

LA DIFERENCIACIÓN EN LA VALORACIÓN PROBATORIA...

La diferenciación en la valoración probatoria frente a delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: en Colombia

Pedro José Patarroyo García

Código. No. 3000742

Universidad Militar Nueva Granada



Facultad de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal Penal

Bogotá. D.C. Colombia

2018

La diferenciación en la valoración probatoria frente a delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: en Colombia *

Pedro José Patarroyo García **

Abstract

Postmodernism brings with it new challenges for criminal procedural law. To the point, crimes against freedom, integrity and sexual training, create a limitation for the accused, since the presumption of innocence is threatened when assessing the testimonial evidence of alleged victims (children and adolescents). Prima facie, the parental alienation syndrome is usually used to balance the balance in favor of the accusing body, when through manipulative behavior of one of the custodians of the child, it is intended to put forward revanchist interests. Given the aforementioned, the article will describe the harmful consequences that the breach of impartiality entails when judging the punishable conducts referenced above.

Key words

Sexual offenses, parental alienation syndrome, presumption of innocence, impartiality, probative assessment, criminal procedural law

Resumen

El postmodernismo trae consigo nuevos desafíos para el derecho procesal penal. Al punto, que delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, generan un limitante para el imputado, toda vez que la presunción de inocencia se ve amenazada al momento de valorar la prueba testimonial de presuntas víctimas (niños, niñas y adolescentes). Prima facie, el síndrome de alienación parental suele usarse para equilibrar la balanza en favor del ente acusador, cuando a través de conductas manipulativas de uno de los custodios del menor, se pretende anteponer intereses revanchistas. Dado lo anterior, el artículo, describirá las consecuencias nefastas que acarrea el quebrantamiento de imparcialidad cuando se juzgan las conductas punibles referenciadas ut supra.

Palabras claves

Delitos sexuales, síndrome de alienación parental, presunción de inocencia, imparcialidad, valoración probatoria, derecho procesal penal.

Resumo

O pós-modernismo traz consigo novos desafios para o direito processual penal. Ao ponto de os crimes contra a liberdade, a integridade e a formação sexual criarem uma limitação para o acusado, uma vez que a presunção de inocência é ameaçada quando se avalia a prova testemunhal de supostas vítimas (crianças e adolescentes). Prima facie, a síndrome de alienação parental é geralmente usada para equilibrar a balança em favor do corpo acusador, quando através do comportamento manipulador de um dos guardiões da criança, pretende-se apresentar interesses revanchistas. Diante do exposto, o artigo descreverá as consequências danosas que a quebra de imparcialidade acarreta ao julgar as condutas puníveis mencionadas acima.

Palavras chaves

Ofensas sexuais, síndrome de alienação parental, presunção de inocência, imparcialidade, avaliação probatória, direito processual penal.

*El artículo es el resultado del Proyecto de Investigación para optar al Título de Magister en Derecho Procesal. Instituto Nacional e Internacional de Posgrados de la Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. D.C. Colombia.

**Abogado, asesor y consultor jurídico. Contacto: u300742@unimilitar.edu.co

Tabla de contenido

La diferenciación en la valoración probatoria frente a delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: en Colombia	2
Resumen	2
Introducción	4
Metodología	10
A. Incidencia del síndrome de alienación parental en el procedimiento penal colombiano.	11
B. Prevalencia de los derechos de la menor víctima de abuso sexual	19
C. Responsabilidad de los operadores jurídicos en la valoración del caso	37
Conclusiones	42
Referencias.....	45

Introducción

A partir del contenido de la Sentencia emitida por la Corte Suprema de justicia³ (CSJ), en la que se terminó absolviendo de responsabilidad penal a una persona condenada por el delito de abuso sexual en un menor de edad. Esta corporación adujo para la decisión de exoneración que, los síntomas del síndrome de alienación parental (SAP) influenciaron al menor de edad para emitir declaraciones hacía uno de los progenitores por celos y venganza. Por otra parte, el fallo judicial emitido conllevaría a la vulneración del principio de prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes, víctimas de dichas conductas delictivas, que opera en concordancia con la Norma Superior⁴, que permite anteponer los derechos de los menores respecto de los asociados mayores.

Aunado a lo anterior, en el bloque de constitucionalidad se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños⁵ por la cual, se determina el principio que establece el interés superior de los menores en la sociedad, significa que, ante la postura que se deba adoptar al caso concreto cuando involucre el interés superior del niño (a), se deberá ponderar los derechos estos como víctimas de abuso sexual.

Por otra parte, conlleva a indagar si el SAP desconoce el interés superior de las víctimas⁶ teniendo en cuenta, que esta conducta penal por sus características en la realización del hecho punible, que en algunos casos, sólo se dan tocamientos que podrían no dejar señales de su realización. Por otro lado, puede darse que, en el momento la vulnerabilidad de la víctima, cuando este se encuentra sola (o), sin que existan testigos del hecho, da como resultado, que en estos eventos solamente se

³Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 35668/2011 (MP: José Luis Barceló Camacho), 1 de mayo.

⁴Constitución Política de Colombia. [Const] Artículo 93, 94, 214 y 224. Julio 7 1991 (Colombia).

⁵Ley 12/1991. Por medio de la cual se aprueba la convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. 22 de enero.

⁶Ley 599/200. Por el cual se expide el Código Penal. 24 de julio. Diario Oficial No. 44.097. Una vez se presentan hechos que atenta contra el bien jurídicamente tutelado. Es decir, delitos contra la libertad, Integridad y formación sexuales. (i) de la violación. Art 205, C.P (ii) de los actos sexuales abusivos. Art 208. C.P (iii) del proxenetismo. Art 213. C.P.

cuenta con la manifestación del abusado, lo que hace aún más riesgoso el fundamento factico que se implante como anomalía en las decisiones el síndrome aquí enunciado.

También, al presentarse este síndrome en los niños, niñas y adolescentes, no solamente se pone en riesgo la prevalencia del interés superior del menor, sino también, influencia la vulneración del principio de imparcialidad. En este sentido, la neutralidad por parte del juzgador se encuentra contemplada entre las garantías procesales, este principio rector consiste en que, la autoridad judicial al analizar el hecho en concreto debe estar libre de prejuicios o posiciones preconcebidas porque conlleva a distorsionar la realidad de lo ocurrido y el control que debe contener el estudio del caso.

Por consiguiente, el desinterés en cuanto al objeto del proceso se encuentra garantizado desde la misma Constitución Política de Colombia y por ello es recogido en las normas que conforman el bloque de constitucional, debido a la finalidad que tiene, esto es, desarrollar el procedimiento penal con base en el debido proceso, sin una decisión judicial ya preestablecida.

De esta manera, establecer si el síndrome de alienación parental vulnera el principio de prevalencia de los derechos de los menores de edad que establece la Norma Superior, conllevará establecer parámetros de legalidad, que permitan asegurar que el síndrome no está siendo utilizado por los victimarios del delito enunciado, como el medio de defensa para eludir la responsabilidad de la conducta penal.

De tal manera, permitiendo imponer condiciones superiores tendientes a proteger a la persona menor de edad víctima, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias que pueden presentarse: por haber sufrido la lesión del bien jurídico (libertad, integridad y formación sexual o como elementos maleables para imponerle el síndrome señalado y evadir la responsabilidad penal). En efecto, se ha tomado los pronunciamientos de la CSJ, donde se toma como fundamento para absolver al acusado del delito de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes, el síndrome de

alienación parental, en tanto es considerado, como instrumento de vulneración de la prevalencia de los derechos de los menores cuando la decisión judicial se encuentra fundamentado en la deposición de un menor de edad, pero este se encuentra alienado a los intereses de un tercero.

