pregunta acerca de las caricias positivas y negativas, dependiendo de si le gustan y si da y recibe; 4) *abuso*, en la que se pide al menor hacer un relato libre de la experiencia; en esta fase se interroga para aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho; 5) *etapa de cierre*; se

indaga al menor sobre información importante y se le educa en seguridad personal (Ramos, 2013, pp. 10-11).

2.7. Línea jurisprudencial de la prueba de referencia

La prueba de referencia hace alusión, entonces, según lo dicho en sentencia de 21 de septiembre de 2011, rad. 36023, al medio de convicción, sea grabación, escrito, audio, e incluso testimonio, que se presenta en el proceso para informar una declaración recibida fuera del juicio, con el fin de demostrar circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, cuando no se puede presentar en la audiencia al testigo por los motivos taxativamente fijados en la ley; por ser un medio de prueba excepcional que rompe con los principios probatorios del juicio, en especial los de inmediación y contradicción, su admisibilidad es excepcional y su capacidad probatoria y demostrativa es limitada. En cuanto a la excepcionalidad de la prueba de referencia, esta se soporta en su poca confiabilidad, pues los riesgos en el proceso de valoración se miden con diferentes factores, como la ausencia de inmediación objetiva y subjetiva, la dificultad de afrontar directamente en juicio el testigo que conoció personalmente del hecho, y la ausencia de análisis de percepción, memoria, sinceridad y narración, en detrimento de su consistencia probatoria (Sentencia SP-8611 de 2014).

De acuerdo con la valoración de cualquier otra prueba apreciable en el juicio oral, en materia de admisibilidad de la prueba de referencia rige el principio de legalidad, en la medida que se valoran únicamente las que están contenidas con los presupuestos del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, el cual solo permite como admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) manifiesta bajo juramento que no tiene memoria sobre los hechos y esto se corrobora pericialmente; b) es víctima de delito de secuestro, desaparición forzada o

evento similar; c) tiene grave enfermedad que le impide declarar; y d) el testigo ha fallecido (Sentencia SP 8611 de 2014).

La prueba de referencia es admisible en el evento de que las declaraciones estén registradas en escritos de pasada memoria o en archivos históricos y, al entrar en vigencia la Ley 1652 de 2013, es admisible, además, cuando el declarante es menor de 18 años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, de acceso carnal violento en persona protegida, de actos sexuales violentos en persona protegida, de prostitución forzada o esclavitud sexual, de trata de personas, de tráfico de niños, niñas y adolescentes, y de uso de menores de edad para la comisión de delitos del mismo código (Sentencia SP-8611 de 2014).

En Sentencia AP-1001-2016, se criticó que fuera llevada al juicio la niña MLRO (por razones obvias, se protege su nombre), mediante el testimonio de un psicólogo. Al respecto, la sentencia mencionada reprochó el contenido de la Ley 1652 de 2013 y el hecho de que — conforme al párrafo del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal de 2004, adicionado por el artículo 1 de la citada ley—, las entrevistas del menor víctima de delitos sexuales fuesen consideradas un elemento material probatorio, por lo cual pueden ser incorporadas al juicio a través del profesional que lo examinó y que estas deben ser apreciada en conjunto con los demás elementos de juicio (Sentencia AP1001 de 2016).

La Ley 1652 de 2013 que adicionó el artículo 275 de la Ley 906 de 2004 y le da a la entrevista forense “realizada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de la característica de elemento material probatorio”, consagrando la posibilidad de que esta sea incorporada o aducida al juicio oral por medio del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien, de acuerdo con el literal f) del nuevo artículo 206a del Código de Procedimiento Penal, puede

ser citada a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado (Sentencia AP1001 de 2016).

Por otra parte, si la entrevista no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, es prueba de referencia acorde con el artículo 437 de la Ley 906 de 2004; su admisibilidad se condiciona a que se acredite alguno de los eventos del artículo 438 ibídem, la cual fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 en el literal e), que consagra esa situación, la cual indica, como se ha explicado anteriormente, que la prueba de referencia se admite cuando el declarante es menor de 18 años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, y de los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d del mismo código (Sentencia AP1001 de 2016).

En cuanto a la inserción de la entrevista forense practicada en el menor abusado sexualmente, dentro del juicio, a través del testimonio, debe valorarse conjuntamente con este elemento probatorio para el correcto conocimiento de los hechos, ya que la exposición al caudal probatorio como prueba autónoma la introduce legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la entregó; de hecho, surge la disposición legal como opción de aportar al debate oral la versión de la víctima, como elemento material probatorio, con las restricciones y exigencias señaladas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004 (Sentencia AP1001 de 2016).

La jurisprudencia históricamente ha precisado razones de índole constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños que han sido abusados sexualmente, para evitar la revictimización que se hace con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado por la Corte Constitucional en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, de 18 mayo 2011, Rad. 33651;

CSJ SP, de 10 marzo de 2010, Rad. 32868; CSJ SP, de 19 agosto de 2009, Rad. 31959; CSJ SP, de 30 de marzo de 2006, Rad. 24468, entre otras (Sentencia SP9508 de 2016).

En tal sentido, la Corte Constitucional consolida doctrina en la Sentencia C-177 de 2014, recorriendo los tratados internacionales y las normas internas que contienen el deber estatal de proteger a los niños al interior del proceso penal, en especial, en los casos en los que han sido abusados sexualmente. Por tanto, el alto tribunal estima ajustado a la Constitución Política de Colombia el contenido de los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013, que establece el procedimiento para entrevistar a los menores y ordena que las versiones vertidas por ellos antes del juicio oral se admitan como prueba de referencia, a fin de que no concurran a la fase de juzgamiento e impedir que el trámite procesal se convierta en un escenario de victimización (Sentencia SP-9508 de 2016).

En el mismo fallo, la Corte Constitucional enuncia las normas internas enfocadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre ellas, la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, resaltando que la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad imponen a la autoridad judicial considerar tales pautas, para asegurar a los menores la satisfacción de sus intereses y no colocarlos en riesgo de nuevas eventuales agresiones.

Capítulo 3

Aducción y valoración la entrevista del niño, niña o adolescente en los procesos penales por abuso sexual

En el presente capítulo, se señala el ofrecimiento probatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación y la valoración de la prueba de entrevista del NNA en los procesos penales por acto sexual. En esta parte del presente trabajo de grado, se abordan los temas de revictimización, la estructura normativa de la Ley 906 de 2004, la ponderación entre los haberes de afectado e imputado, el derecho al debido proceso, al alcance probatorio de esa prueba, la valoración de la entrevista del NNA como prueba en los delitos de acto sexual, la postura jurisprudencial al modificar el valor suasorio actual de la prueba de referencia, el análisis de derecho comparado, evocando algunas decisiones del Tribunal Supremo Español sobre la tesis de corroboración periférica y del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Igualmente, se aborda, aunque de manera muy general, la película *La cacería* del director danés Thomas Vinterberg, como un recurso que permite poner de presente las injusticias que se cometen a diario en este tipo de criminalidad.

3.1. Revictimización de la víctima

Para evitar la revictimización, se dice que es suficiente tomar las exposiciones previas como simples actos de investigación que surgen del nexo de los hechos con la comisión del delito, de modo que la entrevista por sí sola no es prueba y al ser valorada en el juicio oral se rige por determinados parámetros encargados de validar la prueba. Aun así, ante el juez de conocimiento que emite la sentencia, la sola entrevista no debería dar la necesaria convicción suficiente para tomar una decisión que declare una responsabilidad penal, soportada en la mera recolección de hechos (León, 2010, p. 14).

La urgencia de evitar la revictimización viene de antaño con la presencia de los niños en los grupos humanos, en cuyo interior hay un creciente y evolutivo interés de la comunidad internacional, que impone reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos amparados en categorías políticas y sociales que den el suficiente soporte en el proceso de crecimiento, desarrollo e integración fundamental en la sociedad. Porque históricamente emerge la inteligencia y capacidad de cuestionamiento de la niñez, esta necesidad ha sido reconocida en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 23 y 24, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10; y en los estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales interesadas en el bienestar del niño. Así se deduce de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991 (Ortiz, 2013, pp. 78-79).

3.2. Marco normativo de la Ley 906 de 2004

La prueba de referencia está regulada en la parte VI del capítulo III del título IV correspondiente al juicio oral, del libro III del Código de Procedimiento Penal - CPP, en los artículos que van del 437 al 441.

Tal y como se ha indicado, artículo 437 del CPP define la prueba de referencia como: «toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio».

En las reglas relativas a la prueba de referencia, especialmente en el artículo 438 del CPP, se indica también que procede excepcionalmente en aquellos casos en los cuales quien haga la declaración esté inmerso en alguna de las siguientes situaciones:

- «a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) Adicionado por el art. 3, Ley 1652 de 2013. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.»

Los artículos 439 del CPP y subsiguientes relacionados con la prueba de referencia tratan aspectos puntuales relacionados con la admisibilidad en casos específicos. Para efectos de esta tesis es relevante la situación consignada en el literal «e», es decir cuando se trata de un menor de dieciocho años víctima de los delitos mencionados.

