

UNIVERSIDAD MILITAR

NUEVA GRANADA



LA PRUEBA TESTIMONIAL DEL ADOLESCENTE

Berny Katherine De Avila Berrio

Yeny Carolina Villamil Santamaria

Trabajo de Grado

DR. J.GUILLERMO E. FERRO TORRES

Tutor Trabajo de Grado

UNIVERSIDAD MILITAR

NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO, POSTGRADO

PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR

BOGOTA

2011

LA PRUEBA TESTIMONIAL DEL ADOLESCENTE

*Berny Katherine De Avila Berrio**

*Yeny Carolina Villamil Santamaria**

RESUMEN

La legislación penal colombiana concibe como obligatoriedad para toda persona la de rendir testimonio bajo la gravedad de juramento, consagrando la excepción legal a este deber, cuando se es menor de 12 años de edad; En la ley 906 de 2004, el legislador no estableció sistemas de valoración del testimonio del adolescente, razón por la cual, se revisa el marco jurídico vigente en Colombia, en lo que concierne a la recepción, apreciación, valoración y credibilidad del testigo adolescente en el proceso penal; Encontrándose a través del método analítico-deductivo, que es de la autonomía del juzgador establecer el valor probatorio que tiene el testimonio sin excluirse del marco de la sana crítica.

PALABRAS CLAVE

Ley 906 de 2004, Testimonio, Recepción, Apreciación, Valoración

ABSTRACT

Colombian criminal legislation seen as mandatory for any person from giving testimony under oath, enshrining the statutory exception to this duty, when you are under 12 years of age The Act 906 of 2004, the legislature did not set up systems valuation of the testimony of a teenager, why, we review the existing legal framework in Colombia, with respect to the reception, assessment, valuation and credibility of the witness in criminal proceedings teenager, found throughout the analytical-deductive method , which is the autonomy of the judge set the value of evidence which has excluded the testimony without the framework of sound criticism.

KEY WORDS

Law 906 of 2004, Testimony, Reception, Assessment, Evaluation

INTRODUCCION

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por parte de Naciones Unidas en 1989 y el surgimiento de la doctrina para la protección integral de los derechos de la infancia, que concibe a las niñas y los niños hasta la edad de 18 años como sujetos de derechos y deberes, surge a nivel mundial y sobre todo en América Latina un nuevo modelo de respuesta frente a las conductas delictivas cometidas por personas menores de 18 años de edad, el cual se basa en la necesidad

de construir una legalidad que haga posible para todas las niñas y los niños el pleno ejercicio de sus derechos.

A luz de la legislación colombiana, se ha fortalecido la lucha por los derechos del menor, frente al Estado, la sociedad y la familia. En materia penal se ha considerado el adolescente incapaz para rendir testimonio, evolucionando este concepto al que tenemos hoy en la ley 906 de 2004, la cual establece las reglas generales referente a la prueba testimonial consagrando la obligación de toda persona a rendir testimonio, bajo la gravedad de juramento solicitado en el juicio oral y público o como prueba anticipada, bajo la salvedad que al menor de 12 años no se le recibirá juramento y que en lo posible debe estar asistido

por su representante legal o pariente mayor de edad.

El problema que surge en el campo del derecho de manera especial en lo que se refiere al testimonio del menor adolescente, radica de un lado en la impugnación del testimonio atacando la credibilidad del mismo, cuando se presenta el testimonio de un adolescente, utilizando la contra parte dentro proceso lo establecido en la ley penal para restarle valor y pertinencia a la prueba basados en la capacidad que este tiene para percibir, recordar o comunicar el asunto referente a su declaración, o que se presente en este, cualquier tipo de prejuicio, grado de interés u otros motivos que permitirían la parcialidad por el testigo adolescente, o que por el grado prematuro de edad, por cuanto el adolescente no solo cuestiona las leyes de su casa,

sino también la ley escolar entre otras.

Así las cosas, surge frente a este gran dilema la apreciación del testimonio por el juez competente teniendo de presente los principios técnicos, científicos sobre la percepción, la memoria de manera particular, la naturaleza del objeto percibido, estado de sanidad del sentido por los cuales se obtuvo la percepción las circunstancias de lugar, tiempo y modo en los que se percibió, el comportamiento del testigo durante su relato, la forma de sus respuestas en el momento de rendir su testimonio.

En el nuevo contexto jurídico el adolescente es visto como sujeto de derechos y deberes por lo tanto deben respetársele y garantizarse los mismos, por cuanto su testimonio es

para algunos tratadistas muy imaginativo, fácil de influenciar es decir, que se deja llevar por sus fantasías y por los consejos que pueden darle los mayores u otras personas de quienes dependa, es por ello que se considera fundamental la apreciación y valoración, que de este, realiza el juzgador en el caso en concreto objeto de investigación.

Partiendo de esta realidad se pretende resolver el siguiente interrogante ¿La valoración probatoria del testimonio en el adolescente es dejada completamente al arbitrio del Juez en la ley 906 de 2004?