De hecho, al hacer un recorrido de algunas de las decisiones adoptas por el alto despacho judicial, se ha podido observar que en determinadas ocasiones, para la toma de decisiones se han adoptados métodos de análisis del testimonio del menor aparentemente víctima, los cuales no cuentan con el respaldo técnico y científico que garanticen la fiabilidad del método adoptado, lo que en consecuencia puede conllevar a que se estén emitiendo fallos fundamentados en prejuicios particulares o conceptos previamente concebidos, lo que resultaría altamente peligroso para la seguridad jurídica y la recta administración de justicia.

Por otro lado, los fallos judiciales evidencian la necesidad de establecer, si los pronunciamientos jurisprudenciales condenatorias emitidas hacia los diferentes acusados de abuso sexual en niñas o niños, fue producto del análisis correcto del material probatorio allegado al proceso o si por el contrario, se emitieron las decisiones basados en observaciones extraños al derecho, en los que se hubiera podido dejar influenciar el juez de conocimiento, dando como resultado, la violación de principios fundamentales, como por ejemplo: la presunción de inocencia, el in dubio pro reo y el principio de imparcialidad, al que deben estar sometidos los jueces en sus funciones, con el fin de, impedir determinaciones que afecten a las partes sometidas al sistema de enjuiciamiento punitivo.

La experiencia indica la necesidad de explorar si en la valoración de los testimonios de los menores de edad víctimas del delito que fue planteado, se ha cumplido con el deber de actuar con imparcialidad en busca de alcanzar el ideal propuesto por la norma procedimental penal, atinente a la objetividad, verdad y justicia.

De allí que, en la normatividad⁷ se disponen lineamientos necesarios para que el menor víctima del delito sea escuchado respecto del hecho criminal al que fue sometido, por lo tanto, si el testimonio del menor no cumple con la rigidez que demanda la normatividad vigente, se incurre en la re-victimización del menor de edad.

En este sentido, busca el aprovechamiento de la ineficiencia de la prueba por la carencia de los elementos que consagran su validez o por el contrario las autoridades se vean avocadas a desestimar las manifestaciones de los menores ante la carencia de los elementos que soportan la legalidad del testimonio, por lo que, se desatienden las normas rectoras que guían el proceso penal. De tal manera, conlleva a sacar provecho del error y trae como consecuencia que, las decisiones judiciales permitan demostrar la existencia de una línea supremamente delgada entre el riesgo a las menores víctimas del suscrito delito y los que pueden ser manipulados tanto para acusar sin que se presentara la ocurrencia del hecho, es decir, alinear los intereses con los del progenitor, para que niegue la ocurrencia del hecho punible.

Resulta prudente advertir que, la probable vulneración al principio de imparcialidad no solamente podría afectar la Norma superior, sino que de igual manera, afecta el contenido del procedimiento penal (conocimiento para condenar)⁸ que permitan establecer el conocimiento más allá de toda duda razonable. Así pues, podría verse vulnerada si no atienden los criterios que permitan poner en conocimiento procedimiento penal el testimonio del menor de edad como posible víctima del delito, lo que permite inferir la necesidad de explorar si el ordenamiento legal cuenta con las herramientas necesarias para que los jueces encargados de dirimir el conflicto entre los asociados, puedan tomar decisiones respecto de delitos como los que aquí expuestos, con el fin de garantizar la prevalencia de los derechos de los menores de edad, lo que

⁷Ley 1652/2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas, y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. 12 de julio. Diario Oficial No. 48.849.

⁸L.906/2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 31 de agosto. Diario oficial No. 45.658 “para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

sin duda será una tarea enriquecedora que sirva de elemento de consulta en el ejercicio del derecho.

En lo que tiene que ver con el principio de prevalencia de los derechos de los menores, la Corte Constitucional⁹, analizó el fallo de la instancias judiciales que conocieron de una denuncia por el delito de actos sexuales en menor de edad, el alto tribunal estudió los defectos en que incurrió la instancia penal que presidió el tema y que propició la tutela, considerando para su determinación el contenido del art (13)¹⁰ de la Constitución Política de Colombia, en cuanto a la protección especial que el Estado, la sociedad y la familia, tienen que dar a dichas víctimas ante la debilidad en que pueden estar.

Así mismo, esta corporación, ya se había referido al interés superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes¹¹ indicó al respecto que, la ponderación de las circunstancias fácticas que rodearon al menor involucrado, pretenden que la decisión adoptada apunta a satisfacer el interés superior de la víctima. Por otro lado, se ha llegado a establecer que, no es posible admitir la re-victimización del menor inmerso en el hecho, cuando al no hacer una valoración adecuada del testimonio se genera discriminación en su calidad de víctima y no se tiene en cuenta la situación de indefensión.

Al respecto, la sana crítica no está dada para que el juez de manera ligera realice valoración con total desprecio del restante material probatorio. En relación con la sana crítica, en las sentencias se indica que incluso, los dictámenes estaban encaminados a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, debía ser sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial. Esta

⁹Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-923/2013 (MP: Alberto Rojas Ríos) 6 de diciembre.

¹⁰Constitución Política de Colombia. [Const]. Julio 7 1991 (Colombia). Artículo 13 "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

¹¹Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-397/2004 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) 29 de abril.

corporación¹² señala que, la prueba es legal y oportunamente presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad)¹³.

Desde luego, si el reparo se dirige a establecer el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe verificar de manera objetiva lo que quiere transmitir el medio que infirió en el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado. También, cuál es el método científico más objetivo, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración.

Igualmente en el procesos¹⁴ se ha mencionado que el tema de la apreciación probatoria para evitar que el Juzgador incurra en falso raciocinio, estipula que, debe estar apegado a los parámetros de la lógica (raciocinio), de los postulados de las ciencias (otras ciencias) o de las reglas de la experiencia (sentido común), no podría decirse que en la nueva legislación procesal penal la sana crítica como método de valoración probatoria, fue del todo desplazado por un supuesto nuevo método, denominado técnico jurídico, respectivamente se ha sostenido que es necesario hacer referencia a falencias de la investigación, las cuales, evidentemente no podían suplirse, a pretexto de la sana crítica, con meras inferencias personales para afirmar como probado lo que debió ser objeto de la pesquisa.

En consecuencia, de lo anteriormente señalado y en consideración al desarrollo investigativo, la pregunta como eje central del trabajo será ¿Cuál es la incidencia del

¹²Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 34131/2014 (MP: José Leónidas Bustos Martínez), 2 de julio y Radicado No. 34703/2011 (MP: Augusto J. Ibáñez Guzmán), 14 de diciembre.

¹³Respecto a los falsos juicios que se pueden presentar, se evidencian de la siguiente manera: (i) falso juicio de identidad por cercenamiento: se presenta cuando el operador jurídico, al tomar el contenido de un elemento probatorio le quita apartados trascendentales de su texto; (ii) falso juicio de identidad por adición: al adicionar fundamentos facticos que no se encuentran en la literalidad y (iii) falso juicio de identidad por tergiversación: transforma o cambia el sentido fidedigno de su expresión material, desatinos con los que le hace decir a la prueba lo que en realidad no afirma, por ejemplo: (x) vio que mato a (b), cuando en realidad, (x) no vio que mato a (b). Por otra parte, para probar el yerro en que ha incurrido el juzgador basta con una comparación veraz e imparcial entre el texto o tenor del medio de prueba y la síntesis que de su contenido postuló el juzgador, en aras de evidenciar alguno de los dislates singularizados (adición, supresión o distorsión).

¹⁴Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 24468/2006 (MP: Edgar Lombana Trujillo), 1 de marzo y Radicado No. 47420/2016 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero), 1 de noviembre.

SAP en la deposición de los niños, niñas y adolescentes y el rol del principio de imparcialidad junto a la prevalencia de los derechos del menor en el procedimiento penal? A partir de este problema el trabajo se estructura de la siguiente manera: (i) la incidencia del síndrome de alienación parental en el procedimiento penal colombiano; (ii) la prevalencia de los derechos de la menor víctima de abuso sexual y (iii) la responsabilidad de los operadores jurídicos en la valoración del caso. Finalmente se llegarán a conclusiones sólidas, debido al desarrollo de un marco teórico meticuloso, permitiendo de esta manera reafirmar las reflexiones al final del documento, como producto de una investigación exhaustiva, ética y responsable.