La prueba de referencia y la entrevista del menor víctima de delitos sexuales están regulados en los artículos 206a y el párrafo del artículo 275 de la Ley 906 de 2004, el primero de ellos modificado o introducido a la legislación penal mediante el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013. Estos artículos son del siguiente tenor:

Artículo 2°. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así:

Artículo 206a. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098

de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

[...]

d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia.

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

e) La entrevista forense se llevará a cabo 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.

f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

Parágrafo 1°. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

Parágrafo 2°. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente. (Ley 1562 de 2013)

Artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física. Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

[...]

Parágrafo. También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código. (Ley 906 de 2004)

3.3. Ponderación entre los derechos de la víctima y el investigado

La ponderación es criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisprudencial, en especial de las cortes constitucionales, porque aplican normas con rango de derechos fundamentales y principios. Se ubica en el centro de estas discusiones teóricas, que evidencian aspectos como la estructura y sus límites. La ponderación es la forma de aplicación de los principios jurídicos, como normas que tienen la categoría de mandatos de optimización, no la función de determinar qué debe hacerse, sino que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

A través de la ponderación, se resuelve la incompatibilidad normativa entre los derechos de víctima y victimario, sin que ella garantice una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos que, dada su jerarquía, es capaz de resolver anticipadamente los probables choques entre tales principios. La ponderación entre los derechos de la víctima

y el investigado es solo una estructura, que está compuesta por elementos que permiten soportar una relación de precedencia sujeta a los principios enfrentados, para escoger bajo cuál de ellos se alcanza la solución del caso concreto (Bernal, 2008, p. 62).

Para tal fin, los pasos de la ponderación, que hemos encontrado en obras como las de Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido, quien lo cita en su obra *El derecho de los Derechos*, son: en primer lugar, definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en segundo lugar, fijar la importancia de la satisfacción del principio que actúa en forma contraria; y, en tercer lugar, determinar si la importancia de la satisfacción del principio contrario amerita o no la afectación o satisfacción del otro, siendo en esta etapa cuando realmente se sopesa y se pondera (Bernal, 2008, p. 62).

Carlos Bernal Pulido, habla de la *racionalidad* y afirma que esta es un concepto intangible e intermedio entre la *proporcionalidad* y la *razonabilidad*, el cual comprende la forma más acertada de alcanzar los objetivos, teniendo en cuenta que nunca se llegan a decisiones netamente objetivas. Por tanto, la racionalidad nace en reemplazo de tales conceptos, partiendo de la toma de decisiones, donde se suscitan problemas que conjugan lo factico y lo legal (Bernal, 2008, p. 62).

En las obras que se viene citando de los profesores Alexy y Bernal, se acuña igualmente el vocablo *proporcionalidad*, el cual se refiere a la aplicación de tales elementos, como la idoneidad y la necesidad, los cuales deben combinarse para que una decisión sea proporcional y equitativa. De lo contrario, se entiende la intervención del derecho como protuberantemente inconstitucional (Bernal, 2008, p. 67).

Finalmente, es necesario hacer referencia a la *razonabilidad*, que es la característica o parámetro básico que permite identificar una decisión que emerge como punto de equilibrio entre las posturas opuestas dentro de un caso específico, la cual sea admisible

comunitariamente, siempre y cuando se nutra de argumentos que se comparten, de modo que se pueda realizar el proceso de ponderación jurídico pertinente al caso (Bernal, 2008, p. 69).

Con todo, la decisión del juez de admitir o no de la entrevista del menor como prueba de referencia, es consecuencia del convencimiento de que ésta aporta los elementos suficientes para garantizar el interés superior del menor (art. 44 Cons. Pol.) víctima del delito, aunque es posible que soslaye el debido proceso, específicamente el derecho de defensa por la ausencia de controversia *in situ* de este medio de prueba (art- 29 Cons. Pol.). A contrario cense, puede privilegiar el debido proceso e in-admitir la prueba por considerar que no se justifica darle mayor peso al interés superior menor frente al debido proceso. En casos particulares satisfacer plenamente todos los derechos de los implicados puede resultar difícil de cumplir. Sin embargo, la Corte Suprema ha propendido por exigir una armonización de los derechos de las víctimas y los del acusado. En Sentencia SP-3332 -2016, Radicación n° 43866, cuya Magistrada Ponente fue Patricia Salazar Cuéllar, la Corte realizó un análisis del derecho comparado en la materia encontrando la necesidad de armonizar los derechos implicados en este tipo de controversias. En ese sentido advierte la Corte que:

Pero siendo todo ello cierto (la gravedad de los delitos sexuales y la obligación estatal de salvaguardar los derechos de los niños), en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso... (Sentencia SP-3332 -2016, p. 46).

Es claro entonces que en estos casos se presenta una evidente colisión de derechos en la cual es preciso privilegiar alguno en desmedro del otro. En estos casos en los cuales se presenta un choque entre principios, puede recurrirse siguiendo a Alexy, a la «ley de la ponderación». La fórmula de la ponderación de Alexy indica que se da una colisión de

principio, para nuestro caso derechos consagrados en la constitución, cuando en un caso concreto se afirma con base en un principio que algo está prohibido y con base en otro que está permitido (Alexy, 1993, p. 89). Sin embargo, como ya se anotó, no se trata de sacrificar completamente uno de los derechos, sino de armonizarlos de manera que se indique cuál de los dos tiene más peso en un caso concreto. La ponderación de principios, como se ha anotado, puede ayudar a armonizar los derechos enfrentados en casos concretos. No se trata de un juicio en abstracto, pues son las circunstancias de cada caso las que permiten identificar el grado de satisfacción de uno de los derechos en relación con él desmedro del otro. Sin embargo, a modo de ilustración se presenta un caso hipotético que permitirá aplicar la ponderación, lo que no es óbice para que en otros casos resulte diferente dependiendo precisamente de los por menores de cada caso estudiado.

María, se acerca a la Fiscalía General de la Nación - FGN con su hija de 10 años de edad con el objetivo de denunciar a Juan, padre de la menor, por haber metido la mano en la pijama y tocado sus partes íntimas, cuando se encontraba a solas con la menor en su domicilio. María pone la denuncia y una psicóloga del CTI adscrita a CAIVAS realiza valoración y entrevista forense. La FGN entrevista a María quien dice que está intentando separarse de Juan, pero que viven bajo el mismo techo porque son personas de escasos recursos y no tiene como pagarse otro lugar. La FGN inicia investigaciones de policía judicial para identificar plenamente al sujeto, y determinar las circunstancias de modo tiempo y lugar en las que pudieron ocurrir los hechos basados en la denuncia, la entrevista de la menor y de la madre. Se formuló imputación por el delito de «Actos sexuales con menor de catorce años agravado» y se impuso medida de aseguramiento (art. 209 y 211-2 del C.P.). A los tres meses se realizó la acusación bajo los mismos supuestos fácticos y jurídicos. En el juicio se practicaron las siguientes pruebas:

- Testimonio de María madre de la menor que reitera lo indicado en la denuncia.
- Testimonio de la psicóloga que realizó la valoración y entrevista forense aportando los escritos en que se consignó dicha entrevista, en los que la niña indica que su papá se le recostó mientras venía televisión y le metió la mano en la pijama.
- Testimonio de un policía judicial que conoció la noticia y recomendó poner la denuncia.
- Testimonio del acusado que dice estar siendo presionado por la madre de su hija para divorciarse y que si bien estuvo con ella en ningún momento hubo actos de contenido sexual.

La entrevista al niño se introduce como prueba de referencia, sustentada en la exigencia probatoria que tiene la Fiscalía. El argumento que se esgrime es la necesidad de hacer lo posible para garantizar los derechos de las víctimas, por estar cobijados por la protección especial que la Constitución prevé para los infantes y evitar así una segunda victimización sometiéndola a las presiones propias del juicio.

Se trata entonces de sopesar cuál de los dos derechos en conflicto tiene más peso en este caso, mediante la aplicación de la ley de la ponderación. Para ello, siguiendo a Alexy, es preciso definir el peso de un principio (G) en relación con el otro, tomando en cuenta tres elementos de cada principio: el peso abstracto (GA), el peso concreto (GC) y la seguridad de la afectación del principio (AF) (Bernal, 2008, p. 101).

$$GP1:P2 = \frac{GAP1 * GCP1 * AFP1}{GAP2 * GCP2 * AFP1}$$

Según la fórmula tanto el peso abstracto (GA) como el peso concreto (GC) se les asigna un valor numérico de tres grados así: «leve 2⁰, o sea 1; medio 2¹, ósea 2; e intenso 2², es decir 4» (ibídem). Para lo relacionado con la seguridad de la afectación del principio la

escala es diferente así: «seguro 2^0 , o sea 1; plausible 2^{-1} , o sea $1/2$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $1/4$ » (ibídem, p. 102).