Frente a esta pregunta formulamos nuestra hipótesis, la cual radica básicamente en afirmar que el valor probatorio del testimonio del adolescente en la ley 906 de 2004, es

dejada completamente al arbitrio del juzgador bajo el principio de la sana crítica, límite que impone a su autonomía de la voluntad de administrar justicia, con la que cuenta el juez en la tarea de apreciación y valoración probatoria en el sistema procesal colombiano, pues a pesar que existe unos criterios de apreciación del testimonio fijados por el legislador, es al juez a quien en últimas le corresponde fijar el valor probatorio al testimonio del adolescente.

En el presente artículo, se plantea un modelo para analizar la apreciación, credibilidad y valoración del testimonio en el adolescente en calidad de tercero ajeno al proceso de la conducta punible investigada, teniendo como punto de referencia la necesidad de abordar este tipo de

situaciones ya que el sistema jurídico lo requiere en la medida en que se trabaja para responder necesidades e interrogantes formulados dentro de procesos de tipo jurídico en el sistema colombiano. De igual forma, es importante mencionar que este trabajo se desarrolla tomando entrevistas a las personas que en el procedimiento penal colombiano se involucran en el ámbito de la prueba testimonial en el adolescente de manera específica en la ciudad de Florencia, Caquetá, en razón a que este se desarrolla en armonía con otras disciplinas como la psicología, sociología, criminología donde cada profesión aporta desde su óptica un concepto o apreciación de dicha prueba, de allí que el trabajo sea detallado y se aborden las estrategias adecuadas para responder a esta necesidad.

En este artículo se combinaron varios métodos, aunque los más utilizados fueron el histórico, el descriptivo. También sirvió de apoyo el método analítico- deductivo.

Mediante la utilización del método histórico logramos ubicar el contexto social, familiar y desde luego jurídico, en los cuales se estructura el testimonio del adolescente que sirve como medio de prueba en el procedimiento penal colombiano, así mismo, nos apoyamos en el método descriptivo porque lo que se pretendía era el relato de un medio de prueba considerado de gran apoyo e importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, utilizado por las partes pero a la hora de ser valorado es al juez a quien le corresponde tomar la decisión en cuanto a valor se refiere, dejados a su autonomía y libertad para interpretar los hechos y

pruebas que se sometan a su conocimiento dentro de la sana crítica, y por último se utilizó, el método analítico-deductivo, que resultó ser de gran apoyo y determinante al examinar el material bibliográfico consultado.

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

En el proceso penal se pretende establecer la existencia anterior de una conducta que es catalogada en nuestro código penal como punible (delito) y demostrar su autoría, para luego en un juicio de derecho, señalar su responsabilidad y punibilidad, es ahí cuando se necesita reconstruir un hecho en todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, de allí la importancia de los medios

probatorios¹ como el testimonio, la confesión, los indicios, la inspección, el peritazgo, el documento entre otros existentes en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, para buscar y demostrar la verdad de los hechos o sucesos objeto de investigación y con ello lograr el convencimiento y total certeza en el juez de lo sucedido.

Definición de Prueba Testimonial

Partiendo de lo definido por Gilberto Martínez Rave², Jairo Parra Quijano³ Tulio Enrique Liebman⁴, Devis

Echandia⁵ y la corte suprema de justicia ⁶, se puede afirmar que el testimonio es un medio de prueba que consiste en la narración o relato que realiza una persona que no es parte en el proceso, ante un juez sobre un hecho que afirma tener conocimiento y que es de interés dentro del proceso, con el fin de procurar la reconstrucción total o parcial de determinados hechos pasados.

Quien es y Cuando se Adquiere la Calidad de Testigo.

¹ Principio de la libertad probatoria consagrada en el artículo 373 de la ley 906 de 2004 el cual reza "Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos".

² MARTINEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano, Bogotá: Editorial Temis, Pag.408 la prueba testimonial es concebida como "la expresión o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga".

³ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de derecho probatorio, ediciones liberaría del profesional, cuarta edición "la prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, contencioso administrativo, canónico y en el derecho comparado, pág. 57. "El testimonio es un medio de prueba, que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general".

⁴ LIEBMAN TULIO, Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil. Ejea. Buenos Aires 1980 pág. 359. "testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimientos de los mismos a otros".

⁵ Define al testimonio como un "medio de prueba que consiste en la declaración representativa de una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza".

⁶ Providencia del 19 de Julio de 1991, reiterada en sentencia de 30 de marzo de 2006, radicado 24468 "Por testimonio cabe entender jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso".

Es testigo, la persona natural⁷ que declara ante el operador jurídico de conocimiento determinadas circunstancias o hechos que conoce y que se relacionan con la conducta punible sujeta a investigación.

