

**In dubio pro reo y principio pro infans en cuanto a la prueba perital de carácter
psicológico y psiquiátricas**

Bryan Alexis Saray Hurtado

Marzo de 2017.

Universidad de Manizales.

Manizales, Caldas.

Dignidad humana

En el entendido de la Carta constitucional de 1991 colombiana, propiamente en su artículo 1º, se expresa el carácter antropocéntrico del Estado de Colombia al hacer alusión que ésta se encuentra fundada en el respeto de la dignidad humana, lo cual, a la letra reza:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución política de Colombia, 1991, p.9).

Atendiendo a ello y, como desarrollo legislativo de esta instancia superior normativa, igualmente, en el artículo 1º de la ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano, destaca su base en la dignidad humana, en razón de lo cual, manifiesta “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana” (p.3). Lo cual, nos da un marco de desarrollo del derecho penal limitado por todas aquellas acciones u omisiones que violenten la dignidad humana y que a pesar de su manifestación expresa, se le da mayor connotación al expresar en su artículo 13 ejusdem que las normas rectoras contenidas en la ley 599 prevalecen sobre las demás. Además, la ley 906 Código de Procedimiento Penal, en su artículo 1º, a la par, constituye la dignidad humana como orden de tratamiento a los intervinientes en el proceso penal. Es decir, la trazabilidad del concepto de dignidad humana está determinada tanto a nivel constitucional como a nivel legal, con lo cual, apreciativamente se examina que, necesariamente, las actuaciones desplegadas por el Estado y por sus funcionarios, debe velar en estricto cumplimiento del deber ser de la dignidad humana. Orden para quienes intervienen en el proceso penal sin importar su cargo o intervención.

Ahora bien, se expone que a nivel legal hay una expectativa de que todo sea en función del respeto a la dignidad humana, pero en realidad a qué se refiere este término que es el axioma principal de la Constitución Política de Colombia? Para ello se debe conocer con precisión la definición de tal y en este sentido se tiene a Kant, (como se citó en Serrano, s.f) cuando refiere que, los seres humanos requieren un mínimo trato digno para que se puedan desarrollar como personas. O sea, a modo de entender, son esas circunstancias mínimas y necesarias para que la persona se pueda desenvolver como tal, pues para dicho autor, “El hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros”. (Serrano, s.f, párr. 1)

Lo que a su vez, se traduce en la finalidad del Estado en proteger su ser esencial, el hombre. La manifestación más clara de ello es la concepción necesaria de brindar a las personas, unos derechos, garantías y deberes constitucionalmente referidas, en ánimo propio de no concebir a la persona como un objeto, es decir, un instrumento para la realización de los fines esenciales del Estado, sino como la protección de “esa” persona como propósito inherente al Estado Social de Derecho colombiano, y de su legislación punitiva, el derecho penal, pues no sólo el Estado debe propender por que las actuaciones derivadas de esta rama del derecho se haga en debida revelación del respeto a la dignidad humana, sino también, proteger a la persona del derecho penal, última ratio.

El Estado debe cumplir con la función de preservar la estabilidad física y moral de las personas a su cargo, lo que debe determinarse en la carencia de los actos u omisiones tendientes a lesionarlas. Atendiendo a lo expuesto, Habermas (como se citó en Santa Cruz de la Sierra, s.f) afirma:

La experiencia de la dignidad humana vulnerada cumple una función de descubrimiento, por ejemplo en el marco de condiciones económicas de vida extremadamente precarias o de la marginalidad de las clases sociales empobrecidas;

del tratamiento desigual de hombres y mujeres en el mundo laboral; de la discriminación de extranjeros y de minorías culturales, lingüísticas, religiosas y raciales; y también del sufrimiento de mujeres jóvenes pertenecientes a familias de inmigrantes, que deben liberarse de la violencia de códigos de honor tradicionales, o de la expulsión brutal de inmigrantes ilegales y peticionarios de asilo. (...) La ‘dignidad humana’ vulnerada es un sismógrafo que indica qué es lo constitutivo de un determinado orden legal democrático: es decir, justamente aquellos derechos que los ciudadanos de una comunidad política se otorgan, para poder respetarse recíprocamente como miembros de una asociación voluntaria de personas libres e iguales. (párr.5)

Entonces, así las cosas, a la vulneración de la dignidad humana corresponde intrínsecamente, la protección estatal para el individuo.