En el caso mencionado tenemos que el principio uno (P1) de protección especial del menor que impide que declare en juicio para evitar la re-victimización y garantizar así lo consignado en el artículo 44 de la Constitución Política. De otro lado, el principio dos (P2) que exige la garantía del debido proceso, especialmente la posibilidad de contradecir en juicio las declaraciones que la menor hace en contra del padre, pues se presenta en juicio mediante la introducción de la entrevista realizada por la psicóloga de CAIVAS, quien da plena credibilidad a la víctima.

Así las cosas, tenemos que el peso abstracto del principio de interés superior del menor es intenso, al fin y al cabo, es «superior», es decir que se le asigna un valor numérico de 4. El peso concreto del principio de interés superior del menor es también intenso (4 en valor numérico), pues la protección de la víctima de delitos sexuales, por ser menor, es altísima importancia conforme a nuestro ordenamiento jurídico. En cambio, lo relacionado con la seguridad de la afectación es más discutible. No es seguro que se vulnere el principio de protección especial del menor si no se admite la prueba de referencia y se escucha el testimonio en juicio, porque en la audiencia se pueden dar garantías para la no re-victimización, adicionalmente no es la única prueba que se puede aportar para demostrar la culpabilidad del acusado. Tampoco se puede considerar plausible por las mismas razones y especialmente porque la prueba de referencia no es un aporte definitivo para el convencimiento del juez. La valoración de un perito psiquiatra preferiblemente o psicólogo, que permite controvertir su idoneidad y conocimiento resulta más garantista. Pero el acto de entrevista parece más una actividad de policía judicial cuyo valor no está importante como para considerar que su no valoración vulnera de manera plausible el principio de protección

especial del menor señalado. Así las cosas, se considera el grado de seguridad de la afectación se considera no evidentemente falso, con lo cual la valoración numérica es de $\frac{1}{4}$.

En cuanto al principio del debido proceso tenemos que el peso abstracto de este es también intenso, pues es una garantía fundamental en un Estado Social de Derecho como el nuestro y un pilar de la democracia constitucional (valoración numérica de 4). En cuanto al peso concreto se considera que es medio, ya que, si bien las formas procesales son fundamentales, deben ceder a la garantía de los derechos sustanciales, especialmente en el caso concreto de satisfacer la justicia frente a conductas sexuales que constituyen delitos cometidas en una circunstancia de aprovechamiento de la condición de menor bajo su custodia. Así las cosas, la valoración numérica asignada es de 2. Finalmente, ¿qué tan seguro es que se afecte el debido proceso con la admisión de la prueba de referencia en el caso concreto? Se considera que es muy seguro que así sea, pues la prueba recogida mediante la entrevista está consignada en el escrito de la psicóloga que valora a la niña y la posibilidad de controvertir dicha prueba es prácticamente imposible pues la psicóloga le da la veracidad conforme a su valoración. Adicionalmente no está consignada en un medio que permita identificar con precisión las circunstancias en que fue recibida, cómo sería un video o lo que la doctrina y la jurisprudencia a denominado «corroboración periférica» que no se aporta en el caso hipotético. Por ello, se asigna una valoración numérica de 1 pues se considera segura la afectación del debido proceso.

Con todo, a continuación, se realiza la operación correspondiente al peso del principio 1 (protección especial del menor) en relación con el peso del principio 2 (debido proceso):

$$GP1:P2 = \frac{4 * 4 * \frac{1}{4}}{4 * 2 * 1} = \frac{4}{8} = 0,5$$

Ahora bien, la operación correspondiente al peso del principio 2 (debido proceso) en relación con el peso del principio 1 (protección especial del menor) resulta de la siguiente manera:

$$GP1:P2 = \frac{4 * 2 * 1}{4 * 4 * \frac{1}{4}} = \frac{8}{4} = 2$$

la ponderación, basada en «la fórmula de Alexy» (Alexy, 1993, Bernal, 2008), evidencia la precariedad en que se sustenta el argumento para admitir la entrevista del menor como prueba de referencia, en los casos en que esta se presenta por medio escrito y sin la debida corroboración periférica que se ha mencionado.

Por ello, la Corte Suprema recogió reglas que, del derecho comparado, que deben tenerse en cuenta para resolver este tipo de casos:

... (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria (Sentencia SP-3332 -2016, p. 53-54).

3.4. La garantía al debido proceso

El artículo 438 del Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPP) señala taxativamente cuáles situaciones hacen admisible la prueba de referencia; y de acuerdo con los principios propios de un Estado social de derecho, en el que se garantiza el derecho fundamental al debido proceso, el cual se traduce en permitir la contradicción de las pruebas

de cargo de la acusación, en aras a la búsqueda de la verdad material en el proceso. Así las cosas, será el juez quien, teniendo en cuenta cada caso particular, determine cuándo resulta pertinente admitir la prueba de referencia que las partes aspiren aducir procesalmente; pero, en todo caso, el juez se obliga a asignar a ese tipo de pruebas un valor restringido, de conformidad con el artículo 381 del CPP. De esta manera, la admisibilidad de la prueba de referencia ha de ser excepcional y en extremo, tal como lo ha venido expresando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues una de las bases fundamentales del juicio oral es la confrontación directa con el testigo como fuente de información (Muñoz, 2018, p. 114).

Sin embargo, es dable señalar que el recelo que tiene la prueba de referencia es su contradicción aparente con las reglas de un sistema adversarial puro, o con corte acusatorio, pues las pruebas nacen para ser practicadas en juicio y no de espaldas a él, precisamente, porque este modelo de enjuiciamiento criminal trae consigo una serie de garantías que sumadas nos arrojan el resultado de la garantía del debido proceso, como bien lo hace el artículo 8 de la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, como por ejemplo la contradicción, expresada en una forma diáfana por el literal f) de la norma en citas, que hace resplandecer esa máxima con el citatorio de los testigos de cargo y el correspondiente ejercicio del conainterrogatorio, entonces, sí en forma casi que exclusiva el ordenamiento jurídico penal colombiano admite no solo la ley, sino también la guardiana de la Constitución Nacional a través de la Decisión C-177 de 2014, con ponencia de Nilson Pinilla, la práctica protocolaria de dicha evidencia, su aducción en la correspondiente audiencia preparatoria y su incorporación al juicio a través de un testigo de acreditación.

Conforme a lo anterior, lo menos a lo que se puede aspirar es a que el juez de conocimiento pondere en debida forma dicha evidencia al momento de su valoración, pues, lo contrario, además de hacer un esguince al debido proceso legal y constitucionalmente

aceptado, pondría en serios aprietos las garantías del ser humano sujeto activo de la acción penal.

Lo acotado es tan cierto en este punto que incluso la más reciente doctrina jurisprudencial en la materia, adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, ha establecido que, si eventualmente el menor presunta víctima acude al juicio, puede ser conainterrogado, aun en preguntas que normalmente suelen ser objetadas en la práctica judicial por parte de la asistente del ICBF que acude a la sede del juicio en garantía de los derechos de la presunta víctima menor. Sin embargo, es allí donde aparece el verdadero rol del juez protector de derechos fundamentales, quien podrá ponderar frente a un testimonio que puede ser verosímil, pero no verdadero, pues el testigo puede hacer una narración real de lo que es, a su modo de ver, pero no será verosímil de cara a una comprobación holística con el concierto de pruebas que obren en la actuación.

3.5. Alcance probatorio de la prueba de referencia

En cuanto al alcance de esta prueba, la doctrina señala que son tres sus elementos. El primero de ellos se recoge de la regla 801 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, y se ofrece la definición y el contexto de la prueba de referencia. Esta conceptualización la acuña la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que clarifica el concepto de *declaración* sostenido en la regulación penal puertorriqueña, en la que se tiene por *declaración* cualquier aseveración oral o escrita, o cualquier conducta no verbalizada de la persona, si su intención es tomarla como aseveración. El segundo elemento se refiere a que la declaración se haga por fuera del juicio oral; porque el testigo percibió u observó un hecho directamente, afirma o niega algo del hecho, pero fuera de la audiencia de juzgamiento, dando la declaración, pues le consta directamente la afirmación o negación de algo, aunque no asiste a declarar ante el juez y las partes. El tercer elemento comprende que la declaración se tenga

como medio de prueba para probar la verdad de los hechos, pues como objeto de prueba esta no será de referencia. Debe tenerse claro que en el juicio oral las partes pueden llevar una declaración previa al juicio, contenida en un documento o mediante testigo, para probar que lo afirmado o negado por la declaración es verdadero o para probar que la declaración existió (Mejía, 2017, pp. 22-23).

La misma jurisprudencia de la Sala de Casación penal ha dicho que para no perjudicar la salud mental del menor de edad y evitar que recuerde hechos dolorosos, el legislativo ha permitido que la entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes se considere como prueba de referencia, no obstante, no es prueba de cargo suficiente para condenar penalmente a una persona, de acuerdo con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, pero no se halla culpable a alguien con solo la prueba de referencia; sin embargo, cuando esta se acompaña con otros elementos de prueba o indicios, es susceptible deducir la responsabilidad del acusado, de modo que cuando hay prueba de referencia admisible, pero con ella se recopilan elementos de prueba que verifiquen la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, es incuestionable e incalificable como medio indirecto (Sentencia Casación 32868, 2010).