Según Devis Echandia⁸ esta calidad procesal de testigo se adquiere desde el momento en que el juez dicta providencia que ordena la recepción del testimonio, ya sea a solicitud de parte o de manera oficiosa; De igual manera afirma que se puede considerar dentro del proceso penal como testigo a aquella persona que se presenta de manera espontánea, voluntaria y solicita al juez de la causa se le reciba su declaración al manifestar tener conocimiento de

manera directa o indirecta de los hechos que se investigan o se quieren dilucidar dentro de la causa investigada y en tal calidad lo acepta el juez. Por otro lado, para algunos doctrinantes como Fabrega Jorge, afirman que la calidad de testigo se adquirirá desde el momento en que una persona percibe la ocurrencia de los hechos que dentro del proceso tiene relevancia jurídica, pues no basta la sola comparecencia de una persona mediante providencia al juicio si solo presenció los hechos pero no los percibió de manera clara; De igual manera, para alguna parte de la doctrina, la calidad de testigo se enviste a partir de la correspondiente citación para rendir testimonio ordenada por el juez es ahí cuando se adquiere el deber especial de testimoniar y se obtiene el derecho a gozar de la protección policiva y

⁷ Al respecto habla REYES ALVARADO, Yesid, la prueba testimonial, primera edición 1988, editorial ediciones "Reyes Echandia Abogados Ltda", Bogotá-Colombia, pag.16. al precisar que jurídicamente "es testigo toda persona natural que ante autoridad competente narra lo que le consta respecto de los hechos por los que se le pregunta".

⁸ DEVIS HECHANDIA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, tomo 2, primera edición colombiana, Editorial Biblioteca jurídica Dike.pag 43.

demás beneficios que garanticen su integridad personal, así corresponda esto a su salida del país, pues es lógico que como la persona está obligada a rendir testimonio así mismo adquiere el derecho a que se le garantice su integridad, sobre todo cuando se trata de asuntos complejos es decir que cuando del hecho de declarar se derive el riesgo o amenaza del testigo o su familia, caso en los cuales el Estado debe garantizar la protección necesaria.

Sin embargo, es de resaltar que cuando una persona no haya sido citada previamente, es decir, cuando no se haya dictado providencia que ordene esa prueba por el juez o su presentación espontánea no se produzca ante el juzgador, no ostentan la calidad de testigo si no que es considerado de manera anticipada como posible testigo,

siempre y cuando el juez de la causa lo admita como órgano de prueba dentro del proceso, sin embargo para otro sector de la doctrina se adquiere la calidad de testigo cuando la persona ha relatado ante el funcionario competente lo percibido de los hechos objeto de investigación. Frente a los postulados anteriores nos cazamos con lo afirmado por Yesid Reyes Alvarado⁹ al considerar que la calidad de testigo se obtiene cuando el Estado puede exigirle a determinada persona el cumplimiento de las obligaciones propias de su categoría, es decir para nuestro caso refuerza lo afirmado el artículo 383 y 384¹⁰ de la ley 906 de 2004, cuando

⁹ REYES ALVARADO, Yesid, la prueba testimonial, primera edición 1988, editorial ediciones "Reyes Echandia Abogados Ltda", Bogotá-Colombia, pag.20,21.

¹⁰ ARTÍCULO 384. MEDIDAS ESPECIALES PARA ASEGURAR LA COMPARECENCIA DE TESTIGOS. Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará.

estipula que la persona debidamente citado debe comparecer a rendir testimonio ante juicio oral y público o en prueba anticipada y si se negare, el juez está facultado para ordenar su aprehensión y conducción a la audiencia o recinto a través de la policía nacional o cualquier otra autoridad.

Quien es Menor de Edad

El Código de la Infancia y la Adolescencia -ley 1098 del 8 noviembre del 2006,¹¹- en su artículo tercero dispone claramente que se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad y para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las

Las autoridades indicadas están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos, so pena de falta grave.

¹¹ Congreso de la Republica de Colombia, Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

personas menores de 18 años, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34¹² del Código Civil Colombiano.

Requisitos y Características del Testimonio.

Entre los requisitos que se proveen para la validez del testimonio se exige la capacidad del testigo y su habilidad física, moral e intelectual, y para que sea eficaz probatoriamente debe estar libre de relaciones que hagan sospechoso el testimonio, estos se pueden determinar siguiendo la filosofía y lineamientos trazados por la defensoría de pueblo¹³, Orlando

¹² Congreso de la Republica de Colombia, ARTICULO 34. <PALABRAS RELACIONADAS CON LA EDAD>. Llámese infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún* años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos.

*la habilitación de edad fue eliminada por la ley 27 de 1977 al establecerse en 18 años la mayoría de edad.

¹³ Junto con la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio, el Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de la Agencia de los

Alfonso Rodríguez¹⁴ y Devis Echandia¹⁵ por lo que se puede aseverar la existencia de unos requisitos y características necesarias para determinar cuando un relato debe ser considerado como testimonio:

Los requisitos de toda prueba testimonial son los siguientes,

A) Capacidad del testimonio, partiendo que por regla general toda persona está en capacidad de rendir testimonio, siempre y cuando esta pueda percibir, recordar y relatar la información de la que tenga conocimiento personal.