Metodología

La investigación está orientada bajo el análisis de diferentes fuentes bibliográficas, electrónicas y jurisprudenciales. En ese sentido, el trabajo de investigación se ha desarrollado con base al tipo de investigación documental, debido a la consulta de documentos, revistas, libros y fallos judiciales para comprender la incidencia del SAP en el procedimiento penal. Por otra parte, la metodología deductiva, busca llegar a una visión global aproximativa en relación a los diferentes casos en que se es valorado el síndrome en el sistema de enjuiciamiento acusatorio. De esta manera, se parte de este método, dado que, el tema que se desarrolla ha tenido un tratamiento doctrinal mínimo, así mismo, la formulación de una hipótesis precisa y concreta supone una investigación exhaustiva.

Además, el trabajo se desenvuelve desde un enfoque cualitativo, debido a que, la recolección y análisis de la información brinda mayores oportunidades para comprender “la diferenciación en la valoración probatoria frente a delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: en Colombia”. Desde esta óptica, se ofrece desarrollar diferentes enfoques antes y después de la recolección de fallos judiciales y doctrinales, con su respectivo análisis, permitiendo emitir una conclusión provisional acerca del tema. En ese sentido, la investigación se desenvuelve de manera dinámica, es decir, proporciona diferentes puntos hermenéuticos y diversos hechos que ayudan a

comprender las dificultades que se han venido presentado en el sistema de enjuiciamiento acusatorio.

A. Incidencia del síndrome de alienación parental en el procedimiento penal colombiano.

Para comenzar, el proceso penal permite someter los delitos o derechos de los asociados en sujeción a la justa e imparcial administración de justicia, es decir, a través del ejercicio del derecho de acción¹⁵ que se materializa en la denuncia, se busca acceder y poner en funcionamiento el procedimiento penal suministrado por el Estado, con el fin, de establecer la responsabilidad del hecho punible mediante un pronunciamiento jurisprudencial condenatorio¹⁶ (Suarez, 2014). En ese sentido, cuando se somete al acusado en el sistema de enjuiciamiento punitivo para determinar si su conducta conllevó a vulnerar el bien jurídico¹⁷ del menor de edad y de ser así, imponer sanción debido al crimen que cometió. Se es necesario, estudiar la patología SAP y su incidencia sobre los fundamentos facticos esgrimidos por el niño, niña o adolescente, debido a que, este síndrome es proclive a proporcionar la impunidad del delito (Baratta, 2004).

Por otro lado, el SAP es entendido como la alteración en la parte cognitiva del menor, causando la censura y desaprobación en uno de los padres (Gardner R. , 2002). A saber, el progenitor alienante (aceptado) busca a través del niño, niña o adolescente

¹⁵El derecho de acción es ejercitado por el Estado (sin perjuicio de la víctima) o por la víctima. Este tiene por objeto proteger los bienes jurídicos de los asociados, es decir, es por medio de la acción penal que se pone en movimiento el sistema de enjuiciamiento acusatorio, para establecer la responsabilidad o no responsabilidad del crimen al procesado. En otras palabras, es la intervención del juez con ayuda del derecho penal adjetivo y sustantivo, con el fin de, proteger los bienes jurídicos de las personas tuteladas por el Estado, por tanto, está prohibido al asociado hacer justicia por propia mano. Es así que, el poder que recae en el Estado dentro de su función jurisdiccional es emitir un fallo judicial donde se condene o absuelva al procesado. Así mismo, es la facultad que tiene el operador jurídico de juzgar y hacer efectiva la ejecución de la sentencia dictada. En consecuencia, la acción en materia punitiva se propicia por un delito que supone la imposición de un castigo al sujeto que cumplió el postulado implícito en la norma penal (Rojas Gómez, M. E, 2013).

¹⁶Es la consecuencia jurídica materializada en una sentencia que es emitida por la singularidad o pluralidad de jueces, con el propósito de, establecer una sanción por el crimen cometido y cerrar definitivamente la afectación hacia la víctima. Dicho de otro modo, la sentencia definitiva puede dar por terminado el proceso, cuando absuelve o condena al causado, imponiéndole en este último evento la sanción correspondiente (Roxin, Córdoba, Pastor, & Maier, 2003). Ahora bien, mediante la impugnación del fallo judicial, permite que sea evaluada nuevamente la decisión emitida por el juez, antes de dar por terminada la función jurisdiccional. Dado que, cualquier providencia judicial como toda obra del ser humano es susceptible de errores, máxime, si se tienen en cuenta la incidencia del SAP en el testimonio del menor.

¹⁷Ley 599/2000. Por el cual se expide el Código Penal. 24 de julio. Diario Oficial No. 44.097.

tergiversar, los sentimientos o pensamientos de este, dando como resultado, la destrucción o entorpecimiento de los vínculos de este hacia el otro progenitor¹⁸. De allí que, se conozca el SAP como la alteración del juicio, Significa que, el progenitor alinea los intereses del menor con los suyos, de manera sistemática y consciente, con el fin de, infamar al otro progenitor (Gardner, R. A., 1985, págs. 3-7).

Es conveniente mirar que, el síndrome tiene una estructura, en el seno del núcleo familiar, la triangulación permite evidenciar el conflicto entre las dos personas, pero este puede pasar a un segundo plano, cuando el conflicto entre dos personas conlleva al quebrantamiento de la relación familiar y vinculan al menor de edad, como instrumento para desarrollar las intenciones del progenitor¹⁹ (Bowen, M, 2016). Esto es, al emplearse como herramienta la relación entre progenitor e hijo, supone someter al niño, niña o adolescente, al acogimiento de lo pronunciado por el padre, debido a la fidelidad²⁰ (Segura, C, Gil, M. J, & Sepúlveda, M. A, 2006, pp. 125-126).

De hecho, el SAP se ha evidenciado en otra arista del campo de aplicación de la ciencia del Derecho. Con frecuencia se presenta en los litigios familiares, donde el síndrome permea la argumentación de los niños para obtener la custodia de sus hijos por parte del progenitor aceptado (Bernet, von Boch-Galhau, Baker, & Morrison, 2010). Al punto que, la intervención terapéutica en los procedimientos de custodia en los tribunales de familia, dan como resultado que, el progenitor reconocido (alienante) es quien tiene la custodia y se afirme un régimen de visitas por el progenitor rechazado (alineado), tras efectuar un proceso de mediación²¹. Por otra parte la manipulación al

¹⁸Para que tenga una mayor comprensión y claridad, véase los textos (Gardner, R. A, 1987) y (Gardner, R.A, 1998)

¹⁹Véase también (Bowen, M, 2016).

²⁰De acuerdo con la Ley 906/2004. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 31 de agosto. Diario Oficial No. 45.658. Una vez se presentan conductas que atenta contra el bien jurídicamente tutelado. Es decir, delitos contra la libertad, Integridad y formación sexuales. (i) de la violación. Art 205, C.P (ii) de los actos sexuales abusivos. Art 208. C.P (iii) del proxenetismo. Art 213. C.P. al interactuar con el SAP la prevalencia de los derechos del menos, se estaría desconociendo, los procedimientos para esclarecer la verdad sobre los hechos que se estudian desde los argumentos esgrimidos por el menor, debido a que, se incoa sobre el testimonio los criterios del padre (Echeburúa, Muñoz, & Loinaz, 2011).