Ciertamente, en el proceso penal colombiano la regla general de la carga de la prueba en estos casos se fija en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, y de la defensa cuando quiera probar hechos y circunstancias que le permitan construir una teoría del caso con miras a lograr la exoneración responsabilidad a su favor. La jurisprudencia de las altas cortes ha fijado la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en algunos precedentes. Parte en dos momentos la aplicación de esta teoría, el primero en vigencia de la Ley 600 de 2000, y el segundo, vigencia de la Ley 906 de 2004. En el primer caso, señala que la carga dinámica se aplica por la facilidad probatoria de las partes; en vigencia del sistema penal

acusatorio, cada parte debe probar su teoría del caso sin estar en las mejores condiciones de probarlo (Álvarez, 2018, p. 33).

Esta evidencia aludida tiene unos compromisos serios frente a la forma como los jueces vienen asignando su valor suasorio, porque, aunque está permitido su ingreso, como una causal adicionada al catálogo del artículo 438 —y que en la actividad procesal periódica se venía considerando el contenido de la entrevista con la especulada voz de su interlocutor, el entrevistador especializado, o testigo de acreditación—, en buena hora la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido estableciendo un sistema de pesos y contrapesos al alcance de este elemento de convicción, exigiendo su valoración en forma integral con el resto de los medios que desfilan en la comunidad probatoria. Sin embargo, esta no es *per se* una posición cómoda para el inculcado, teniendo en cuenta que, en el normal de los casos, su contraste probatorio finalmente lo hace la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, cuando los derechos a la libertad, presunción de inocencia, contradicción, confrontación y concentración —como extensiones de las garantías al debido proceso y defensa—, entre otros, han sido vulnerados.

3.5.1. Jurisprudencia sobre la incorporación de la prueba de referencia

La Corte Suprema de Justicia interpretando las normas consignadas en la Ley 906 de 2004 ha considerado claramente que se que el tratamiento de la entrevista como prueba de referencia corresponde a «la intención de darle una “denominación legal apropiada”, bajo el entendido de que no podía someterse a la reglamentación de las pruebas en el juicio oral, precisamente porque se trata de un acto de investigación» (Sentencia SP-3332 -2016, p. 69).

Continúa la Corte indicando que:

«En síntesis, la decisión del legislador de darle la categoría de elemento material probatorio a la entrevista forense regulada en la Ley 1652 de 2013, tiene incidencia en la regulación de los

actos preparatorios del juicio oral. Frente al manejo de dichas entrevistas en el juicio oral, se dispuso expresamente que son admisibles a título de prueba de referencia, al adicionar la regla e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004» (Sentencia SP-3332 -2016, p. 70).

Así las cosas, si bien la entrevista se rige por las reglas de la investigación estas se introducen en el juicio oral con base en las reglas que rigen la prueba de referencia. La propia Corte ha identificado tres maneras de introducir esta prueba de referencia en el proceso: dictamen pericial, testimonio del perito, o entrevista propiamente dicha (Sentencia, SP-3332 -2016, p. 72) como se citó textualmente anteriormente. Sin embargo, en el juicio oral es evidente que solo proceden las dos primeras, es decir, mediante dictamen pericial o a través del testimonio de quien allí practicado la entrevista.

Es este punto es importante traer a colación la Sentencia de Casación 40.455 de 25 de septiembre de 2013, por medio de la cual la Corte se refiere a la credibilidad del testimonio del menor cuando miente al interior de los procesos por abuso sexual. Indica allí la Corte que de las pruebas allegadas válidamente se puede evidenciar que “la menor pudo mentir, o resulta factible que lo narrado por ella se aleja de la realidad, se maquilló, ocultó o tergiversó por manipulación parental” (Casación 40455, 2013).

Llama la atención que la denunciante y madre de la menor víctima intentó sin éxito que mintieran para inferir un hecho falso. Como hecho curioso similar al que denunció, la hija de la declarante relató el abuso por el acusado, la mamá y hermana de la quejosa le oyeron decir se vengaría del sindicato, poniéndolo preso y quitándole sus hijos, como represalia por anunciarle su divorcio. El testimonio de la menor, valorado integralmente con sus entrevistas a los especialistas, la señala como mentirosa y narrando los hechos pensando en su progenitora (Casación 40455, 2013).El mismo fallo indica que en esas circunstancias posiblemente pudo estructurarse el presupuesto señalado en la jurisprudencia y que, según la

defensa, se conoce como síndrome de alienación parental (SAP), el cual ocurre en ciertos casos, como cuando ante el evidente rechazo (separación, divorcio) de un cónyuge, el otro no acepta el hecho y, como retaliación, manipula los hijos, sin reparar en si les causa daño o no, en tanto lo único que le interesa es volverlos en contra de aquel, para que lo repelen y lo acusen de ser el causante del daño producido (Casación 40455, 2013).

Como soporte de la alienación parental presente en muchos procesos, entre ellos los procesos penales por delitos sexuales, un estudio hecho en Bogotá reveló que, según los resultados obtenidos de acuerdo con trabajo de campo, 263 funcionarios de diferentes instituciones, profesiones y género de Bogotá, observaron indicadores de este tipo de problemática. Lo anterior significa que está presente en procesos de prevención e intervención de procesos, como guarda y custodia, divorcio, denuncias de delitos sexuales y obliga a realizar un nuevo enfoque que prevenga la alienación parental.

Es necesario que los dispensadores de justicia sepan que esta problemática existe y que se familiaricen con su manejo, el cual camina en dirección opuesta al sentido común, conduce a tomar decisiones judiciales que restringen el contacto del hijo con el progenitor alienador y lo favorecen con el alienado, pues usualmente por ese tema se sufren falsas acusaciones (Tapias, 2013, p. 160).

3.6. Valoración de la entrevista del menor en el delito de actos sexuales con menor de catorce años (art. 209 del CP)

3.6.1. Doctrina y jurisprudencia

Respecto de la credibilidad del testimonio del menor en los procesos por delitos sexuales, la doctrina, al remitirse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que los menores pueden mentir como cualquier testigo, es factible que su relato se

aleje de la realidad, la maquillaje, oculte o tergiversar, ora por intereses personales o por manipulación y en muchos casos de los mismos parientes, como ya se ha señalado. Sin embargo, no puede desestimarse previamente la declaración de los menores, dada justamente su condición de minoría de edad, pero por ese solo hecho no resultan verdades incontrastables o indubitables (Dimate, 2013, p. 47).

Al referirse a las características particulares del testigo, la evaluación de su testimonio, sea menor de edad o no, remite a criterios objetivos, tal como lo describe el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, considerando aspectos como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos que permitieron la percepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fuera percibido, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo en el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de responder y su personalidad. Estas clases de testimonio y de testigo deben considerarse para verificar su trascendencia y efectos respecto al objeto central del proceso, en asuntos como elementos suasorios que apoyan o refutan lo referido, pues el sistema de sana crítica en el proceso penal obliga a examinar de manera conjunta y contextualizada todos los medios de prueba (Dimate, 2013, pp. 47-48).

Otro asunto que le quita mucha credibilidad y validez al testimonio del NNA víctima se refiere al producto de mala praxis de los profesionales y de autoridades competentes para proteger y restablecer derechos, como policías, investigadores e incluso personal de salud. Estos, de manera descuidada y negligente, generan información, conceptos e inducen síntomas victimizantes que no mostraba el NNA, el cual, ya “contaminado”, puede usar un léxico técnico y conceptos impropios de su edad y entorno cultural o social, de su capacidad intelectual, educativa y formativa, dadas sus condiciones particulares, aspecto que hace

incrédulo su relato si describe hechos y conceptos con un lenguaje técnico o de un registro lingüístico propio de una persona adulta.

Así, el análisis del testimonio ha de ser extremadamente cuidadoso, pues un NNA se contamina por un adulto que utiliza términos o es inducido en la formación de conceptos en relación con su declaración, a veces por haber sido influenciado y sin que sea en realidad víctima de agresión sexual. Así las cosas, la primera declaración rendida por el NNA es válida si esta es acompañada y orientada por personal experto que no induzca, inflencie o contamine el testimonio (Quiñónez, 2015, p. 43).

Como se ha venido señalando, en Colombia el testimonio previo del NNA, excepcionalmente admisible como prueba única, no es suficiente para condenar por agresión sexual, por expresa prescripción legal del artículo 381 del CPP, por tanto, la jurisprudencia pacífica de los últimos años en Colombia no acepta esa declaración previa como prueba única, la valora, pero no es posible establecer una condena con base en ese único elemento visto insularmente. En efecto, la entrevista del menor debe complementarse con el concierto del resto de las pruebas legalmente incorporadas al juicio, para poder ser valoradas en conjunto, como las vinculatorias, que plantean un nexo entre el perpetrado y la víctima o alguna relación con los hechos; de tiempo, en las que la temporalidad de la conducta coincide entre el menor y agresor; y pruebas de modo, porque la conducta que narra el menor no se altera por un adulto o es sugestionado por videos, por ejemplo, prueba biológica, ya que la agresión debe afectar algún funcionamiento del cuerpo; prueba psicológica, en la cual factores biológicos no se afectan en todos los casos, lo que sí ocurre en factores psicológicos y produce daños en el menor; pruebas de permisividad, porque los testimonios de los menores no son tan drásticos como los de un adulto, donde se emplean argumentos, hechos o pautas que puedan ayudar al proceso (Campuzano, 2015, pp. 16-17).