Ahora bien, dando un ámbito jurisprudencial para el caso concreto, en Colombia, se tiene como ejemplo la sentencia C- 521/98 de la Corte Constitucional cuando expresa:

El reconocimiento superior de la dignidad como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, “exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituya en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico”. De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las actividades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición

personal del ser humano y, por contrera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la “vida digna” del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquéllos valores que son ajenos a la dignidad humana. (párr..1)

Entonces, según la Corte, la persona constituye un fin estatal adoptando la filosofía de Kant (citado en serrano, s.f) una filosofía con preponderancia humanística. A la par, como referencia sobre el tema, la Corte Constitucional, en sentencia T- 381/14 resalta:

La Corte Constitucional ha reiterado que la dignidad humana como derecho fundamental, implica la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; como principio, se entiende como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho; y, finalmente como valor, representa un ideal de corrección que al Estado le corresponde preservar. (párr..4)

Es así como se reconoce por parte de la Corte que, concierne al Estado el preservar la dignidad humana de las personas que pertenecen al Estado de Colombia.

Debido proceso

Atendiendo al concepto de dignidad humana y su desarrollo, se han reconocidos ciertos derechos y garantías a las personas que, sólo por ser asociados al Estado Social de Derecho de Colombia, se le han sido otorgados a fin de proteger las necesidades básicas y lo mínimo que requiere el individuo para su evolución como persona sujeta de derechos y deberes. Es por ello que constitucionalmente se consagra con una serie de principios y derechos, propiamente hablando del debido proceso, el cual se encuentra consagrado en el artículo 29 y expresa “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...). Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación

al debido proceso”. (Constitución política de Colombia, 1991, p.14) Lo que demuestra una protección a la persona cuando se ve inmiscuida en una actuación ya sea judicial o administrativa, una protección a ciertas garantías que se debe tener por parte del Estado en pro de garantizar la dignidad humana de cada sujeto. Propiamente –en el caso que ocupa-, en el derecho penal, se deben respetar y delinear las pautas que se deben seguir para cada una de las actuaciones que realiza la administración para que así, se garantice el derecho a obtener una pronta y cumplida justicia. El debido proceso debe percibirse como una manifestación del Estado tendiente a proteger al individuo de las actuaciones de las autoridades públicas, en búsqueda de mantener incólumes las garantías y principios de la persona, es decir, el debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales. También comprende el principio de tribunal o juez imparcial.

Así las cosas, no se debe desconocer que el debido proceso al ser un derecho que inmiscuye necesariamente garantías y derechos en sí mismo, éste tiene concepción a nivel universal, como lo son los siguientes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en el artículo 10 se pregona:

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (p.22)

Aquí se manifiesta expresamente que las acusaciones en materia penal deben tener una posición garantista de derechos a quienes cursan investigaciones penales. Allí mismo, en la Declaración y su artículo 11 se enuncia:

Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se hayan asegurado todas sus garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá la pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p.24)

Dada la enunciación de estos dos artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se debe resaltar el papel importantísimo que juegan las garantías universales a la hora de determinar, en materia penal, la culpabilidad y el debido proceso que se debe regir en toda actuación, se denota la posición humanística del respeto a la dignidad de la persona, además, se manifiesta el principio de favorabilidad de la pena y la tipificación anterior a la constitución del hecho delictivo para que pueda ser juzgado. Igualmente, trata este tema el artículo XXVI de la declaración americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) al enfatizar la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad y la tipificación del delito¹.

Una vez como simple referencia normativa universal, destacados los anteriores, cabe resaltar que la concepción normativa de un debido proceso obliga a la legislación nacional una adopción característica de protección frente al investigado o juzgado en aras de una actuación conforme a derecho y garantías universal y constitucionalmente admitidas, es por ello que no se basa solo en su defensa, sino también, en una actuación judicial con el mínimo de afectación de los derechos de las personas, pues:

¹ “Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”. (p.5)

(...) El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso. Aquél tiene una dimensión adicional, pues ampara a la persona en todo asunto jurídico que le concierne, incluso en los procesos en su contra iniciados por el Estado o por terceros. (Garantías judiciales en el principio de legalidad y el debido proceso)

A la par, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace precisión en cuanto establece “este artículo 8 reconoce el ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. (...)”