²¹El sistema de mediación, como medio alternativo de resolución de problemas derivados de la relación entre los progenitores, supone dirimirlos a través del enfrentamiento entre las partes. Por otra parte, conlleva la posibilidad de ejecutar la mediación con apoyo de técnicos especializados, permitiendo la comunicación y normalización de los sentimientos mediante la colaboración terapéutica y la solución del conflicto a través de diversos enfoques, evitando caer en la mala representación de los padres. Este proceso de mediación no reemplaza el aparato jurisdiccional, mientras que, contribuye a la solución del malestar sometido al proceso. Se observa entonces, que muchas veces el

que es sometido el menor de edad, puede darse por: (i) la incapacidad para aducir la ruptura de uno de los extremos de la relación; (ii) como consecuencia del detrimento de identidad familiar; (iii) sufrimiento o culpa por pérdida de los hijos, que es causado por el rompimiento, conlleva a que, uno de los progenitores tienda a vengarse; (iv) pérdida que efectúa en uno de los dos, sobre control o poder; y (v) la tendencia celosa, como asegura (Cartujo, 2002, pág. 7).

Desde este tópico, conlleva una alta exigencia en el procedimiento penal la vinculación de la actividad intelectual del operador jurídico, como consecuencia de un hecho punible que busca tergiversar el victimario. Puede presentarse la incidencia del acusado sobre la víctima, de la siguiente manera: en primer lugar, el sometimiento a estrictos cuestionamientos del carácter o estilo de vida del menor de edad, esta influencia emocional²² permite el asentimiento de los hechos y la no divulgación de los hechos, debido a la asimilación sentimental que guarda hacía este y en consecuencia, permite la incorporación de los argumentos del victimario con el fin de rechazar la sanción penal. En segundo lugar, también es capaz de ejecutar comportamientos sobre la víctima como: la aprensión, incertidumbre, culpa, intimidación o amenazas sobre el menor de edad, apoderándose de los argumentos del delito cometido por el victimario, a fin de disuadir la responsabilidad (Cuéllar & Lynett, 2013, pág. 243).

Por otra parte, el sistema de enjuiciamiento criminal se instaura como reproche y castigo de las conductas punibles cometidas por los asociados. Por lo tanto, se ha desarrollado con una mayor afluencia en los últimos años, nuevos métodos que permiten llegar a una conclusión de culpabilidad. Es así que, el proceso penal dispone de instrumentos técnicos y científicos con el fin de: esclarecer los hechos delictivos más allá de toda duda razonable, la declaración como culpable del acusado, si es el caso, mediante sentencia y, asegurar el castigo junto con la reparación de los daños de la víctima. Ahora bien, con el fin de garantizar el interés superior del niño (prevalencia

progenitor rechazado, estima que ya no está en su campo de acción dar solución al problema, por el contrario, la prerrogativa la tiene quien está compartiendo con el menor. Debido a que este alinea sus pensamientos y argumentos con los del padre aceptado.

²²Por temas de espacio y precisión sobre el Derecho Procesal Penal, otro que desarrolla con mayor afluencia el tema es (Escudero, Aguilar, & Cruz, J, 2008) sobre la terapia de amenaza.

de los derechos del menor) y los derechos del acusado (presunción de inocencia) hasta que no se haya demostrado lo contrario mediante elementos materiales probatorios EMP, la herramienta que se acoge para desarrollar la valoración exhaustiva del testimonio del menor en aras de esclarecer la verdad y determinar si el procesado es inocente o victimario conforme al derecho penal, se conoce como cámara de Gesell²³ (Baumann, 2018, págs. 37-81).

La Cámara Gesell es empleada en los procesos de investigación penal sobre los delitos de tipo sexual. Dado que, las entrevistas, interrogatorios o contrainterrogatorios aplicadas al menor de edad, deben desarrollarlas especialistas del comportamiento humano (psicólogos), que deberán evaluarlo en un escenario, propicio para la niña, niño o adolescente. Es decir, que genere familiaridad para que él o ella, pueda de manera natural y espontánea expresarse sin que se tienda re-victimizar²⁴ (Muñoz, J. M, 2013, pág. 63).

Lo que conlleva a que se represente nuevamente, como la víctima soportó un conjunto de conmociones, sentimientos y pensamientos, que iniciaron desde el dolor físico hasta el aturdimiento. Por otra parte, a menudo ocurre sobre el menor de edad la dificultad de acordarse sobre las características del evento sufrido y varias veces pretende convencerse que no ocurrieron aquellos acaecimientos. De allí que, al aducir el desconocimiento por un periodo largo, conlleva a la afectación psicológica con consecuencias nefastas (Herrera, E. C. U, 2015, pág. 61).

A todo esto, se explica el concepto de daño psíquico y daño moral. El primero comprueba las consecuencias psicológicas originadas por el delito, siendo un concepto

²³La Cámara de Gesell, denominada de esta manera por su creador estadounidense Arnold Gesell, es una cámara condicionada esencialmente para tomar la declaración de personas que han sido víctimas de delitos sexuales, esta se compone por dos habitaciones divididas por un vidrio especial que permite visualizar desde el otra sala contigua el desarrollo del proceso, sin ser observado (García, E. S, 2012). Además, cuenta con la intervención de una psicóloga (o) especializada en entrevistas en procesos judiciales.

²⁴La re-victimización trae consigo impactos psicológicos en el niño, niña o adolescente, debido a que, nuevamente los hechos traumáticos generados por la vulneración de la dignidad y la formación sexuales. Supone nuevamente que la víctima enfrentar el escenario de ser reconocida como víctima y reclamar la aplicación de las garantías sustanciales para que se haga responsable el acusado por producir un resultado típico. En efecto, el adolescente, niña o niño, cuando ha sido víctima se generan cambios en la personalidad, la relación familiar o amistosa y la carencia de empatía y comunicación, por la lesión de sus bienes jurídicos.

con base práctica, ponderable y objetivo. Por tanto, constituye el objeto de la intervención de expertos en asuntos del comportamiento humano. El segundo, se refiere al sufrimiento del niño, niña o adolescente proporcionado por la afectación en la parte subjetiva del menor de edad, por lo tanto, desde el punto de vista psicológico lo refiere a un concepto impreciso, no irrefutable y sin parámetro experimental. De ahí que, la necesidad de un análisis por parte del juzgador (Muñoz, y otros, 2011, págs. 4-11).

Al respecto, la cámara de Gesell permite sustraer la deposición del menor de edad respecto al hecho punible, de esta manera, permiten al juez llevar a cabo una actividad analítica con base en los argumentos expuestos por el menor de edad (Baytelman, A & Duce, M, 2004, pág. 113). De esta manera, la actividad intelectual desarrollada por el juzgador debe ser meticulosa, dado que, los hechos deben tener un nexo de causalidad con el testimonio, de esta manera podrá emitir un fallo judicial atendiendo los parámetros de la lógica, la científica y el máximo de experiencia. Sin embargo, es una tarea difícil, porque no se puede establecer prima facie la incidencia del SAP sobre la deposición del testigo.

En lo que tiene que ver con la valoración de los elementos probatorios se hará de manera racional, en principio, como una forma de libre apreciación. Sin embargo, se encuentra supeditada la evaluación de pruebas a las reglas de la lógica, la ciencia y la máxima de experiencia, inclusive en asuntos concretos, este análisis está discriminado por el marco jurídico o la jurisprudencia. Esto permite, que el juzgador no actúe de manera elevada desde el punto subjetivo, siendo discrecional al momento de evaluar los contenidos probatorios. En ese sentido, el procedimiento penal ha tratado de prever este escenario y encerrarlo en las reglas de la sana crítica²⁵ (Goldschmidt & Quiroga J, 2015, págs. 167-195).

²⁵Establecer que las reglas son el sentido explícito de los parámetros de la máxima de experiencia que se han establecido como una garantía en el sistema penal. Por otra parte, el objeto se fundamenta en la claridad y conducción de la racionalidad, para establecer si los medios probatorios presentados no vulneran el principio de presunción de inocencia. En otras palabras, el juez debe ceñirse a las reglas de la sana crítica para hacer el análisis racional exhaustivo de las pruebas (Accatino, D, 2011, págs. 491-507).