Es preciso indicar que, en la mayoría de los casos, el menor pierde la importancia que merece en su relato, por el acartonamiento de la estructura o semiestructura del interrogatorio, que, además de ridículo y vetusto, prevé las respuestas del deponente, lo cual hace que este en sí mismo pierda la esencia de ese relato que llevará en diferido el conocimiento al juez.

Los temas fundamentales para lograr respuesta favorable parten en la comunicación de dos campos, el cognitivo y el desarrollo del menor. La participación del niño en la entrevista es crucial y está condicionada a muchas funciones cognitivas. Debe tenerse mucho cuidado en la forma de preguntar al menor sobre los sucesos. De acuerdo con la forma de expresarse, se reciben respuestas claras, concisas y muy importantes, en donde palabras como el qué, cómo, quién y cuándo son básicas y comunes; de allí se abre el espacio para hacer preguntas más avanzadas que permitan conocer a fondo los hechos (Guevara, 2018, pp. 14-15).

La Corte Constitucional, en Sentencia C-177 de 2014, señala la exigencia de personal especializado que intervenga en la entrevista e interrogatorios a menores de edad víctimas de delito sexual, cuando indica que tanto la entrevista, los interrogatorios o contrainterrogatorios a menores de edad deben ser realizados por psicólogos, dados los derechos fundamentales preferenciales que se encuentran en juego, con el fin de evitar revictimizarlos. Se dice, igualmente, que en estos medios probatorios deben intervenir especialistas de la ciencia del comportamiento humano (psicólogos), que evalúen al menor-víctima en un marco de ambiente relajado e informal, donde escucha, registra y analiza las narraciones del afectado respecto de hechos que interesan al proceso.

Muchas veces, se realizan actividades lúdicas apropiadas para el menor de edad. Se busca que la diligencia se desarrolle dentro de un ambiente de confianza para que el menor declare con espontaneidad y naturalidad, a fin de que no se sienta presionado o sugestionado

en las circunstancias que rodearon los hechos. Por ello, la prueba recogida del testimonio de menores víctimas de delitos exige un cuidado especial por los derechos en conflicto y la necesidad de evitar la revictimización del afectado. (Sentencia C-177, 2014).

En cuanto a la pertinencia de la entrevista, la Sentencia C-177 de 2014 señala que esta prueba solo se efectúa cuando resulta estrictamente necesario; debe realizarla un profesional especializado en entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes, que las haga en el espacio físico acorde con la edad y etapa evolutiva de la víctima; el profesional a cargo de ella debe presentar un informe detallado y dejar registro de la entrevista; revisar que las preguntas de la entrevista sean conocidas previamente por el defensor de familia; y, en la medida de lo posible, ha de practicarse una sola vez, para proteger cabalmente el derecho a la integridad personal de los menores de edad probablemente víctimas de los delitos descritos (Sentencia C-177, 2014).

En este fallo, igualmente, la Corte ha explicado que la prueba de referencia está delicada excepción a la regla general de la intermediación de la prueba, pues dificulta intensamente la contradicción y altera así las exigencias del principio de concentración, para que, de forma continua, en el desarrollo de la audiencia de juicio oral, se aduzcan los hechos al proceso a través de pruebas que los establezcan en forma directa (Sentencia C-177, 2014).

Así, la doctrina ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha encontrado acorde con el ordenamiento jurídico la entrevista forense a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, dando prevalencia a los intereses del menor de edad, frente a otros valores o principios de raigambre constitucional (Relatoría Proyecto Inocencia, s. f., p. 9).

3.7. Postura jurisprudencial sobre el valor suasorio actual de la entrevista del NNA como prueba de referencia

Una de las principales características de un modelo de enjuiciamiento criminal con tendencia acusatoria, es que solo es prueba la decretada para ser practicada en juicio y en ese orden de ideas será susceptible de ser valorada.

Desde la decisión SP14844/2015 dentro del radicado 44056, de fecha 28 de octubre de 2015, con ponencia de PATRICIA SALAZAR CUELLAR, se estableció, que en materia de delitos contra menores y específicamente de abuso sexual, por existir una causal específica de aducción excepcional de prueba de referencia, y esto es la declaración previa del menor, tal y como lo prevé el literal E del artículo 438 del CPP, la misma deberá ser solicitada como prueba de referencia desde la audiencia preparatoria, diferenciando el medio y el tema de prueba, de no hacerlo en esos términos, la prueba aunque excepcionalmente admisible, no podrá ser valorada, por no haber sido aducida en debida forma y en el momento procesal oportuno, como lo puntualizó la Sala de decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia en la decisión AP3254/2019 dentro del radicado 54369 de fecha 06 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado EYDER PATIÑO CABRERA y en la decisión SP1762/2020 dentro del radicado 47733 de fecha 24 de junio de 2020 con ponencia del Magistrado JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

En el radicado 34568, en decisión de 23 de febrero de 2011, la Corte Suprema de Justicia se refiere a la credibilidad del testimonio de los menores. Señala que este especial medio de prueba debe ser analizado de cara a otros elementos de prueba, por lo dúctil que puede resultar el contenido de esta. Los menores son testigos y, como tal, han de examinarse sus versiones previa y eventualmente la vertida en juicio como testigo disponible física y

funcionalmente, acorde con los criterios de apreciación testimonial a que se refiere el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

En esa sentencia de 23 de febrero de 2011, radicado 34568, se argumentó que, al igual que en todo testigo, sus dichos deben examinarse imparcialmente y sin prejuicios siguiendo los lineamientos de la Ley 906 de 2004 respecto a la naturaleza del objeto percibido, la sanidad del sentido o sentidos por los que se tuvo percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, su forma de responder y su personalidad (Sentencia SP2016, 2018).

La jurisprudencia ha sido prolija con el tema de la valoración testimonial, en especial, en los casos de abuso sexual. Por ejemplo, la sentencia SP2016-2018 hace alusión a que se debe recordar que no se puede asumir con autoridad que las manifestaciones de los menores de edad siempre merecen crédito, pues en cada caso concreto el juez debe valorarlas bajo las reglas de la sana crítica y cotejarlas con los demás elementos de convicción, pues es eso precisamente lo que debe hacer un juez imparcial en un claro ejemplo de aplicación de la persuasión racional, en su obligación de exponer el mérito que le asigna a cada prueba y el momento en que el estatuto adjetivo actual indica conforme a las reglas de los artículos 404 o 420, dependiendo del medio de incorporación que haya utilizado la Fiscalía General de la Nación.

3.8. Credibilidad del testimonio del menor de edad

En sentencia radicada SP108 de 2019, la Corte ha manifestado su preocupación respecto a que algunos investigadores y juzgadores se ocupan de transferir la obligación de verificar la certeza de la versión de la víctima a los psicólogos o psiquiatras que como peritos

forenses son solicitados para que sean decretados como medio de prueba y que se encargan del abordaje a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Esta situación se plantea cuando los investigadores piden determinar la credibilidad o veracidad del relato, considerando así que i) la ciencia no es capaz de establecer la verdad o la mentira de un relato, sino tan solo su coherencia interna y externa, y ii) que, para precisar la credibilidad del testimonio, por mandato de ley, esta se encuentra atribuida al juez encargado del proceso, una vez ha valorado el material probatorio acopiado en el juicio oral, público y contradictorio.

Aunque no sucede ordinariamente, a veces, en una práctica que tergiversa el deber ser, el juez suma medios de prueba, con lo cual incurre en violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad o de existencia, al no realizar un ejercicio propio de la cientificidad de la lógica jurídica como componente de las reglas de la sana crítica y de la experiencia para llegar a una conclusión que le permita superar el estándar para proferir una sentencia condenatoria, no solo basado en una prueba de referencia, que normalmente para su incorporación viene transportada en un vehículo, que es otro medio de prueba que le lleva el conocimiento al juez. No se trata de dos medios de prueba diversos, que le permitan al juez, como se dijo, sumar, sino un solo medio de prueba, el cual sigue siendo una prueba de referencia excepcionalmente admitida y, en ese orden de ideas, cobijada por la regla de la tarifa legal negativa, excepción al sistema de valoración de la persuasión racional (Sentencia SP108, 2019).

El contacto de los profesionales de la salud mental con las presuntas víctimas de abuso sexual puede tener diferentes fines, entre ellos, la entrevista (para recuperar información de un hecho concreto), tratamiento terapéutico, evaluación del estado mental o de la coherencia de un relato, entre otras opciones, hechos que el juez debe considerar cuando vaya a apreciar el testimonio, porque no toda intervención implica la emisión de un dictamen pericial ni

posee similar profundidad y alcance, además que este tipo de testigo viene con un interés sobre el proceso, es decir, hace causa común a la teoría del caso de la Fiscalía (Sentencia SP108, 2019).