B) Conocimiento personal¹⁶, es decir el testigo únicamente puede declarar sobre los hechos que

percibió y observo en forma directa y personal.

A) Interrogatorio y confrontación, pues la presentación del testimonio en el juicio oral es a través del interrogatorio del testigo, ya que las partes tienen la facultad de conformidad con el artículo 378 de ley 906 de 2004 de controvertir todos los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física que sean presentadas en el juicio oral o que se llegaren a practicar por fuera de la audiencia

Para la existencia de testimonio se requiere:

- Que sea rendido ante funcionario competente.
- Que provenga de un tercero ajeno a las partes del proceso.

Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, modulo IV para defensores públicos **USAID - DEFENSORIA DEL PUEBLO disponible en :** http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/Mxdulo_de_Pruebas.pdf

¹⁴ RODRIGUEZ, Orlando Alfonso, El testimonio penal y sus errores, editorial Temis, Bogotá D.C., 1985, Pág. 7,10.

¹⁵ DEVIS HECHANDIA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, tomo 2, primera edición colombiana, Editorial Biblioteca jurídica Dike.pag 31.

¹⁶ Artículo 402 de la ley 906 de 2004.

- Deber ser hecha por una persona física, pues no es posible que las personas jurídicas tengan la calidad de testigos, pues de esta no se puede determinar cualidades sensoriales, memoria y capacidad de evocación.
- Que sea personal, es decir quién debe rendir el relato es quien lo percibe y por ende no es permitido el otorgamiento de poder o mandato para que otra persona narre el testimonio, aunque la narración no debe ser necesariamente de lo percibido, si que puede ser en algunos casos de lo deducido de una conducta esto sin llegar a caer en realizar juicios de valor intrínsecos de los mismos.
- Debe ser una declaración verbal o escrita libre de cualquier tipo de coacción, es decir que vicie su consentimiento y libertad de expresión.
- Que se rinda dentro de un proceso determinado, por su naturaleza procesal y no extraprocesal.
- Que sea una declaración representativa, debe corresponder a un acto que se ejecuta siempre dirigido a representar de manera clara el hecho sucedido o pasado, es decir el hecho debe haber ocurrido con anterioridad al momento de la declaración en el proceso.
- El acto de representar el hecho pasado, debe ocurrir bien sea dentro del proceso o en diligencia judicial previa o anticipada.

Obligación de Rendir Testimonio

El esclarecimiento de las conductas punibles y la sanción del delito son aspectos de vital importancia para

nuestra sociedad, de ahí que es un derecho del Estado Colombiano poder exigir a las personas que se encuentran en su territorio a que rindan testimonios, pues es claro que el deber de solidaridad y colaboración con la justicia es una responsabilidad ciudadana absolutamente legítima que tiene soporte constitucional en el artículo 95 y fundamento legal en el artículo 383¹⁷ de la ley 906 del 31 de Agosto de 2004¹⁸, el cual preceptúa la obligatoriedad de rendir bajo la gravedad de juramento el testimonio que se solicite en un juicio oral y público o como prueba anticipada, sin

¹⁷ ARTÍCULO 383. OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales.

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

¹⁸ Congreso de la Republica de Colombia, Diario Oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004; posteriormente el gobierno nacional emitió el decreto 2770 de 2004, a través del cual se corregían algunos yerros tipográficos y caligráficos del texto de la citada ley, lo que obligo a una nueva publicación de la ley en el diario oficial No.45.658 del 1 de septiembre de 2004.

embargo esta norma consagra la excepción de rendir testimonio bajo la gravedad de juramento para la niña o niño menor de 12 años de edad.

Lo anterior tiene razón de ser, sobre todo en materia penal, ya que como suele suceder en algunos procesos los hechos no pueden ser comprobados sin testigos y teniendo el Estado la obligación de prestar el servicio jurisdiccional, no cumpliría cabalmente con ella si no pudiera exigir a quienes saben de los hechos su comparecencia y declaración en los estrados judiciales, en razón a que el Estado tiene la obligación de averiguar la verdad por todos los medios a su alcance en los distintos procesos, teniendo como barrera el respeto a la dignidad del ser humano. De esta manera se determina que todo niño o la niña y adolescente en nuestro ordenamiento jurídico

Colombiano que presencie un hecho punible está en la obligación legal de rendir su testimonio de considerarse necesario e indispensable para aclarar los hechos que dieron lugar a la configuración de la conducta punible.

Teniendo claro que tiene valor probatorio el testimonio del adolescente, la ley establece un procedimiento especial de cómo debe ser recepcionado el testimonio en el niño, niña o adolescente, para tratar de minorar lo traumático que puede llegar a hacer la declaración de un menor en juicio público y oral, es así que el artículo 150¹⁹ del código de la

infancia y la adolescencia estipula que las declaraciones de estos menores deben ser tomadas por el defensor de familia²⁰ con un cuestionario que previamente es entregado por el juez o el fiscal y en cuanto al defensor se le faculta para que formule preguntas que no pueden ir en contra de sus intereses superiores que tienen respaldo en nuestra constitución política de Colombia en su artículo 44²¹ cuando

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.