La verdad en el proceso penal

Como se ha expuesto, la dignidad humana y la protección a las garantías y derechos constitucionales abarcan un amplio presupuesto de salvaguardar las indemnidades otorgadas a las personas que son parte en un proceso penal, en concreto, en el Sistema Penal con tendencia acusatoria implementado en Colombia, en donde las partes se manifiestan como Fiscalía ejerciendo el órgano persecutor de la acción penal y, el procesado, ejerciendo un derecho a la defensa. En este entendido, se halla un sistema penal con tendencia adversarial, la Fiscalía ejecutando la labor consagrada en el artículo 250 constitucional:

Artículo 250. Modificado Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, artículo 2°. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que

establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (...)" (pp. 83-84)

Es de comprender que la Fiscalía es el ente que representa al Estado en la persecución de la acción penal, por ende, como bien se ha reiterado, el Estado también tiene la obligación de protección garantista de los derechos y garantías del procesado, lo que resulta imperante para que el legislador incorpore la necesidad de exigir que ‘medien suficientes motivos y circunstancias fácticas’ que indiquen la existencia del acto delictivo por parte del investigado. Lo cual sugiere que se debe contar con elementos materiales probatorios o evidencia física que presuman, primero, la existencia del delito; y segundo, la responsabilidad del investigado a fin de establecer la “verdad y la justicia” tal y como lo expresa el artículo 5 de la Ley 906 “Artículo 5 En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (p.674). Pero en ese sentido, es claro el concepto de verdad que se tiene por parte de la Corte Suprema de Justicia:

Es la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme a las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar como para absolver. (CSJ Sala Penal, Rad. 28432/07)

Con lo cual, según la teoría del conocimiento que es la encargada de definir cómo se llega al conocimiento de una circunstancia u objeto, y lo que ‘conocer’ se entendería como la obtención de un dato o noticia sobre algo, sugiere que el alcance de una verdad absoluta es un imposible, es un ideal de imposible consecución, por lo cual, corresponde como ha dicho la Corte, a una ‘reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana’, entonces, no se puede tratar de buscar la absoluta verdad de un hecho que se generó bajo la conducta humana, sino de poder recrear una verdad de tipo racional y procesal.

Los elementos integrantes de la teoría del conocimiento presuponen los siguientes: 1) sujeto cognoscente, 2) objeto a conocer y, 3) conclusión o conocimiento (Hessen, s.f). Como consecuencia de esta relación entre sujeto, objeto y conocimiento se pueden presentar ciertos inconvenientes en la apreciación de los datos adquiridos, por una parte, porque la información obtenida en cuanto al objeto cognoscible puede variar según el grado de conocimiento, de pericia y experiencia –sin nombrar subjetividades- de quien tiene el contacto íntimo con el objeto, y aún más, en lo que atañe a delitos de connotación sexual en niños y niñas que es el tema que se abordará con posterioridad.

Duda razonable

El alcance de la verdad absoluta es un imposible como bien se ha manifestado según la teoría del conocimiento judicial, y por parte de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, ratificado sistemáticamente. Pero qué pasa al comprender que la verdad que se busca es una verdad relativa y procesal al caso en concreto; se busca una adecuación fáctica que se adapte lo más cerca posible a la realidad, por lo cual se genera un vacío fáctico que deja una ‘duda’, duda que deberá ser valorada conforme a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo* tal y como lo expresa el artículo 7 de la ley 906 que expresa:

Artículo 7. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de la persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (p.676)

Consecuentemente, Marín (2004) propone:

La expresión duda razonable compagina más con la naturaleza probable de la verdad (en mayor o menor grado) que se obtiene en el proceso penal, en vez de aquellos lugares comunes en el lenguaje probatorio como “certeza inconfutable” o “certeza absoluta”, porque la verdad que puede obtenerse en el proceso es una forma particular de verdad histórica, en la medida en que se refiere a la búsqueda de correspondencia entre lo reconstruido por un hecho presente que es la prueba y un hecho pasado que es el delito, por medio de métodos jurídicamente regulados. Lo más que podría obtenerse, si funciona satisfactoriamente la inferencia desde los elementos probatorios a los hechos probados, sería la máxima probabilidad que nos pone en un estado mental del “más allá de duda razonable”, que es cuando puede dictarse sentencia condenatoria, porque los hechos pasados ya no pueden observarse directamente por el Juez sino que él los reconstruye por vía de inferencia, como hechos probados, a partir de datos probatorios y a través de máximas de la experiencia. En este sentido avanzó la legislación procesal penal, porque la epistemología jurídica contemporánea prefiere la expresión “verdad probable” a la de “verdad objetiva”, sustituye la “demostración” (propia de las ciencias) por la “argumentación probatoria” y la “certeza” por la “razonabilidad”. Por ello, la expresión “más allá de duda razonable”,