A propósito, la sana crítica significa la libertad para apreciar las pruebas, pero está supeditado a los siguientes principios: (i) la regla de la lógica, es aquella que contiene las leyes de la raciocinio o el sentido común y atiende los siguientes principios: “principio de identidad”, cuando un argumento el concepto-sujeto es semejante parcial o completamente al concepto-predicado, el argumento es verdadero; “principio de contradicción”, cuando se afirma y se niega al mismo tiempo la existencia de un hecho, calidad de una cosa, aplicación de una norma, entre otras. “El principio del tercero excluido”, esto es, de dos juicios que se niegan, uno de los dos es verdadero, por ejemplo: se dice que el testigo es idóneo para la acreditación de los hechos y posteriormente, resulta que no lo es, “principio de razón suficiente”, es decir, cuando se conocen suficientes argumentos en virtud de las cuales se dicha premisa se toma por cierta y el “principio de verificabilidad” permite verificar si el juicio emitido sobre las pruebas están suficientemente fundadas; (ii) la regla de la máxima de experiencia, está compuesta por la variedad de conclusiones sustraídas de las percepciones individuales que pertenecen a los campos del conocimiento humano y (iii) la reglas del conocimiento científico, en algunas ocasiones para que el juez tenga certeza de las pruebas, es necesario recurrir a la ciencia (psicólogo interroga a niño en la cámara de Gesell), es decir, al conocimiento que se forma por fuera del campo del Derecho cuya aceptabilidad resulte segura.

Por consiguiente, el sistema de enjuiciamiento acusatorio contiene las pautas al momento de verificar el cumulo de pruebas, debido a los medios de conocimiento materiales probatorios que carecen de fiabilidad. Por lo tanto, se entiende la necesidad de la prueba para el esclarecimiento objetivo de los hechos que se presentan en el proceso, así mismo, la libertad para probar como bien tenga en gana la parte que acusa debe cumplir los presupuestos implícitos en la norma con el fin de garantizar un debido proceso (Fenoll, J. N, 2016, págs. 6-18).

A pesar de presentarse los elementos probatorios para determinar los hechos, esto, ha conllevado a tensionar la presunción de inocencia cuando las pruebas no comportan el nexo causal con el hecho. Por otro lado, no solo el juez debe atender las

reglas de la sana crítica, si no también, los expertos deben atender dichos lineamientos para tener la certeza de los hechos de manera objetiva. En este sentido, a pesar de ser la presunción de inocencia como garantía del debido proceso²⁶ permiten puntos frágiles haciéndolo vulnerable. En consecuencia, conllevarían a la convicción errada del operador jurídico teniendo presente solamente el testimonio del niño tomado de la cámara de Gesell (Aristizabal D, Jaramillo, Gallego, & Vargas V, 2017, págs. 72-90).

Análogamente, el menor de edad que ha sufrido abuso sexual, supone que su deposición puede ser plena y equivalente con el testimonio de una persona ajena al hecho delictivo. Por esta razón, se está en una posición de aparente imparcialidad respecto al delito presentado. Sin embargo, el hecho padecido por el menor de edad ha ocasionado perjuicios cognitivos nefastos que han nublado su juicio, sin mencionar que las pretensiones del acusado han doblegado la voluntad del niño, niña o adolescente, de tal manera que, las manifestaciones sobre el evento están direccionadas por el padre alienante, con menor o mayor intensidad hacía el acusado (Baytelman & Duce, 2007, págs. 273-310).

Las declaraciones de las víctimas de los delitos sexuales, puede llegar a ser considerada como verdaderas deposiciones, con fundamentos para desvirtuar la presunción de inocencia, cuando se cumplen los criterios o pautas de la lógica, la ciencia y la máxima de experiencia. Ahora bien, estos criterios son las herramientas que por obligación la mayoría de veces debe emplear en los diferentes escenarios probatorios el juzgador, pero no supone que estas pautas las atienda los profesionales del comportamiento humano, debido a que no son propias de sus funciones profesionales (Manzanero & Muñoz, 2011, págs. 3-10).

Desde esta óptica, al valorar la parte mental del menor de edad, puede que el especialista, opte por emplear el método que a bien tenga para sentirse cómodo²⁷,

²⁶Véase (Cuéllar & Lynett, 2013).

²⁷El campo de la valoración del comportamiento humano, ha llevado al desarrollo de corrientes psicológicas como un modo investigativo sobre los delitos. Inclusive, hay una variedad de presupuestos teóricos que permiten abordar la actividad mental de las personas, como por ejemplo: (i) el Estructuralismo, permite descubrir los elementos fundamentales de la consciencia y el modo en el que interactúan entre ellos para desarrollar la actividad mental; (ii)

desconociendo que no toda persona responde de manera positiva a esa corriente psicológica que ejecuta. En efecto, lo que se quiere dar a entender, es la carencia de reglas que permitan la objetividad del análisis de la deposición (Quenza, C. J. P, 2010, págs. 165-174).

De ahí que, el testigo (menor de edad) llamado a declarar el hecho punible, se sospeche que la deposición presentada no comporte la transparencia e imparcialidad, como aquella persona que ha evidenciado el delito desde otra óptica y no haya sufrido ninguna afectación en razón del mismo (Quijano J. , 1992, pág. 283). Como se ha demostrado en el desarrollo del eje temático, al engendrarse el SAP en el testimonio del niño, niña o adolescente. Se está sometiendo la convicción del operador jurídico sobre fundamentos facticos proporcionados por el estudio del que se llevó a cabo en la cámara de Gesell con los profesionales del comportamiento humano, esto abre la puerta a que el pronunciamiento jurisprudencial este basado sobre los métodos utilizados para valorar la deposición del testigo.

Ahora bien, no solo basta la deposición del niño, niña o adolescente, considerando que las aptitudes y pensamientos del menor de edad están sometidos por el victimario. Las propiedades del testimonio y los datos suministrados por el mismo, atienden el criterio del SAP y la relación sujeto-objeto, es decir, el niño es utilizado como instrumento para la impunidad del delito, porque, la formación del testimonio esta provista de las pretensiones del acusado. Des de esta óptica, el juez no tiene varios métodos para valorar la prueba, a diferencia de los métodos que se ejecutan en la cámara con el niño, niña o adolescente (Summit, R. C, 1983, págs. 182-190).

el Funcionalismo, como otra corriente, aduce el estudio de las funciones psicológicas que se llevan a cabo en la parte cognitiva del ser humano; (iii) el Psicoanálisis y Psicodinámica, se basa en movimientos, pensamientos y emociones; (iv) el objeto del Conductismo, se centra en la conducta humana; (v) la corriente del Gestalt, corresponde a los procesos psicológicos relacionados con la percepción y la solución ante problemas presentados en las personas; (vi) por su parte el Humanismo, estudia la forma en que se vincula la psicología con la ética y el concepto humano y (vii) el Cognitivismismo supone el estudio a la actividad mental desde las creencias, emociones y toma de decisiones entre otros. Esto con el ánimo de dar a entender la variedad de criterios que permiten valorar el testimonio del menor. Véase (Leahey, T. H, 2005).

En consecuencia, el análisis exhaustivo por parte del operador jurídico que atiende los parámetros de la sana crítica y no otros, esto es, la lógica, la ciencia y la máxima de experiencia, en aras, de ponderar la credibilidad que merece el testigo, así como la credibilidad del objeto del testimonio. De hecho, los criterios de la actividad intelectual del juez son pautas para desarrollar la adecuada crítica del testimonio del menor de edad, y determinar si es apta o no para considerarse como elemento probatorio (Puig, Martín, & Ivañez, 2006, págs. 492-520).

A pesar de todo, no conllevaría a la correcta imposición de la sanción penal, si la deposición esta desprovista de objetividad por los métodos empleados que estudian la conducta humana a la hora de evaluar y detectar la incidencia del SAP en el testimonio. A pesar de ser el único elemento que nos encamine a la luz en este oscuro proceso y permita esclarecer lo sucedido, se es necesario desarrollar un método que sea objetivo a la hora de estudiar el testimonio del menor, debido a que, el examen realizado en la cámara auxilia el conocimiento del juez (Puig, Martín, & Ivañez, 2006, págs. 568-602).