En una misma línea argumentativa, en esa providencia la Corte señala que el testimonio de la víctima es una pieza esencial a partir de la cual es posible establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Naturalmente, cuando quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es fundamental para cerciorarse de la comisión del delito e incluso la responsabilidad del investigado, si lograron recogerse muestras biológicas. Sin embargo, cuando esto no fuere posible ni haya presencia de huellas físicas, la versión de la víctima es el único elemento de juicio para la reconstrucción de los hechos. Esta dificultad probatoria es morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la víctima (Sentencia SP108, 2019).

Es importante señalar, a modo de ejemplo, que la doctrina ha tomado partido en el tema, atribuyendo una de las situaciones que permiten examinar el dicho previo del testigo víctima, y es, precisamente, en las clases de mentira. La primera de ellas es la mentira infantil o pseudomentira, en la que los engaños ocurren a temprana edad, son una necesidad y se elaboran como proceso normal del pensamiento o hábito y sin malicia e intención de dañar a las demás personas. La segunda de ellas es la mentira patológica o compulsiva, mediante la cual se obligan a decir mentiras debido a una fuerza interior, sin importar que la mayoría de veces esta vaya en contra de sus aspiraciones. En tercer lugar, cabe señalar la mentira pseudológica fantástica, en la que la realidad se pierde tanto que se torna muy difícil reconocer la verdad. Este tipo de mentira se estructura en un mundo fantástico que a la persona le resulta

muy difícil relacionar con la realidad, inventando historias inexistentes, con lo cual evade episodios pasados y dolorosos de su vida, hecho que pone en duda su mentira, agregándole más elementos a la mentira para intentar hacerla creíble. La persona cree y está totalmente convencida de que no dice mentiras. La mentira habitual se explica a partir del hecho de que en los niños los engaños son producto del miedo al regaño o al castigo, o como represalia de los padres por lo que se les pide a los infantes. Según los expertos, los padres sobreprotectores, la rivalidad entre hermanos, las familias disfuncionales y el retraso mental son aspectos comunes que favorecen las mentiras habituales (Muñoz, 2016, pp. 150-151).

En los últimos cinco años, ha sido fortalecida la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en esta materia y puntualmente en lo que tiene que ver con la credibilidad del testimonio del menor. Más aún cuando tenemos que la misma prueba testimonial es un acto complejo, tanto más en este tipo de casos, que, si bien se tratan con suma delicadeza debido a las condiciones especiales aludidas, no es menos cierto que por ello se autorice que la declaración sea realizada en directo o a través de la entrevista. Al respecto la Corte ha dicho:

La Fiscalía debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor. Al efecto, debe considerarse que ello no sólo es una tendencia a nivel internacional, según se indicó en el apartado 2.5.2., sino que además resulta imperativo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1652 de 2013 (SP-3332 - 2016).

Se deduce que en ningún caso se puede excluir o mutilar otras pruebas en forma acrítica. Todo lo contrario, es deber del Fiscal asegurarse que la entrevista está plenamente documentada. Como se dijo anteriormente, debe hacerse una «descripción densa» que

involucre todas las circunstancias en las que se produce la declaración tales como las establecidas en el artículo 206A mencionado reiteradamente. Así las cosas, en ningún caso la entrevista se podrá hacer soslayando el dicho del procesado. Este medio de prueba se incorpora al proceso mediante un el testigo de acreditación y por ello no se trata de un testigo más de cargo, sumado a la entrevista, como si fueran dos pruebas diferentes. Tampoco puede considerarse que se dan varias entrevistas por el hecho de que haya sido realizada en dos o más ocasiones. Estas anomalías pueden presentarse en el ejercicio y se mencionan aquí para que los actores del proceso penal tengan plena conciencia de su posibilidad y eviten que ocurra.

Otra anomalía que se puede presentar es que luego de la entrevista forense, el menor es sometido a una nueva entrevista, sin ningún apego a las reglas del artículo 206A del CPP, ante el médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, y es otra entrevista que se suma y de la que se impide su refutación, porque esta hace parte de un medio autónomo, que es la pericia. A manera de ejemplo, puede ocurrir que la entrevista en CAIVAS sea introducida al proceso mediante el testigo de acreditación (prueba 1) y luego el médico legista nuevamente entreviste al menor para realizar su peritaje mediante el «examen sexológico», que se aporta al proceso como tal (prueba 2). Surge la inquietud en caso de actos sexuales con menor de 14 años de si realmente se trata de dos pruebas diferentes o de dos tipos de valoración de la misma prueba.

3.9. Derecho comparado

3.9.1. Tribunal Supremo Español. Tesis de corroboración periférica

La jurisprudencia española se ha ocupado del tema de la prueba de referencia, a tal punto que ha influenciado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana.

Uno de estos fallos es la decisión tomada en el Recurso 10139 de 2016. Allí se expresa que cuando se controvierta la credibilidad o fiabilidad de testigos, se pueden practicar pruebas sobre ello, pero estas deben limitarse al tema discutido. Así, el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR, 1882), debe interpretarse como la rehabilitación legal relevante para el testigo de referencia, no para esclarecer el hecho objeto de enjuiciamiento, sino la fiabilidad y credibilidad de un testigo; un ejemplo de ello es la corroboración periférica, la versión de la víctima, cuando las pruebas de cargo corresponden solo a su declaración.

Definitivamente, la exposición que realizó la víctima o testigo directo de los hechos objeto endilgados ha de ser contradicha por el acusado, por su abogado en el interrogatorio del juicio oral, de modo que no es posible admitir, por el principio de inmediación, que se sustituya un testigo directo por otro de referencia (Recurso 573/2018).

De acuerdo con la Sentencia STC 209/2001 y 155/2002, incorporar al proceso testimonios mediante pruebas de referencia implica la omisión de garantía constitucional de inmediación de la prueba, porque impide al juez que, al momento de dictar sentencia, presencie la declaración del testigo directo y lo despoja, así, de la percepción y captación directa de elementos relevantes que permitan valorar su credibilidad (Recurso 10139, 2016).

El mismo tribunal es más explícito en el tema de la corroboración periférica, pues señala las evidentes dificultades de los delitos sexuales para localizar más pruebas que la simple declaración de la víctima. Al respecto, el Tribunal Supremo Español, en Sentencia 1367/2011, Rec. 11088/2011, reconoce la dificultad probatoria en los delitos contra la libertad sexual por tratarse de un delito clandestino (STS 173/2004).

Se ha dicho reiteradamente en la doctrina que la sola declaración de la víctima provoca el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99, 486/99, 862/2000,

104/2002, 470/2003; SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 15 jurisprudencia 16/2000, entre otras), cuando concurren requisitos —constitutivos de criterios y no reglas de valoración— como la ausencia de incredibilidad subjetiva, que desecha el resentimiento, enfrentamiento o venganza; y la verosimilitud existente al dar corroboraciones periféricas a la realidad del hecho.

A la persistencia y firmeza del testimonio, así como a la reiteración a la persistencia y firmeza testimonial con la declaración de la víctima como prueba de cargo sustancial y preferente deben añadirse datos ajenos y externos a la persona del declarante y a sus manifestaciones. Estos elementos no son prueba única para condenar, pero que pueden ratificar la versión de la víctima del delito (Recurso 573/2018).

Es preciso señalar que si bien no existe un derrotero marcado para presentar en forma taxativa las situaciones que deberá revisar el juez para tener claridad sobre las circunstancias frente a las cuales debe valorar el dicho del NNA presunto agredido, sí es posible citar, a modo de ejemplo, diferentes situaciones específicas con el fin de acreditar lo exhaustivo que debe ser la auscultación del testimonio especial: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado haya tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; y (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, situaciones puntuales que en la práctica judicial están

diáfanas en el expediente y han estado por virtud del principio de inmediación a la vista del juez, pero que normalmente son soslayadas en una apreciación sesgada del acervo probatorio (Sentencia SP1525-2016).

3.9.2. Derecho argentino

En el derecho argentino, las modernas teorías de valoración probatoria fijan estándares de confiabilidad y credibilidad, los cuales debe tener en cuenta el juez al fallar, tales como la coherencia del relato, en la que analiza la estructura del testimonio, si este tiene contradicciones o no con su relato mismo y con las restantes pruebas; la contextualización de la declaración, que se refiere a la descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos; la existencia de corroboraciones periféricas, donde se pondera el relato del testigo para corroborarlo con otro medio de prueba; y la aparición de detalles oportunistas en la declaración, mediante preguntas periféricas donde surgen nuevos detalles para corroborar una declaración mediante el control de logicidad y completitud del testimonio, el cual es más creíble si es coherente y si el testigo puede describir en el contexto de ocurrencia de los hechos, para que acredite si de verdad estuvo ahí.

Si existen otros medios de prueba que confirman el dicho del declarante y si el testigo presencial o de oídas no hace su relato en juicios de valor, sino que brinda testimonio coherente y consistente a lo largo del interrogatorio y conainterrogatorio, y bajo estas circunstancias la declaración resulta creíble. Sin embargo, aunque la coherencia y precisión de un relato no necesariamente lo hacen veraz, su omisión o vaguedad no lo tornan falaz (Araya, 2017, p. 3).