²⁰ Afirma BEDOYA, Luis Fernando en su libro La prueba en el proceso penal colombiano, modulo 8 de formación para fiscales en su página 110, que " en algunas regiones del país se está utilizando para la recepción del testimonio del menor la cámara GESELL". La corte suprema de justicia en sentencia 27478 del 27 de junio de 2007 indico que la cámara de GESELL, es solo un instrumento utilizado en la sicología al cual se acude en la investigación criminal para facilitar la recepción del testimonio en menores víctimas de delitos; se trata entonces de un espacio acondicionado principalmente para realizar observaciones relacionadas con el desarrollo de comunicación, comprensión y habilidades del atestante.

La presencia del sicólogo forense en uno de los salones dispuestos para entrevistar al menor busca brindarle intimidad para que rinda tranquilamente su versión de los hechos y principalmente evitarle la victimización secundaria que genera de por sí el escenario judicial y la presencia del público.

²¹ ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

¹⁹ ARTÍCULO 150. PRÁCTICA DE TESTIMONIOS. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes. El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

reza que el derecho de los niños debe prevalecer sobre los derechos de los demás.

De igual manera se puede extraer del artículo en mención que el juez de manera excepcional pueda fuera del recinto de la audiencia y siempre en presencia del defensor de familia intervenir en el interrogatorio del adolescente para que él le responda alguna pregunta que considera contribuye al esclarecimiento de los hechos o cuando el menor no ha dado una respuesta clara y precisa a la pregunta formulada.

Excepciones a Rendir Testimonio

Estas excepciones están reguladas en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, y en el artículo

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.
Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

385 de la ley 906 de 2004 ²², es así que la ley a previsto como regla general el deber de declarar, pero una vez más se confirma que en el campo de las ciencias jurídicas toda regla tiene su excepción, de esta manera los artículos en mención establece que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, su cónyuge o compañero permanente o parientes que se encuentren en relación con la persona dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sin embargo es de aclarar que si la persona lo desea puede y tiene plena validez probatoria su testimonio.

²² ARTÍCULO 385. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.
Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:
a) Abogado con su cliente;
b) Médico con paciente;
c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;
d) Trabajador social con el entrevistado;
e) Clérigo con el feligrés;
f) Contador público con el cliente;
g) Periodista con su fuente;
h) Investigador con el informante.

Apreciación del Testimonio

Razón tiene Horacio Gómez Aristizabal²³ cuando sostiene que toda persona sana de mente es hábil para rendir testimonio. Pero en nuestro procedimiento penal es al juez a quien le corresponde apreciar de manera razonable la credibilidad del testimonio, teniendo en cuenta las normas que hacen referencia al tema y trazan lineamientos para que se dé por parte del juez la correcta apreciación y posterior valoración del testimonio, entre estos factores y condiciones que se deben tener en cuenta para una correcta apreciación esta el tener en cuenta las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las

²³ GÓMEZ ARISTIZABAL, Horacio, las pruebas en el Nuevo Procedimiento Penal, 2ª edición, editorial tercer mundo editores, pág. 81

circunstancia en que haya asido percibido y aquellos que se pueden deducir para su credibilidad en el momento en el que el testigo rinda la declaración.

Lo anterior tiene sustento en lo estipulado en el artículo 404 de la ley 906 de 2004²⁴ el cual establece unos criterios o aspectos para la apreciación de la prueba del testimonio, los cuales son:

A). La percepción, que según Luis Fernando Bedoya²⁵, este depende de que el testigo halla estado presente en la ocurrencia de un determinado hecho, pues el funcionario judicial debe establecer la confiabilidad del testimonio, es decir si está mintiendo

²⁴ ARTÍCULO 404. APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

²⁵ La prueba en el derecho penal colombiano, fiscalía general de la nación, escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses, modulo para fiscales 8, año-2008, pág. 90 a 92.

o no en torno a la percepción de los mismos, porque la acreditación de la presencia del adolescente en el lugar de los hechos es determinante para la corroboración de los mismos, por eso es fundamental establecer por ejemplo a que se dedica el testigo, verificar fecha y hora de los hechos, asimismo, en lo posible acreditar con otros testigos la presencia del menor en el lugar de los acontecimientos, de igual manera el juez debe advertir situaciones que conlleven a evitar manipulaciones o engaños que determinen situaciones injustas o que quieran favorecer al acusado con su testimonio.

Debe tenerse en cuenta la percepción de acuerdo a las condiciones externas, lo cual comprende el clima, la luminosidad, la distancia, la capacidad de audio de el testigo, los obstáculos existentes en la escena de

la infracción de la norma y en general todo lo que pueda alterar o incidir en la percepción de un hecho penalmente relevante.