traducción de la fórmula anglosajona “beyond reasonable doubt” significa que se ha trascendido la duda justificada razonablemente o que se ha superado una duda no arbitraria; o, como dice Ernesto Chiesa Aponte, cuando cita la Regla 10C de Evidencia del Sistema de Puerto Rico: <<la prueba más allá de duda razonable no significa certeza absoluta ni certeza matemática, es suficiente la convicción o certeza moral en un ánimo no prejuiciado...>>.

Siendo así, la duda generada en el proceso de inferencia respecto de los elementos de prueba debatidos en juicio con inmediación, contradicción, en audiencia pública y la valoración objetiva del juez, tenderá a reducir al máximo esas inquietudes o vacíos manifiestos que puedan desde un ámbito de imparcialidad, hacer exaltar una sentencia condenatoria apoyada en dudas y generando vulneración a las garantías constitucionales y legales.

Cuando el legislador presupone la existencia de conocimiento para condenar ‘más allá de toda duda’ tal y como lo prevé el artículo 7 y 381 de la ley 906, está exigiendo al órgano de persecución de la acción penal un acervo probatorio que deje al margen dudas respecto de la responsabilidad penal del procesado, al igual que le exige al juez un detallado análisis de las pruebas practicadas en juicio oral a fin de condenar o absolver.

La valoración hecha por el juez debe ser conjunta y no sólo apoyarse en ciertas pruebas para tomar su determinación, es así que el artículo 380 *ejusdem* reza “Artículo. 380. 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”. (Código de procedimiento Penal).

In dubio pro reo – principio pro infans en delitos de connotación sexual donde la víctima es un niño, niña o adolescente y dictamen pericial psicológico

Para atender el tema propuesto se hizo un pequeño análisis de varias circunstancias que rodean la temática a desarrollar, pues es de tal impacto social los delitos cometidos contra niños y niñas cuando hay intenciones de carácter sexual que la masificación de los medios de comunicación y su interés mediático por buscar responsables hace que desde un inicio de la investigación se condene socialmente a las personas que están siendo investigadas o juzgadas.

Según la Constitución Política de Colombia (1991) en el Artículo 44 dispone la protección prevalente de los niños contra “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”²(p.18). Consecuentemente con esta premisa, es menester recalcar que si bien es cierto que se debe garantizar la prevalencia de los intereses de los niños por encima de los demás, es también cierto que en los delitos de connotación sexual se debe tener especial cuidado en cuanto a las acusaciones y valoración de las pruebas que hace el juez, pues hay principios en juego y garantías procesales que deben ser tenidas en cuenta.

El principio pro infans en este tipo de injustos penales, se ve reflejado en cuanto la Corte Constitucional avala que los indicios y la declaración de la víctima toman una relevancia mayor al emplear la concepción del principio en mención

² Art. 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. La familia, la sociedad y el Estado también tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás. (Constitución Política de Colombia, 1991, p.17,18)

Principio pro infan: debido a las circunstancias en que se cometen los delitos sexuales contra menores de edad, generalmente sin la presencia de testigos, los indicios y la declaración de la víctima adquieren mayor relevancia. (Sentencia T- 554/03. MP. Clara Inés Vargas Hernández)

Lo que presupone una primacía de los derechos de los niños sobre el procesado y su principio de *in dubio pro reo* que se manifiesta como bien se ha dicho, la duda generada en el proceso favorece a quien está siendo investigado.

No es que se desconozca la prevalencia de los derechos y garantías de los niños ante los demás, pero tampoco es claro el propósito de intentar invertir la carga probatoria para demostrar inocencia por parte de la defensa, prohibición expresa en el artículo 7 de la ley 906 “(...) En ningún caso podrá invertirse la carga probatoria” (p.676).