3.9.3. Análisis de La caza a modo de ilustración

Finalmente, y con un objetivo ilustrativo, se usa el séptimo arte como insumo valioso en relación con la temática estudiada en la presente investigación. Al respecto, vale la pena

tener como referente, en especial, *La caza* (2012), película dirigida por el cineasta Thomas Vinterberg. En este filme, vemos un ejemplo claro de cómo tiene lugar el protocolo de construcción de la prueba para entrevistar a una menor de aproximadamente cinco años de edad, aparentemente víctima de tocamientos impúdicos por parte de su profesor, señalamiento el cual es suficiente para judicializar al presunto victimario.

El protagonista de esta película, un hombre de unos cuarenta años, recién separado de su esposa, profesor en una guardería, padre de un adolescente y, en general, una buena persona, es denunciado por una de sus alumnas, la hija de su mejor amigo, de abuso sexual. Este hecho fue impulsado por la rectora del colegio, quien de primera mano tiene conocimiento del hecho narrado por la menor. Se trata de una mujer mayor, de pensamiento conservador, quien duda del hombre y cree en la menor, y somete su dicho a una entrevista estructurada que le realiza un psicólogo amigo suyo, quien, sin obtener más respuestas que las propiamente inducidas por este profesional, obtiene el resultado deseado por la rectora, que es precisamente corroborar la versión de la menor y así crear en el profesor un perfil de abusador sexual, lo cual le produce un daño social al profesor, desatando la histeria en una ciudad tan pequeña donde todos se conocen.

En esta película vemos cómo una simple mentira puede arruinar por completo la vida de una persona, quien pierde su trabajo, sus amistades y es expulsado de la sociedad, sin importar que más adelante se reconozca su inocencia, pues Lucas, el protagonista de esta dramática historia, alcanzó a recobrar su libertad después de haber sido judicializado (Vinterberg, 2013).

Conclusiones

El presente trabajo de grado tuvo por objetivo exponer los aspectos relacionados en torno a si el juez con la valoración exclusiva de la entrevista del menor en los delitos sexuales, aducida prueba de referencia excepcionalmente admisible, puede superar el estándar probatorio de responsabilidad del procesado para declararlo penalmente responsable, por prescripción legal.

Como toda declaración realizada fuera del juicio oral, con fines de probar elementos de responsabilidad penal, al tener tal calidad, debe ser cuidadosamente examinada por el juez, dado su carácter excepcional. Además, deberá ser escrutada en contexto con el resto de elementos de convicción que hayan sido debidamente incorporados a juicio y —con clara aplicabilidad de los principios de confrontación, concentración, contradicción, y en estricta aplicación de las reglas de los artículos 404 y 420 según sea el caso— llegar a una conclusión razonada y debidamente motivada como lo demanda el artículo 372 procesal, pues las pruebas no son otra cosa que vehículos que llevan el conocimiento al juez.

Acerca del tema estudiado en este trabajo de grado, cabe sugerir que la entrevista a los NNA víctimas de delitos sexuales —en el sentido de que la entrevista de los NNA víctimas presuntas de delitos sexuales, y más específicamente en la conducta de acto sexual abusivo con menor de edad, como se establece en el literal e del artículo 438 del CPP— debe ser confrontada de manera exhaustiva con el resto de los medios de prueba que componen el catálogo procesal probatorio para determinar, con un margen de altas probabilidades de certeza, si hay lugar o no a declarar la responsabilidad penal.

Las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación deben tener formación y entrenamiento especializado en entrevista forense a NNA, más allá de cursos de policía judicial. Aunque no es un requisito legal que estos sean ser psicólogos, deberían contar con un perfil profesional relacionado con las humanidades, pues lo que suele suceder en condiciones normales es que, en la práctica y por razones de trabajo, los entrevistadores son competentes y tienen conocimientos en todo tipo de pruebas.

A este respecto, igualmente, la ley puede acoger el criterio experto e internacionalmente aceptado del Colegio Colombiano de Psicólogos, que señala que solo los psicólogos con estudios de posgrado en psicología forense, jurídica o criminológica, tienen la capacidad de adelantar la entrevista a los menores víctimas de abusos sexuales, con una acertada aplicación de los protocolos que, más allá de ganar una verdad, van, en primer lugar, detrás de una corroboración de hipótesis policivas plasmadas en una denuncia propuesta por un adulto, pues este tipo de profesionales, expertos en la psiquis humana, tiene la capacidad de aplicar las pruebas que, de acuerdo con su pericia, resulte adecuada para obtener el resultado del testimonio, sea cual fuere; en segundo lugar, se gana un criterio objetivo y confiable, que le permite a la Fiscalía tener una teoría del caso sólida, o de lo contrario no tendrá un caso y la defensa, un verdadero acervo para refutar científicamente y en forma adecuada, más allá de un dicho cuadriculado y previamente definido por los mismos excesos de protocolos estandarizados, como si todos los menores fueran iguales en su forma de actuar, pensar y expresarse.

Ahora bien, frente a la credibilidad del testimonio del menor en los procesos por delitos sexuales, la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia han señalado que, al igual que cualquier testigo, los NNA pueden caer en imprecisiones, retractarse, ser sugestionados, tener un interés inmaduro o mentir, tergiversar la realidad, sea por intereses

personales o por manipulación, en muchos casos por los mismos parientes, bajo el fenómeno de alienación parental. A este respecto, se propone en este estudio que el juez siempre haga una interpretación holística del mundo probatorio por la vulnerabilidad y la condición especial del testigo, además de velar siempre por que el procesado esté provisto de todas las garantías que le asisten —por el solo hecho de ser un ser humano—, especialmente a contar con una defensa que le brinde un equilibrio de armas con la Fiscalía como su contradictor natural.

El uso de la entrevista como prueba de referencia en el proceso penal, para tomar medidas de fondo que afectan garantías fundamentales como la defensa, el debido proceso, la presunción de inocencia, en casos de actos sexuales con víctima menor de edad, no alcanza por sí sola el valor suasorio suficiente, como para sustentar plenamente esas decisiones, de allí que el legislador no haya permitido que la declaración previa ingrese al juicio en forma plena, como el resto de los elementos de convicción, sino con el calificativo legal del literal e del artículo 438 procesal.

El problema de la entrevista, como prueba de referencia, es que por sí sola no demuestra el tipo subjetivo de la conducta de acto sexual con menor de edad, porque, aunque la víctima describa el hecho y señale al autor de dicha conducta, ello podría indicar el móvil o intención positiva del agente. La entrevista no es suficiente, porque hay un problema en la producción de esta, ya que no se orienta a determinar el sentido sexual del acto, sino a establecer la mera ocurrencia del hecho y la identidad del supuesto agresor. No alcanza el grado de validez, dado que no demuestra la pretensión sexual del acto. En la mayoría de los casos, hay actos en los que la entrevista puede dar por probado que hay roces o tocamientos, pero por sí misma no tiene el suficiente valor suasorio para determinar que el acto fue sexuado, es decir, para determinar la intención sexual del supuesto agresor.

El problema en la aducción de la entrevista como prueba de referencia excepcionalmente admitida —porque no ingresa al caudal probatorio de forma autónoma, distinto a como sí ocurriría con la declaración directa del menor— debe ser incorporado por el investigador y entrevistador, quien, según la Ley 1652 de 2013 —que adicionó el artículo 206a al CPP—, es calificado como *especializado*, término ampliado por el concepto sobre el alcance jurídico y probatorio de la entrevista forense a NNA víctimas de agresión sexual, producido por la Dirección Nacional de Estrategia y Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, el 1º de marzo de 2017.

No es una prueba documental, sino que se introduce como testimonio. Además del testimonio del menor vertido en su entrevista, hay un testimonio de un tercero, que la ley define como entrevistador especializado, que en la práctica es tergiversado como perito, es decir, que de un elemento de convicción salen dos pruebas.

A lo anterior se suma que el sistema de sana crítica en el proceso penal obliga a examinar todos los medios de prueba. En este sentido, en el presente trabajo de grado se ha analizado la línea jurisprudencial construida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como las recientes decisiones del magistrado Luis Antonio Hernández Barboza, quien llama la atención sobre la valoración crítica y holística que se debe hacer del testimonio del menor —no cercenada de la comunidad probatoria— y quien profundiza sobre el tema de la ponderación sobre el derecho superior del menor dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Nacional, de cara al resto de las demás garantías en contienda en el proceso penal.