Por consiguiente, se busca la representación del hecho, pero debe tenerse en cuenta que el testimonio no puede establecer concretamente como verdad o falsedad los hechos, ya que, las reglas de la sana crítica (la máxima de experiencia, la ciencia y la lógica) ostentan en el juzgador y no en los especialistas que analizan la conducta del ser, porque, aquellos criterios o métodos se ajustan a los principios de su profesión o ciencia que ejecutan. En este sentido, desvirtuar el principio de presunción de inocencia o dar la garantía y protección de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescentes no es fácil, debido a que se requiere de un mayor avance en la ciencia del derecho (Baytelman, A & Duce, M, 2004, págs. 123-154).

B. Prevalencia de los derechos de la menor víctima de abuso sexual

Someter al derecho penal los delitos que ocurren en el seno de la colectividad humana ha sido necesario para regular los comportamientos criminales, más aún, cuando el interés del menor subsiste como un valor jurídico con una alta ponderación

en la sociedad. Los asociados toman los derechos de la niñez²⁸ como la prevalencia de las garantías de los demás, ubicándolo como sujeto de especial protección a favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de garantizar y proteger la ejecución plena de sus derechos²⁹. Tanto así, que se le es exigible a cualquier autoridad el cumplimiento de aquellas obligaciones y sancionar a quien no las satisface (Delval, J., 1994, págs. 15-23).

La influencia de los organismos internacionales, ha conllevado al gran desarrollo de las medidas para proteger en las etapas del procedimiento penal los intereses y derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes. Por otra parte, se ha reconocido la vulnerabilidad de los derechos de los menores de edad, por lo que, ha sido necesario implementar en el sistema de enjuiciamiento penal que se reconozcan: sus necesidades para declarar como testigo; el acceso para exponer sus diferencias, propósitos u opiniones en donde se vea comprometido sus intereses personales, en las etapas del sistema de enjuiciamiento acusatorio; asistir al menor de edad en el transcurso del proceso y proteger la intimidad e identidad de los niños, niñas y adolescentes (Muñoz, L. G, 2006, págs. 36-45).

Significa que, la relevancia que tiene el menor de edad dentro del proceso penal³⁰ en desarrollo de las corrientes internacionales como se ha explicado, se sustrae e implementa en el marco jurídico dentro de las proposiciones del Estado Social de Derecho y la Constitución de 1991³¹. Ha resaltado el esclarecimiento de los hechos para que se haga de manera imparcial justicia, se sancione a quien haya cometido el delito prestablecido en la ley y se garantice la no repetición. Ahora bien, se

²⁸Constitución Política de Colombia. [Const] Artículo 44. Julio 7 1991 (Colombia).

²⁹El desarrollo del interés del menor ha sido de una tendencia trascendental, dado que, Tratados como la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra las garantías a la igualdad, la dignidad y la vida, siendo importante lo concerniente al acceso a la administración de justicia, tanto para los adultos como para los menores de edad, es así que, el menor de edad tiene el derecho a un recurso efectivo que los proteja; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se habían realizado los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad, y que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, obliga a los Estados partes a respetar y a garantizar, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado.

³⁰Se evidencia el interés por los organismos internacionales cuando la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 40/34 de noviembre 29 de 1985, sobre "Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder".

³¹Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-078/2010 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva) 11 de febrero.

establece las diferentes garantías para la prevalencia de los derechos de los menores de edad y la imperiosa obligación de seguir adoptando medidas para proteger a los niños, niñas y adolescentes en todos los escenarios cuando sean victimizados (Larraguibel, González, Martínez, & Valenzuela, 2000, págs. 185-190).

Por otra parte, el uso de las declaraciones extrajudiciales, genera restricciones al derecho de defensa, precisamente porque la parte contra la que se acusa no puede ejercer a plenitud el derecho a interrogar el testigo. En principio, se entiende que solamente será prueba la producida en juicio oral de forma pública y en sujeción a la contradicción y confrontación.

Ahora bien, esta proposición jurídica no opera de manera absoluta, porque, es admisible la prueba de referencia (tomar la deposición del niño en la cámara de Gesell, debido a que: es menor de edad y se le ha vulnerado el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales)³². En este sentido, a pesar de obtener el testimonio del menor por los métodos de los especialistas de la conducta humana, la víctima está sometida al interés del padre alienado para que, la conducta quede impune, haciendo compleja la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Como se ha mencionado, la prueba de referencia a carecido de unos estándares para valorarla de manera objetiva (Beccaria, C, 2006, págs. 173-213).

Lo anterior supone que, al momento en que admite la prueba de referencia (la deposición realizada por los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos de abuso sexual en la cámara), se estaría aduciendo el desconocimiento, de las normas procesales del sistema de enjuiciamiento, debido a que, no se establece de manera objetiva los hechos criminales, conllevando la imperiosa necesidad de seguir un camino de investigación y metodologías que, contribuya al fortalecimiento de los postulados normativos en aras de suministrar la verdad y justicia para restablecer el orden en los asociados (Foucault, 2009., págs. 138-167).

³²Ley 906/2004. Artículo 438 (admisión excepcional de la prueba de referencia). Artículo Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 31 de agosto. Diario Oficial No. 45.658.

Es así que, la Corte Constitucional³³ ha mencionado la prevalencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de esta manera, permitiendo que los menores de edad como sujetos de especial protección, deben estar amparados en la etapa en que se practican las pruebas, en sujeción a que el interés superior del menor, prevalece sobre el victimario. De allí que, los operadores jurídicos quienes se representan la idea del delito, deben actuar de manera cuidadosa al momento de valorar el testimonio del menor de edad, ya que, en la valoración del discurso del menor, en principio, puedo pasar la cámara de Gesell de manera transparente y clara permeada del SAP, debido a los diferentes métodos que emplearon los especialistas, con el fin de sentirse cómodos para analizar los hechos criminales que expone el niño, niña o adolescente desconociendo la objetividad (Bidasolo, 2012, págs. 50-68).

Por otro lado, el juzgador no puede abstenerse a las pretensiones constitucionales (tutela jurídica efectiva). De ahí que, se vulnere gravemente la Norma Superior y como consecuencia, la imposición de la sanción administrativa, disciplinaria o penal al funcionario judicial que la comete. Igualmente, esta corporación³⁴ en sala de casación, ha considerado que el testimonio de los menores víctimas de abuso sexual deben ser valorados de manera especial en concordancia con la prevalencia del interés superior, que se encuentra junto a los demás derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 (Accatino, D, 2011, págs. 487-502).

Al respecto, la valoración probatoria en el procedimiento penal, en lo que tiene que ver, con el análisis de los elementos incriminadores, en ese sentido, la carencia de aprobación del cumulo de elementos probatorios, así como la valoración parcial de otros elementos acusadores, tiene una indiscutible trascendencia en la deliberación de responsabilidad o no responsabilidad penal, debido a que, no se tuvieron en cuenta las excluidas en la decisión, entonces, sería distinto el sentido del fallo judicial³⁵ (bien por afectar el interés del menor y dar prevalencia a la presunción de inocencia) Por otra

³³Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1198/2008 (MP: Nilson Pinilla Pinilla), 4 de diciembre.

³⁴Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 38716/2006 (MP: José Leónidas Bustos Martínez), 29 de julio.

³⁵Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 34703/2011 (MP: Augusto J. Ibáñez Guzmán), 14 de diciembre.

parte, la CSJ³⁶ establece posiblemente por confusión conceptual y precaria técnica legislativa, la inclusión³⁷ del indicio como un medio de prueba autónomo, sin serlo en realidad. El examen provisional desde la óptica del principio de inocencia, sugiere que la prevalencia de los derechos del menor tensiona el principio in dubio pro reo, toda vez que, el testimonio del niño como se ha mencionado, este permeado de las pretensiones del padre alienante contra las del padre rechazado y este constituya la única luz para esclarecer la verdad.