Al igual que en sentencia de tutela proferida por la misma Corte Constitucional, se hace referencia a aquella situación en la cual se trata de víctima menores de edad y existen expertos que consideran que la conducta penal existió, mientras que otros señalan lo contrario, la duda debe ser resuelta a favor de los derechos del menor. (Sentencia T- 520A/09. Magistrado ponente, Mauricio Gonzales Cuervo). Es decir, el principio pro infans que busca la prevalencia de los derechos del menor también vulnera presupuestos expresos en cuanto a las garantías constitucionales y legales adquiridas para con el procesado. Ya se manifiesta tácitamente que también atañe a la defensa probar inocencia, pero no suficiente, el *in dubio pro reo* se ve también vulnerado en cuanto a lo que se expone en por parte de la alta Corte cuando la duda desprendida de la valoración perital de los expertos van en favorecimiento del menor que se presume víctima. Igualmente en sentencia T- 554/03 se expresa que las autoridades deben abstenerse de actuar en forma discriminatoria frente a las víctimas, lo que reconoce la intención judicial de prevalencia de los derechos y garantías del menor.

Respecto de la posición garantista que se ha adoptado desde la jurisprudencia la aplicación del principio pro infans, es de reproche frente a las garantías del procesado, se está perdiendo imparcialidad respecto de la igualdad de armas y la contradicción y defensa, se le están gravando a la defensa cargas que no debería ser propio de un sistema penal con tendencia acusatoria. Y en donde –valga la redundancia- la carga probatoria está en manos de la Fiscalía. Si bien es un principio que se desprende de las Declaraciones de Ginebra, de la Declaración de los Derechos del Hombre, de la Declaración de los Derechos del niño, de la Convención de las Naciones Unidas relativos a los Derechos del Niño y de ámbito Constitucional, también es -en una apreciación personal-, un principio que ha sido mal concebido y se le ha dado una aplicación vulnerante de garantías al procesado, porque no sólo supone los gravámenes expuesto a la defensa sino también, vulneraciones a derechos de la contra parte.

La concepción realista del principio pro infans desde la aplicación debería de exigir un comportamiento más diligente y dirigente desde la parte investigativa para reducir al máximo las circunstancias de duda que puedan llevar a una condena con vacíos, pues como se expresa en sentencia C- 782/05 “(...) el proceso penal es un instrumento creado por el derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su función constitucional cuando absuelve al sindicado (...)”. (Sentencia C- 7820/05, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa)

La función constitucional del derecho penal no busca la condena de aquellas circunstancias que tienen característica de delito, también debe prevalecer la institución de la verdad relativa y procesal de lo que se demuestra en el juicio oral y público, las cargas probatorias no se deben invertir y el interés superior de los niños, debe requerir a la actuación diligente e inequívocamente dirigida la obtención de justicia y verdad, no a la de condenar y

más si desde un principio se ha entrado en un prejuicio por parte de los medios de comunicación y la sociedad.

En todo caso, la valoración del acervo probatorio conjunto que hace el juez debe revestirse de un amplio cuidado para evitar al máximo las circunstancias que pongan en riesgo la dignidad humana, los derechos y garantías que tanto se aluden y expresan en la Constitución y las leyes con respecto del procesado y de los intereses prevalentes de los niños y niñas. Desde entonces, a fin de demostrar la responsabilidad penal del procesado, la Fiscalía cumple con el cumplimiento de crear un acervo probatorio que inexorablemente debe llevar a debate y cumplir con su deber de demostrar la responsabilidad penal del acusado, en todo caso, valiéndose de opiniones y peritajes de expertos que permitan desvirtuar la inocencia de quien es procesado, pero inequívocamente, también debe velar por la certeza de que esas pruebas allegadas a juicio oral sean en su preferencia, carentes de vacíos o ambigüedades, en el caso particular, la opinión de psiquiatras y psicólogos que ofrecen opiniones de que “posiblemente” hubo o no un comportamiento sexual inadecuado en relación con los niños y que esa posibilidad de que sí hubo o no hubo, se toma en cuenta como factor determinante para condenar o absolver al enjuiciado toda vez que como se ha reiterado, este tipo de comportamientos lascivos contra los niños, se efectúan en circunstancias de soledad y sin presencia de testigos, lo que conlleva a que las declaraciones de los niños tomen relevancia superior a lo que ya se ha explicado.