Referencias

- Acta de Acuerdo Mesa Interinstitucional rol del psicólogo en relación con el sistema judicial acuerdos sobre la entrevista y evaluación forense en el contexto de procesos judiciales por delitos Sexuales, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (13 de septiembre de 2012).
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Álvarez, B. D. (2018). *La carga de la prueba en los delitos sexuales contra menores de edad*. Cúcuta: Universidad Libre de Colombia Seccional. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11543/Paper.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Araya, V. A. (2017). Valoración racional de la prueba. El caso de los delitos sexuales. *Pensamiento Penal*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/10/doctrina45868.pdf>
- Bernal, P. C. (2008). *Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Campuzano, Q. J. (2015). *El testimonio de un menor de edad como prueba dentro de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual*. Proyecto de grado, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13795/4/El%20TESTIMONIO%20DE%20UN%20MENOR%20DE%20EDAD.pdf>
- Casación 40455 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 25 de septiembre de 2013). M. P. José Luis Barceló Camacho.

Defensoría del Pueblo (2010). *Protocolo para la orientación psicojurídica de mujeres, niñas y niños víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado Ley de Justicia y Paz*. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/protocoloVS.pdf>

Defensoría del Pueblo (2017). *Obtenido de Módulo IV para Defensores Públicos La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Recuperado de <https://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf>

Diccionario de la Lengua Española (s. f.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Dimate, A. L. (2013). *El valor probatorio del testimonio del menor de 14 años víctima de delitos sexuales en Colombia desde la ley 1098 de 2006*. Universidad libre de Pereira, trabajo de grado especialización en derecho penal y criminología cohorte 7 facultad de derecho Pereira, Recuperado de <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/516/EL%20VALOR%20PROBATORIO%20DEL%20TESTIMONIO.pdf?sequence=1>

Estévez, P. L. *El Protocolo Satac*, Recuperado de https://www.academia.edu/29138360/PROTOCOLO_SATAC

Fiscalía General de la Nación (s. f.). *Protocolo de Investigación de Violencia Sexual Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y judicialización de delitos de violencia sexual*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Protocolo-de-investigacio%CC%81n-de-violencia-sexual-cambios-aceptados-final.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2017). *Concepto sobre el alcance jurídico y probatorio de la entrevista forense NNA a víctimas de agresión sexual prevista en el artículo 206a de la ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013*. Recuperado de http://www.humanas.unal.edu.co/psicologia_juridica/files/1514/9934/6988/CONCEPT

O_ALCANCE_JURIDICO_Y_PROBATORIO_DE_LA_ENTREVISTA_FORENSE_A_NNA.pdf

González, Y. G. (2017). *Prueba de referencia en el Sistema Procesal Penal Colombiano*, Trabajo de Grado, Especialización en Sistema Procesal Penal Universidad de Manizales, Recuperado de http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3118/GAITAN_GONZALEZ_YAMILE_2017_PRUEBA%20DE%20REFERENCIA%20EN%20EL%20SISTEMA%20PROCESAL%20PENAL%20COLOMBIANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Guevara, O. J. (5 de mayo de 2018). Dictamen pericial en abuso a menor de 14 años. *Revista Científica Codex*, 4(6), 1-24. Recuperado de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/4416>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) (4 de julio de 2018). Lineamiento técnico para la atención a niños, niñas y adolescentes, con derechos amenazados o vulnerados, víctimas de violencia sexual, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Recuperado de <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm2>

León, P. C. (2010). *La entrevista entendida como prueba en la ley 906 de 2004*, Universidad Militar Nueva Granada, facultad de derecho esp. Procedimiento penal constitucional y justicia militar 2010, Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3666/LeonPatinoCarmenElisa2010.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Ley 1562 (2013). 12 de julio, Colombia, Congreso de la República. 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.

Ley 906 (31 de agosto de 2004). Colombia, Congreso de la Republica. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Manzanero, A. L. (2001). Procedimientos de evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 1 (2), pp. 51-71. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/6189/1/psicopatologia.pdf>

Marroquín, C. N. (2016). *Aplicación e implementación de la entrevista forense a menores de edad víctimas de delitos sexuales en el circuito judicial de Zipaquirá, Cundinamarca*. Artículo de investigación para optar por el título de magíster en Derecho Procesal Penal, Universidad Militar Nueva Granada, Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15786/Marroqu%ECnCabreraNancyStella2016.pdf?sequence=1>

Mejía, G. M. (2017). *La prueba de referencia en el proceso penal colombiano: el equilibrio entre el derecho a probar y el derecho de confrontación cuando el testigo no está disponible*, Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Magíster en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9133/GallegoMateo017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Muñoz, G. M. (2018). (Universidad Manuela Beltrán, Ed.). *Análisis jurisprudencial: derecho probatorio en materia penal*. Universidad Manuela Beltrán. Recuperado de <https://www.umb.edu.co/libros-editorial-UMB/Analisis-Jurisprudencial-Derecho-probatorio-en-materia-penal.pdf>

Muñoz, R. A. (2016). *Instrumentalización en la prueba testimonial del menor de edad atribuida a delitos de abuso sexual en Colombia*. Artículo de investigación realizado como trabajo de grado para optar al título de abogado. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13774/4/El%20menor%20octubre%2025.pdf>

Ortiz, F. D. (2013). *Dictámenes periciales en delitos sexuales dentro de la legislación colombiana*. Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre de Colombia. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7535/OrtizFlorezDiegoAndres2013.pdf?sequence=1>

Parra, A. M. (2013). *La prueba de referencia en la ley 906 de 2004*. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/23maria-victoria-parra-a.pdf>

Proceso n.º 34568 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 23 de febrero de 2011). M. P. Javier Zapata Ortiz

Providencia SP-3332. Radicación n.º 43866 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 16 de marzo de 2016). Patricia Salazar Cuéllar.

Quiñónez, F. F. (2015). *Validez judicial del testimonio del niño, niña o adolescente víctima del delito sexual*. Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9296/VALIDEZ%20JUDICIAL%20DEL%20TESTIMONIO%20DEL%20NI%C3%91O%20C%20NI%C3%91A%20O%20ADOLESCENTE%20V%C3%8DCTIMA%20DEL%20DELITO%20SEXUAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ramírez, E. I. (2014). *La prueba de referencia está desnaturalizando la estructura del sistema acusatorio*, Monografía Fundación Universitaria Católica del Norte Especialización en Derecho Probatorio Penal Medellín Antioquia. Recuperado de https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4618/TG_EDPP_32.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ramos, C. L. (2013). *Diseño de un programa para el mejoramiento de las competencias de los entrevistadores forenses en el abordaje de víctimas de abuso sexual en el CAIVAS*. Trabajo de grado Universidad Católica de Colombia Facultad de Psicología Curso de Especial Interés Victimología. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/681/2/DISE%C3%91O%20DE%20UN%20PROGRAMA%20PARA%20EL%20MEJORAMIENTO%20DE%20LAS%20COMPETENCIAS%20DE%20LOS%20ENTREVISTADORES%20FORENSES%20EN.pdf>

Recurso 10139, j: 28079120012016100563 (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección 1 21 de junio de 2016). Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/cac2ec927df2ac24ddaedeee43551672cf5045b8c7dfb7bf>

Recurso 573/2018, 28079120012019100071 (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 30 de enero de 2019). Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/cac2ec927df2ac2484b8072b28c6b92a9ab61d857ffd5dca>

Relatoría Proyecto Inocencia. Universidad Manuela Beltrán. Recuperado de <https://umb.edu.co/consultorioFichas2/archivos/47.CONDENADOPORUNAMENTIRA.pdf>

Sentencia AP1001. Radicación n.º 47303 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 24 de febrero de 2016). M. P. Eyder Patiño, Cabrera.

Sentencia C-177. Referencia: expedientes D-9830 y D-9841 (Corte Constitucional 26 de marzo de 2014). M. P. Nilson Pinilla.

Sentencia SP 8611. Radicación No. 34131 (2 de julio de 2014). (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

Sentencia SP108, radicación n.º 51672 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 30 de enero de 2019). M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Sentencia SP-14844. Radicación n.º 44056, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de octubre de 2015). M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

Sentencia SP2016-2018, radicación 48559 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 6 de junio de 2018). M. P. Eyder Patiño Cabrera.

Sentencia SP5798, 41667 (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal 4 de mayo de 2016). M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.

Sentencia SP9508, Radicación n.º 47124 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 13 de julio de 2016). M. P. Eyder Patiño Cabrera.

Sentencia SP-3332 -2016, Radicación nº 43866, (Aprobado Acta nº 80) - Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Sicard, L. R. (2010). *La Prueba Pericial Psicológica en Colombia: Fundamento de la eficiencia judicial*. Cap. 2. "Manual moderno. Psicología jurídica". Bogotá, D. C.: Universidad Santo Tomás. Recuperado de https://www.academia.edu/24958540/LA_PRUEBA_PERICIAL_PSICOLOGICA_EN_COLOMBIA

- Tapias, S. Á. (2013). Reconocimiento de indicadores de alienación parental en operadores de justicia de Bogotá. *Suma Psicológica*, 20(1), 111-120. Recuperado de <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/sumapsi/article/view/1354/816>
- Vinterberg, T. (Dir.). (1988). *La celebración* [Película]. Obtenido de <https://www.lashorasperdidas.com/index.php/2013/04/21/la-caza-2/>
- Vinterberg, T. (Dir.). (2013). *La caza* [Película]. Obtenido de <https://www.lashorasperdidas.com/index.php/2013/04/21/la-caza-2/>