En ese sentido, la actividad probatoria está conformada por: la colectividad de elementos de juicio, el análisis exhaustivo de los EMP y el fallo judicial sobre los hechos probados. En ese sentido, al momento de valorar las pruebas, la actividad intelectual del operador jurídico permite constituir la eficacia sobre su percepción de los hechos que alegan las partes, sin embargo, el juzgador debe tener en cuenta a la hora de admitir las pruebas, si cumplen con los siguientes criterios: la utilidad, conducencia y pertinencia para demostrar los hechos. De ahí que, la valoración del acervo probatorio tiene por objeto determinar la calidad en que se corrobora los hechos con los elementos materiales probatorio sometidos en el procedimiento penal para establecer la responsabilidad del delito³⁸ (Foucalt, 2009., págs. 266-310).

Con relación a la importancia de la etapa probatoria debe decirse que es sumamente cautelosa, porque a partir de allí, es donde se presenta la tensión de los derechos fundamentales de las partes (prevalencia de los derechos del menor y la presunción de inocencia si es el caso) en el sistema de enjuiciamiento acusatorio. Es decir, la valoración de las pruebas aportadas al proceso permite emitir un juicio por parte del juzgador acerca de la aceptación o rechazo de los elementos incriminadores, significa que, el examen de los hechos para establecer si cumple el nexo de causalidad con la prueba, es complejo, porque una vez la prueba permeada del SAP transcurre por

³⁶Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 34131/2014 (MP: José Leónidas Bustos Martínez), 2 de julio. Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 24468/2006 (MP: Edgar Lombana Trujillo), 3 de junio. Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 47420/2016 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero), 1 noviembre.

³⁷Ley 906/2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 26 de diciembre. Diario oficial No. 45.658

³⁸Véase (Chiavario, 2005) y (Morales, R. R, 2011).

los métodos empleados por el especialista y no se identifica aquella anomalía, conlleva a vulnerar los derechos de la víctima, ya que, es doblegada su voluntad por un tercero (Beltrán, J. F, 2003, págs. 28-30).

La operación cognitiva que ejecuta el juez al valorar el cumulo de pruebas presenta dos escenarios: en primer lugar, es una actividad complicada, debido a que, la autoridad judicial al examinar las pruebas, no debe desconocer que en el procedimiento penal no toma en consideración solamente un elemento de una sola naturaleza, por el contrario, en principio, es una variedad de pruebas que le permiten deducir una visión global de los fundamentos facticos probados, pero no siempre es así, por lo que se ha mencionado el juez a veces solo cuenta con el testimonio del menor, imagínese entonces, la dificultad que hay para establecer la claridad de los hechos si la deposición contiene criterios de la persona alienada y en segundo lugar, el procedimiento es progresivo, bajo el entendido de una valoración de la fiabilidad del testimonio y su interpretación al practicarse, suministran los fundamentos esenciales para la convicción final que se tiene sobre la prueba, así el operador jurídico podrá emitir un relato de los hechos. Sin embargo, al ser el único medio de conocimiento, las diferentes metodologías empleadas en ocasiones no permiten identificar esa anomalía (Talavera Elguera, P, 2009, págs. 110-115).

Al respecto, la inclusión de del concepto mereció pluralidad de críticas desde la doctrina y la jurisprudencia, que no tardaron en recordar la naturaleza lógica jurídica del indicio como una operación mental, a través del cual, de un hecho probado se deduce la existencia de otro acaecimiento³⁹, guiado por los parámetros de la sana crítica⁴⁰.

³⁹Para relacionar la prueba indiciaria de una mejor manera, piense por ejemplo que, la persona menor de edad cuenta en el procedimiento que el victimario de treinta y seis años de edad le tocaba sus partes genitales, desde luego, el juzgador aplicando las reglas de la experiencia para determinar si aquella declaración es cierta. Posteriormente aquel acaecimiento se lo representa el juez inmediatamente. Además sucede que, el sindicado del evento punible, se le prueba una serie de cartas proponiéndole actos sexuales a otras niñas de doce años, he aquí la incidencia del elemento indiciario, el hecho demostrado no parece tener relación directamente con lo declarado por la niña, pero el razonamiento y la máxima de experiencia que utiliza el juez como herramientas para ayudar su convicción lo relaciona con el fundamento factico presentado en el proceso llegando a la conclusión que el acusado tiene propensión al erotismo con niñas (Quijano, J. P, 1999, págs. 251-268).

⁴⁰Como se ha dicho, prima facie, la sana crítica representa autonomía para evaluar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. En consecuencia, implica que en la apreciación de la prueba el juzgador consigue el convencimiento observando las reglas lógicas del pensamiento, en una sucesión razonable y estándar de correspondencia entre éstas y los eventos que son el motivo de examen. Desde luego, el criterio valorativo está basado

Para ello los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos, así mismo en la sentencia el alto tribunal manifiesta que el hecho que el fallo se haya fundado en prueba indiciaria no implica desde luego ninguna restricción o limitación en alcanzar el grado de convicción más allá de toda duda razonable, conforme lo exige la ley, dado que esta prueba se ha reconocido a plenitud dentro del sistema procesal con tendencia acusatoria que nos rige (Jakobs & Meliá, 2006, págs. 86-139).

En lo que tiene que ver con la valoración probatoria y el indicio, la CSJ41 ha indicado la manera en que procede la prueba de indicios, cuando el ataque se dirige contra la prueba indiciaria. Por lo tanto, es imprescindible que el juez identifique: (i) si inicialmente el, yerro se relaciona con la apreciación del hecho indicador; (ii) el proceso de raciocinio lógico con el fin de verificar y tener certeza si el fundamento factico cumple con el nexo causal de la prueba y (iii) los procesos de valoración conjunta de los elementos indiciarios en su convergencia y concordancia, entre esos y los demás medios de prueba. En consecuencia, si el error lo refiere a la inferencia lógica, un problema de esta naturaleza impone admitir la validez del medio que acredita el hecho (Coria D, 1991, págs. 1026-1034).

De ahí que se presente, el falso juicio de existencia es un error de hecho, esto implica que, el juzgador tiene la obligación de motivar el fallo judicial con base en los elementos incriminadores ya decretados y practicados en el proceso. Por tanto, el operador jurídico las singulariza, las relaciona, precisa su contenido o el sentido en particular, y las vincula con los enunciados facticos propuestos de acuerdo a su grado de confirmación⁴². Sin embargo, cuando el operador jurídico valora el contenido de las pruebas que se han sometido a litigio, puede que omita una de las ya implementadas al

en un procedimiento intelectual lógico, en la experiencia y en los fundamentos facticos sometidos a su decisión, y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. Como ya se mencionó, en la prueba de referencia los especialistas de la conducta humana no atienen parámetros para lograr ser objetivos e imparciales (Janoff-Bulman & Frieze, 1983, págs. 2-14).

⁴¹Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 12516/2003 (MP: Edgar Lombana Trujillo), 1 de octubre. Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 12516/2003 (MP: Edgar Lombana Trujillo), 1 de octubre.

⁴²Véase también (Marinucci & Dolcini, 2015).

proceso o por el contrario, este agregue un hecho sin formar parte de la colectividad de las pruebas, esto es, la carencia de su aprobación, práctica y admisibilidad (Maier, J. B, 1999, págs. 170-174).

Por lo tanto, el criterio *ut supra*, atiende el principio de selección probatoria, el operador jurídico tiene como prerrogativa hacer un examen exhaustivo de todos y cada uno de los elementos de persuasión que se han sometido al procedimiento penal y de todos los elementos probatorios presentados. De ser así, el fallo judicial sería prorrogable e indeterminado (Rojas Gómez, M. E, 2013, pág. 326), el juzgador debe ocuparse de aquello que razone como relevante para la sentencia, de suerte que, solo se estará en presencia de error de hecho por omisión o supresión de prueba, cuando asume con claridad el medio efectivamente desconocido siendo relevante para el pronunciamiento jurisprudencial.