De igual manera, el juez debe tener en cuenta el estado general de salud o de las condiciones físicas del adolescente y especialmente las sensoriales de más relevancia como son la visión y la audición, lo importante es que el sentido por el cual se observa el desarrollo de los hechos que configuran la conducta punible se encuentre en perfectas condiciones, es decir apto para producir certeza en la aprehensión de la percepción sensorial del hecho.

La percepción debe provenir de la plenitud de las facultades mentales del adolescente, pues al conocer el hecho también debe tener la capacidad de rememoración y transmisión del conocimiento, porque

al momento de los hechos el menor testigo se encuentra en óptimas facultades de su plenitud mental pero al momento de rendir su testimonio puede verse disminuido como consecuencia de alguna enfermedad o accidente o cualquier otra circunstancia que conlleve a que se disminuya su capacidad mental.

Descartada cualquier circunstancia que pueda afectar el proceso de conocimiento a partir de la percepción del hecho y conocida las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la rodean, y acreditada la capacidad física y síquica del adolescente se debe establecer las características del objeto y las circunstancias externas en que se conoce, por eso es importante determinar las condiciones del proceso perceptivo como son la visibilidad, distancia entre sujeto y

objeto, tamaño. Condiciones del lugar, obstáculos que puedan impedir la visión o la capacidad de escuchar la intensidad del estímulo sensorial entre otros para analizar en el terreno las condiciones reales de la percepción.

B).La memoria, este factor tiene importancia una vez analizado el proceso de percepción, pues aunque haya habido óptimas condiciones físicas para percibir el objeto, puede ser que el declarante no esté en condiciones de transmitir los recuerdos, pues el testigo puede verse afectado por factores intrínsecos o extrínsecos, dentro de los extrínsecos están las circunstancias del transcurso del tiempo entre el momento de la percepción del hecho y la narración ante el juez de conocimiento y por

parte de los factores intrínsecos se tiene en cuenta la edad del testigo, enfermedades, oficio o ocupación, la intensidad e impacto de los hechos en el testigo, la personalidad y demás limitaciones que afecten la memoria.

Luego de analizar el sujeto que percibe, el objeto percibido, el momento mismo de la percepción y la capacidad de que el recuerdo pueda permanecer en la memoria del testigo para narrar el hecho en juicio, se debe tener en cuenta la capacidad del testigo para transmitir el conocimiento adquirido y guardado en su memoria pues este también puede verse afectado por factores intrínsecos y extrínsecos entre los intrínsecos, cabe resaltar a las condiciones como estar bajo el efecto del alcohol o drogas alucinógenas, amnesia temporal, la personalidad del testigo pues hay personas que no se

les facilita la transmisión de relatos en público y de manera oral; entre los factores extrínsecos encontramos como amenazas contra la integridad del testigo o su familia.

Valoración Probatorio del Testimonio del Adolescente en Nuevo Procedimiento Penal

El operador de justicia de conocimiento podrá básicamente realizar la valoración de las pruebas²⁶ de acuerdo con uno de los tres sistemas que propone MARIO ARBOLEDA VALLEJO²⁷, los cuales los clasifica en: A) La prueba legal, en la cual el legislador establece el valor que se le debe dar a cada uno de los medios de pruebas B) la libre

²⁶ ARTÍCULO 380, LEY 906 DE 2004: CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

²⁷ Comentarista del código Penal y de Procedimiento Penal, Anotado, Vigésimacuarta edición, editorial leyer, 2008.

apreciación de la prueba o sana crítica, que consiste en la potestad que tiene el juez en determinar el alcance o la fuerza que le da a cada una de las pruebas practicadas y el

C) Un sistema mixto, que es la combinación de los dos sistemas descritos anteriormente.

Estos sistemas están regidos por los principios del derecho penal, por las formalidades legales que se exigen para práctica de las pruebas y desarrollo del proceso²⁸.

De todas maneras el operador de justicia teniendo en cuenta cualquiera de los tres sistemas de valoración de la prueba, está sujeto al principio de legalidad, por esa razón, debe desestimar las pruebas que infrinjan de alguna manera cualquier disposición del ordenamiento jurídico,

²⁸ En este sentido con todo acierto escribía francisco carrarra: "en cuanto al juicio sobre el hecho, el juez no tiene verdadero arbitrio ni aun donde se acepta la libre apreciación; porque debe siempre convencerse según el proceso y según la razón".

sea esta de índole constitucional o legal, lo que motiva a declarar las mismas ilícitas o ilegítimas y como consecuencia de ello no otorgarle valor probatorio dentro del proceso.

El juez dentro de su análisis sesudo, teniendo en cuenta la solemnidades de ley en la recopilación del acervo probatorio y la validez de cada prueba, al analizarlas en conjunto dará a cada una el valor probatorio que le corresponde según su convencimiento y certeza en el ejercicio de la sana crítica para emitir sin temor a equivocarse una verdadera justicia como consecuencia de su conciencia de la realidad formada por los medios de prueba correspondientes aportados dentro del proceso por las partes.