Esa duda aparente de si hubo o no tal comportamiento, en realidad le favorece al posible victimario como lo supone el derecho universalmente validado del *in dubio pro reo* o se invierte esta duda y favorece a quien ‘posiblemente’ ha sido víctima de tal?. Respecto del tema del análisis psiquiátrico y psicológico de los niños posiblemente abusados, es de resaltar lo expresado Romero (1973):

(...) Especialmente dentro del campo de la violación la víctima puede jugar un papel decisivo dentro del ‘pasaje del acto’. Especialmente es de desconfiar en estos casos de violación del testimonio de la víctima. La mitomanía, más frecuente en las jovencitas en la época de la pubertad, ha llevado en la forma más ligera en error a los expertos y a engrosar el número de errores judiciales. El caso de Ronciere (1834) es típico en esta materia: un teniente fue acusado por la hija de un coronel, cuya familia frecuentaba de haberla violado. Fue condenado a diez años de reclusión que pagó efectivamente. Probada su inocencia fue rehabilitado y elevado a los más altos rangos. Había sido víctima de una jovencita histérica de diez y seis años. Recientemente el film ‘Les risques du méntier’ ha planteado un problema del género en el caso de tres jovencitas que acusaron falsamente, por diversas razones personales, su institutor, de atentados al pudor cometidos en su persona. En presencia de estos demasiados frecuentes riesgos de error, el abogado Mendelshon ha propuesto una serie de reformas de la investigación en materias de violaciones o de atentados al pudor, ha subrayado notablemente el interés que puede haber dentro de este campo específico la mujer-funcionario al nivel de la instrucción judicial. (...). (p.355)

Por consiguiente, desde la perspectiva de la psiquiatría y psicología forense es de especial cuidado la declaración de la presunta víctima, pues muchas veces la mitomanía toma un papel importante dentro de las declaraciones de los sucesos o sobre las personas que se exponen, entendiendo la mitomanía como “1. Tendencia o inclinación patológica a fabular o transformar la realidad al explicar o narrar un hecho. 2. Tendencia a mitificar a una persona, una cosa o sucesos determinados.”

Entonces, la valoración pericial del niño o niña no debe determinarse con tal relevancia como se ha instituido por jueces y magistrados a la hora de la valoración y de la introducción como prueba de un dictamen pericial. En Colombia, en la actualidad la

psicología denota la denominación de estos síntomas como ASI, lo que significa Síntomas Asociados al Abuso Sexual Infantil a lo que corresponden una serie de síntomas que pueden ser según Echeburúa y Guerricaechevarría (como se citó en Scott, Manzanero, Muñoz y Köhnken, 2014):

Trastornos del sueño, cambio en los hábitos alimenticios, pérdida del control de esfínteres, hiperactividad, retrocesos en el proceso de aprendizaje, miedo desproporcionado, culpa o vergüenza, sintomatología ansioso-depresivo, conocimiento sexual precoz, conductas sexualizadas, curiosidad sexual, conductas agresivas, retraimiento social, desconfianzas y rencor hacia el adulto. (p.60)

Éstos, según dichos autores son los síntomas aplicables al ASI, los cuales sirven de base para dictaminar e inclinar su informe pericial a la hora de examinar a la posible víctima y así llevarla a juicio oral.

Si bien es cierto que el dictamen pericial no es prueba reina en los procesos penales con tendencia acusatoria, también es cierto que dados los presupuestos del principio pro infans y la desestimación consigo implícita del principio de in dubio pro reo, las declaraciones que brinda la víctima toman tal exaltación, que como se ha dicho por profesionales de la psiquiatría y la psicología, pueden tender a generar errores judiciales. No obstante, universalmente convalidadas las técnicas para detectar ASI por parte de los psicólogos, ella carece de errores propios del mismo, todo por cuanto se limitan a la búsqueda de síntomas de personas, o sea, seres humanos que están en constante evolución respecto de los estadios sociales, psicológicos, familiares, escolares, etc, propios de una sociedad cambiante. Tal y como manifiesta Scott, Manzanero, Muñoz y Köhnken (2014) por un lado, el modelo traumatogénico de partida está siendo cuestionado ya que no siempre la respuesta de un menor expuesto a una situación de abuso sexual va a ser el desequilibrio de su estado

psicológico previo. Son muchas las variables que modulan el impacto psíquico de un menor puesto en una situación de victimización sexual, e incluso, en ocasiones, el menor puede aparecer asintomático (lo que no significa que los hechos no hayan podido ocurrir). Puede no haber existido una vivencia traumática del hecho por parte del menor, o que éste posea variables de protección, personales o contextuales, que hayan amortiguado el impacto psíquico.

Por otro lado, las investigaciones generadas en torno a las consecuencias psicológicas derivadas de una situación de abuso sexual infantil tienen muchas limitaciones metodológicas, principalmente, con la disparidad de definiciones del objeto de estudio, las muestras utilizadas y los instrumentos usados para la recogida de datos. Además, la cohorte de síntomas señalados, incluidas las alteraciones en el plano sexual, se encuentran en menores expuestos a otros estresores psicosociales o podrían ser expresiones propias de su etapa evolutiva (Scott, Manzanero, Muñoz y Köhnken, 2014).

Siendo así, es de carácter imperativo del fallador, la cautela en la valoración psicológica que se le ha hecho al niño o niña pues las garantías judiciales que poseen tanto víctima como victimario se encuentran en un limbo una vez haya una resolución judicial, por lo cual, el ímpetu investigativo de la Fiscalía debe propiciar por desvirtuar la presunción de inocencia no sólo basándose en pericias y testimonios sino recaudar el máximo probatorio que deje al margen un acervo dudoso.

Siguiendo con la temática expuesta, es de resaltar lo expuesto propuesto por Ruiz, Andreu, y Peña (2016) al discutir sobre las falsas alegaciones de un posible abuso sexual infantil y las causas externas que pueden generarlo

Existen falsas denuncias de abuso sexual infantiles cuyos orígenes se encuentran numerosos motivos como la mentira intencional, el síndrome de alienación parental y

las falsas memorias. Incluso existen casos en los que son los propios menores los que fabrican o inventan una falsa acusación de abuso sexual, si bien, suele tratarse de niños en edad adolescente o preadolescente que cuentan con los recursos cognitivos y emocionales necesarios para fabricar o inventar un alegato falso. Dado que en estos casos se puede valorar con suficientes garantías el grado de credibilidad o intentar evidenciar la dificultad de inventar una mentira, los casos que suscitan más interés y preocupación en el ámbito forense son aquellos en los que los menores son presionados o inducidos de forma externa a informar en falso sobre un presunto abuso sexual (p.74).

Así las cosas, los factores externos toman suficiente relevancia al investigar los delitos contra el pudor sexual de los niños, no sólo por el interés de determinación de su estado social y familiar acorde a sus derechos, sino también, a que de allí mismo pueden proceder fuerzas externas que generen una tendencia a mentir o a hacer falsas alegaciones sobre los hechos reales, pues la visceralidad de las personas cuando es resultante un niño o niña abusado sexualmente toma tal relevancia que la razón puede verse afectada de forma significativa.

No con esto se pretende desvirtuar las alegaciones de los niños víctimas de abusos sexuales sino, una pretensión desde el ámbito investigativo, desde el ámbito de la procedencia de las pruebas y su correlación a los hechos que hagan constituir no solo la existencia de un principio como el pro infans, sino también, la mayor fidelidad con la realidad y la verdad procesal y razonable.

A modo de ejemplo, se encuentra el caso del señor Eslay Alfredo Villada García en sentencia de 3 de junio de 2005 en el cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales absuelve al procesado en virtud del principio in dubio pro reo. Sentencia que apela

la Fiscalía y en fallo del 12 de julio de 2005 la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales revoca íntegramente el fallo de primera instancia y condena al señor Villada García a 64 meses de prisión por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años, agravado por ser menor de 12 años. Apoyada la decisión de revocar en los exámenes psicológicos y psiquiátricos resultantes después del trauma.

De igual forma, en sentencia de radicado 2012-45221 de 17 junio de 2014, magistrado ponente José Ignacio Sánchez Calle:

Conforme a la exigencia legal deberá resolverse a favor del procesado, pues del caudal probatorio no se puede concluir, con el grado de conocimiento exigido, la autoría y responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Los siguientes elementos llevaban a afirmar, por lo menos, la duda en estos aspectos. En examen médico sexológico efectuado a la menor (...), en el mismo día de los hechos, da cuenta de equimosis en el labio mayor del introito vaginal, calificado como trauma reciente, este hecho fue uno de los elementos de juicio que el a-quo tuvo en cuenta para condenar. Considera la Sala que al valorar la prueba que se efectuó una lectura parcial del dictamen médico legal, pues en éste también se conceptuó que la menor presentaba un himen oval, íntegro, no elástico y tono anal sin lesiones, lo cual indica que no fue desflorada. Además a ello, en la anamnesis hay un dato bastante revelador y significativo para el resultado final de esta causa, pues lo que dijo la menor al médico legista, dista mucho de lo expresó en el juicio: en efecto, sólo unas horas después de la agresión sexual la menor le contó al profesional de medicina legal que el procesado le tocó sus genitales, pero en el juicio dijo que éste le introdujo dos dedos. Entre una y otra cosa la diferencia es marcada, que no se puede omitir porque el dicho provenga de una menor de edad. Por lo anterior, surge la duda

respecto que se presentó efectivamente el acceso, entendido este conforme al artículo 212 del C.P., para el caso concreto para la penetración por vía vaginal. (...).

Como ejemplo de casos concretos de la importancia sustancial que toman los dictámenes periciales en la determinación de jueces y magistrados, pues a determinar si aún a su consideración, las pruebas reina se desprenden de las opiniones de expertos y de los dictámenes allegados a juicio.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado se puede concluir que:

- El principio pro infans debe aplicarse no tanto en buscar la condena del posible victimario, sino en la cautela y diligencia que se exija a los funcionarios judiciales en sus investigaciones, en sus acusaciones y las determinaciones basadas en las pruebas debatidas.
- Los peritajes no son prueba reina en la consecución de la verdad procesal que se busca demostrar por las partes adversarias en el proceso, pues en particular, las opiniones derivadas de los expertos en psiquiatría y psicología parten de un esquema no tan fiable como lo debería ser
- El dedicado razonamiento del juez a la hora de valorar el acervo probatorio debe llevar consigo la ponderación de principios e intrínsecamente, una valoración conjunta de todos los elementos probatorios a fin de reducir al máximo la duda, o contrario, de favorecer al procesado cuando ellas se manifiestan.

REFERENCIAS

CSJ Sala Penal, Rad. 28432/07

Colombia. (2002). Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ley 599

Colombia. Código de procedimiento Penal Colombiano. Ley 906

Colombia. Corte Constitucional (2003). Sentencia T- 554. Magistrado Ponente. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional (2009). Sentencia T- 520. Magistrado Ponente. Mauricio Gonzales Cuervo

Colombia. Corte Constitucional (2005). Sentencia C- 7820. Magistrado Ponente. Manuel José Cepeda Espinosa

Colombia. Corte Constitucional. (2014). Sentencia Rad. 2012-45221. Magistrado Ponente. José Ignacio Sánchez Calle

Colombiaopina'sblog (s.f). *El debido proceso y le poder judicial en Colombia*. Recuperado de: <https://colombiaopina.wordpress.com/2011/05/28/el-debido-proceso-y-el-poder-judicial-en-colombia/>

CP (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Asamblea Nacional Constituyente.

Corte Constitucional Republica de Colombia (s.f). *Principio de dignidad humana- Fundamento del ordenamiento jurídico*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-381-14.htm>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Recuperado de
http://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Debere_del_Hombre_1948.pdf

Garantías judiciales en el principio de legalidad y el debido proceso

Hessen, J. (s.f). *Teoría del conocimiento*. Instituto Latinoamericano de ciencia y artes

Marín, R. (2004). *Sistema Acusatorio y Prueba*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica

Naciones Unidas (2015). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de:

http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Romero, J. (1973). De los delitos contra la libertad y el pudor sexuales. En *Psicología judicial y psiquiátrica forense*. Bogotá, Colombia: Presencia.

Ruiz, M., Andreu, J., y Peña, M. (2016). Análisis preliminar de la estructura y consistencia interna de un protocolo clínico-pericial para la identificación de falsas alegaciones de abuso sexual infantil. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 16 (1), 73-82.

Santa cruz de la sierra, (s.f). *El concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los*

derechos humano de Jürgen Habermas. Recuperado de:

<http://www.goethe.de/ins/bo/sac/ges/phi/es7001993.htm>

Serrano, (s.f). *La conciencia moral*. Recuperado de

http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena2/quincena2_contenidos_4b.htm

Scott, M., Manzanero, A., Muñoz, J. y Köhnekend, G. (2014). Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24 (1), 57-63. DOI:<http://dx.doi.org.10.1016/j.apj.2014.08.001>