Lo dicho nos demuestra que el funcionario de conocimiento en la ley 906 de 2004 determina el valor de

cada prueba según el grado de su convicción y no el valor predeterminado por la ley (sistema de tarifa legal), por que como es sabido el sistema probatorio llamado por doctrina, de libre convicción o de apreciación racional de la prueba es el recogido y compilado por nuestro legislador, además de observar los principios de la sana critica, su legalidad, concordancia y su racionalidad con los demás medios probatorios.

Se decanta entonces que el funcionario judicial no está sujeto a un valor predeterminado de la prueba establecido por el legislador y que deba aceptar, en razón a que sea reiterado que esa valoración es del arbitrio del juzgador, quien acudiendo a su sana critica determina el grado de valor probatorio otorgado al testimonio del adolescente.

Para el caso en concreto del testimonio del adolescente la corte suprema de justicia²⁹ ha afirmado que es equivoco calificar de falso un testimonio tan solo por devenir de un menor de edad, pues si bien es cierto, que los estudios de la sicología del testimonio recomiendan que se debe analizar con mucho cuidado por parte del juzgador, el relato que hace un adolescente por lo que estos pueden en algunos casos ser objeto de manipulaciones y por ende sugestionables en razón a que no tienen pleno discernimiento para apreciar claramente la realidad de las circunstancias en razón a factores como la corta edad de los mismos y de su incipiente capacidad para explotar y desarrollar sus habilidades mentales, pero de esto no puede

²⁹ C.S.J, Cas. Penal, auto mar. 9/92, Rad. 7199. M.P. Jorge Carreño Lenguas.

concluirse que todo testimonio de los menores sea falso y deba desecharse. Es por esto que el juez debe apreciar el conjunto de la prueba para poder determinar si existen medios de convicción que corroboren o apoyen para que de esta manera se pueda apreciar con suficientes elementos de juicio su valoración.

En otro pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia³⁰ manifiesta que el hecho que la legislación procesal penal autorice la convocatoria del niño, la niña y el adolescente como testigo dentro de un proceso es porque se apoya en lo dicho por la psicología experimental la cual nos dice que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en un determinado momento y para un

³⁰ C.S.J., Cas.Penal.Sent. 10615, Jul. 29/99 M.P. Jorge Anibal Gomez Gallego.

caso en concreto haya podido ver o oír bien dicha persona, a pesar de que para algunos el menor no puede ser fiel a las impresiones que recibe durante el desarrollo de un acontecimiento cualquiera, dado su poca capacidad de concentración pues en algunos casos es considerada dispersa y limitada su comprensión de lo que ocurre en una circunstancia o conducta que configura un delito.

Ahora bien, tal como cita y comenta el Dr. Eugenio Fernández carlier³¹ en pronunciamientos de la corte suprema de justicia³² se puede extraer que la reconstrucción histórica de los hechos se puede lograr con el análisis en conjunto de todos los medios probatorios pues estos

³¹ CARLIER, Eugenio Fernández, revistas facetas penales 64, editorial leyer, enero de 2008, Bogotá D.C. Pág. 186 a 197.

³² Sentencia del 25 de mayo de 2006, rad. 21.757 M.P. Marina pulido de barón y sentencia de casación penal del 15 de octubre de 1998, rad. 10529 M.P. Jorge Anibal Gómez gallego.

tributan información que a través de la sana crítica, regida por la lógica, la ciencia y la experiencia permite que el juzgador adquiera una idea racional sobre los hechos acontecidos e investigados en el proceso; Asimismo el doctor Jhon Jairo Cardona Castaño³³ sostiene que el testimonio de un adolescente merece toda la credibilidad al no ofrecer contradicciones o inconsistencias es decir que ese niño, niña o adolescente durante todo el proceso respondió siempre las preguntas de una manera segura, con un lenguaje fluido, sin titubeos, sin dudas y resolviendo con claridad cada una de las preguntas que se plantearon, sin respuestas evasivas, lo cual le permite al juez concluir sustentado en la valoración en

conjunto de todo el acervo probatorio allegado al proceso, lo que constituye requisito "sine qua non", y en especial cuando aquel se erige como prueba reina de un hecho punible y no simplemente cuando este testimonio es tomado como referencia aislada o parcial del mismo.

De igual manera sostiene que existe la tendencia a dejar de lado la valoración del testimonio de los menores para hacer énfasis en el análisis de los dictámenes psicológicos que suelen practicarse para acreditar su credibilidad, como consecuencia algunos juzgadores en determinados casos han otorgado a tales dictámenes la transcendencia que no tienen hasta el punto de suplir la valoración del testimonio del adolescente, para otorgar mayor importancia a un criterio auxiliar provenientes del dictamen pericial, se

³³ CARDONA CASTAÑO, Jhon Jairo, revistas facetas penales 63, testimonio de menores de edad, editorial Leyer, edición noviembre- diciembre de 2007, Bogotá D.C, Pág. 106-110.

insiste que analizados todos los medios de prueba aportados debidamente dentro del proceso corresponde finalmente al juez y no al perito quien presta su conocimiento para emitir un concepto acerca de la credibilidad que se le debe otorgar al testimonio del adolescente, siendo el juez el que única y exclusivamente determine el merito probatorio del testimonio en el adolescente.

CONCLUSIONES.

- La legislación penal colombiana, garantiza la protección de los derechos del niño, niña y adolescente como testigo en el proceso penal, consagrando un procedimiento especial garantista para la recepción del testimonio, es decir, que sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado

previamente por el fiscal o el juez, asimismo a discreción del juzgador, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.

- En la ley 906 de 2004, el adolescente tiene el deber jurídico de rendir testimonio bajo la gravedad de juramento cuando sea citado a declarar en juicio oral y público o como prueba anticipada.
- En el proceso penal colombiano, es el juzgador quien realiza la apreciación y valoración probatoria del testimonio del adolescente enmarcado en criterios de la sana crítica, al analizar en conjunto el acervo

probatorio allegado al proceso, según su convencimiento y
dará a cada una el valor certeza.
probatorio que le corresponde

BIBIOGRAFIA

- ❖ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia de 1991, editorial Legis, artículo 33, 44.
- ❖ Congreso de la Republica de Colombia, Ley 906 del 31 de Agosto 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004.
- ❖ Congreso de la República de Colombia, ley 1098 del 08 de Noviembre de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.
- ❖ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, Sentencia 10615, Jul. 29/99 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- ❖ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de marzo 9/92, Rad. 7199. M.P. Jorge Carreño Lenguas.
- ❖ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de mayo de 2006, rad. 21.757 M.P. Marina Pulido de Barón.
- ❖ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de derecho probatorio, Editorial ediciones liberaría del profesional, cuarta edición “la prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, contencioso administrativo, canónico y en el derecho comparado, pág. 57.
- ❖ REYES ALVARADO, Yersid, La prueba testimonial, primera edición 1988, editorial ediciones “Reyes Echandia Abogados Ltda.”, Bogotá -Colombia, pág. 16.
- ❖ DEVIS HECHANDIA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, tomo 2, primera edición colombiana, Editorial Biblioteca jurídica Dike. pág. 42-48.
- ❖ RODRIGUEZ, Orlando Alfonso, El testimonio penal y sus errores, editorial Temis, Bogotá D.C., 1985, Pág. 7,10.
- ❖ BEDOYA, Luis Fernando, La prueba en el derecho penal colombiano, fiscalía general de la nación, escuela de estudios e investigaciones

criminalísticas y ciencias forenses, modulo para fiscales 8, año-2008, pág. 90 a 92.

- ❖ GOMEZ ARISTIZABAL, Horacio, las pruebas en el Nuevo Procedimiento Penal, 2ª edición, editorial tercer mundo editores, pág. 81
- ❖ CARDONA CASTAÑO, Jhon Jairo, revistas facetas penales 63, testimonio de menores de edad, editorial Leyer, edición noviembre- diciembre de 2007, Bogotá D.C, Pág. 106-110.
- ❖ CARLIER, Eugenio Fernández, revistas facetas penales 64, editorial leyer, enero de 2008, Bogotá D.C. Pág. 186 a 197.
- ❖ La Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio, el Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y la Defensoría del Pueblo, la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, modulo IV para defensores públicos **USAID - DEFENSORIA DEL PUEBLO, disponible en el sitio web http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/Mxdulo_de_Pruebas.pdf** tomada el día 06 de Agosto de 2010. – prueba testimonial, pagina 29 y ss.
- ❖ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, la prueba en el proceso penal colombiano, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigación Criminalística y Ciencias Forenses, Bogotá D.C. 2008, pagina 61.
- ❖ VALENZUELA SOSA, Gervasia, Escuela Nacional de la Judicatura, Seminario de Valoración de la prueba, plenitud de jurisdicción, noviembre 2000 pagina 16.
- ❖ Seminario de valoración de la prueba, jurisdicción laboral, escuela nacional de la judicatura 2002, pagina 32.
- ❖ VARGAS DIAZ, Miguel Ángel, El testimonio de niños y adolescentes en el proceso civil, capítulo I, II y III.
- ❖ FERRAN CASAS, de infancia perspectiva psicosociales, editorial Piados 1998, pagina 233.
- ❖ Convención Internacional sobre derecho del niño, Artículo 12, inciso 1 y 2.

- ❖ MURAI DE GUERRERO, María G, IX jornada sobre la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente: la reforma año 2008, página 337, universidad católica Andrés bello/ caracas-Venezuela.
- ❖ CORNIELIS CRISTOBAL y MURAI DE GUERRERO, María G, segundo año de vigencia de la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente, año 2002, pagina 448.