En principio, los operadores jurídicos deben valorar en su totalidad los elementos probatorios que se alleguen al proceso. Sin embargo, traería como consecuencia demorar más el procedimiento penal y conllevaría de manera reiterada que los casacionistas al plantear un falso juicio de identidad, (causal que presupone una secuencia lógica) que la prueba no fue tomada en cuenta en su totalidad, es decir, que no fue ignorada por el sentenciador parcialmente o totalmente, y por ello, no fue valorada en su contenido material por su extensivo cercenamiento. El hecho de que se dificulte el análisis de la prueba y se haga una mención genérica configura el error de hecho por falso juicio de existencia, ya que en este escenario el operador jurídico no le ofrece la correspondida atención que le asigna la actividad de apreciación del caudal probatorio (Accatino, 2009, págs. 349-358).

Por otra parte, corresponde interiorizar el asunto relacionado con la necesidad de la Prueba. Se hace referencia a la CSJ43 que los errores de derecho en la apreciación de las pruebas contienen, la apreciación material del medio de

⁴³Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 34131/2014 (MP: José Leónidas Bustos Martínez), 2 de julio.

conocimiento por parte del juzgador quien lo acepta. esta anomalía se conoce como falso juicio de legalidad, debido a que, en el proceso de formación de la prueba, la regulación por ministerio de ley asegura la legalidad de la producción e incorporación de los elementos probatorios, de tal manera, hace creer al juzgador que las pruebas presentadas sin cumplir los presupuestos del sistema jurídico son legales o por el contrario, su convicción lo conlleva a omitir los elementos incriminadores cuando estos son legítimos (Beltrán & Taruffo, 2005, págs. 56-78).

A decir verdad, el yerro que suele presentarse, permea la validez jurídica de la prueba o si se quiere, la existencia del medio probatorio. Sucede entonces que, el operador jurídico al valorar la prueba, le concede validez, porque cumple con las exigencias formales de la producción sin contenerlas (aspecto positivo) en cambio, cuando el juzgador niega las pruebas presentadas cuando asegura que no reúne las formalidades (aspecto negativo)⁴⁴. En ese sentido, a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne⁴⁵ (Deu, T. A, 2011, págs. 75-103).

Así mismo, es necesario demostrar que la colectividad de jueces cometió un error al aplicar la regla de exclusión sobre dicha prueba, porque tal consecuencia sólo es merecedora de aquellos eventos donde se constata la vulneración del debido proceso, en cuanto el incumplimiento de las disposiciones que contienen el principio de legalidad en materia probatoria hubiese conllevado ineludiblemente la vulneración de los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Supone entonces, verificar la incidencia del yerro en que incurrió el operador jurídico, se debe demostrar que de haber valorado los elementos probatorios que se excluyeron injustificadamente, la parte motiva del fallo judicial sería diferente. De esta manera, el falso juicio de legalidad, no

⁴⁴Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 15402/2001 (MP: Fernando Arboleda Ripoll), 27 de febrero.

⁴⁵De ahí que, la autoridad judicial debe comparar el procedimiento que se ejecutó utilizado en el caso concreto para la aducción, esto es, decretar pruebas y práctica de las mismas, donde se puede evidenciar la anomalía, con las exigencias normativas sobre la misma, con el fin de verificar objetivamente la diferencia entre la manera cómo se causó el medio de evidencia y las formas requeridas en ley que regula la materia. Posteriormente, se debe exponer a través de argumentos racionales, el defecto de la aducción de la prueba que no era fundamental, por no inferir de manera negativa en contra de las garantías fundamentales de los extremos subjetivos del proceso. En efecto, la verificación objetiva da como resultado que el yerro no tenía forma para invalidar la existencia de la prueba.

presupone la simple advertencia del error, ni con los argumentos acerca de la misma del casacionista, porque debe constatar la importancia del mismo respecto del acervo probatorio y al mencionar el yerro el recurso vertical no se diferenciaría de un alegato de instancia (Muñoz, E. C, 1999, págs. 287-311).

Por cierto, poner en evidencia las consecuencias del yerro, comporta el deber de enseñar a la sala de casación, que si el error no se no se hubiera puesto en conocimiento, entonces la sentencia desconocería las garantías fundamentales que contempla la Norma Superior. Es menester, demostrar que si se hubiera tenido en cuenta la prueba habría sido otro el sentido del fallo (Nores, J & José, 1986, págs. 256-268). Por otro lado, la CSJ46 analiza varios aspectos del sistema con tendencia acusatoria y hace la aclaración en cuanto a la naturaleza del indicio y la posibilidad práctica de acudir a ese tipo de reflexiones sobre los medios de prueba en el procedimiento penal para el sistema acusatorio.

En ese sentido, la prueba indiciaria entendida como una percepción, se concibe como una actividad cognoscitiva, que da como resultado un conocimiento sensorial empírico, fundamentado del conocimiento racional, conceptual y esencial. De allí que, el indicio no se puede considerar como medio de prueba, más bien, como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba. En efecto, este medio de conocimiento sirve de base para corroborar otro fundamento factico que contribuye al esclarecimiento objetivo de la verdad, con el fin de que la autoridad judicial por medio de una sentencia dirima el conflicto que atañe a las partes y restablezca el orden como función y no prerrogativa del Estado⁴⁷ (Quijano, J.P, 2014, págs. 356-384).

⁴⁶Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 24468/2006 (MP: Edgar Lombana Trujillo), 1 de septiembre.

⁴⁷El Estado reconoce, promueve y garantiza los derechos de los asociados, por lo tanto, el acceso al aparato procedimiento penal, permite restablecer el derecho a las víctimas, por medio de sanción al victimario una vez desvirtuado la presunción de inocencia, además, de contribuir a la reparación de su interés. Por otra parte, el derecho de los asociados a recibir una decisión judicial dentro de un término razonable, por tanto, conlleva a que el seno de la colectividad no desista de la creencia del sistema jurídico, ya que, la persona tiene como único instrumento para garantizar y respetar sus derechos. Ver (Franchimont, Jacobs, & Masset, 2012).

Ahora bien, la CSJ 48 consideró que, en el sistema penal, según la norma rectora⁴⁹ que consagra el principio de inmediación, concibe que el proceso únicamente se valorará como prueba la que haya sido practicada e incorporada en forma pública, oral, concentrada, sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento⁵⁰, en ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas.

Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en el Código Penal podrá tenerse como prueba la producida o aportada al sistema de enjuiciamiento acusatorio de forma anticipada durante la audiencia ante el Juez de control de garantías⁵¹ como reza el Código de Procedimiento Penal. Dicho principio⁵², de obligatorio acatamiento, conceptúa que, la autoridad judicial convendrá a tener en cuenta como elementos probatorios solamente las que hayan sido decretadas, practicadas y controvertidas en el proceso. Incluso la recepción de elementos incriminadores de referencia⁵³ se hará excepcionalmente (Fernández, 2012, págs. 151-168).

La corporación de justicia⁵⁴ ha considerado que extraordinariamente el juez puede interrogar a los testigos, para conseguir que el testigo responda la pregunta que

⁴⁸Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 47420/2016 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero), 1 de noviembre.

⁴⁹Ley 906/2004. Artículo 16. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 26 de diciembre. Diario oficial No. 45.658.

⁵⁰Los jueces de conocimiento actúan en la etapa de juzgamiento, entonces, el operador jurídico tiene competencia para juzgar a quien haya cometido un delito, *verbi gratia*: un homicidio. En la praxis diaria de la justicia penal, se identifica como juez penal del circuito con funciones de conocimiento. Ahora bien, el juez de conocimiento emite sentencias (absolutorias o condenatorias) pero también preclusiones de investigaciones. En definitiva, es el competente para adelantar la audiencia de formulación de acusación.

⁵¹Los jueces de control de garantías dictan órdenes de captura y profieren medidas de aseguramiento. Ejercen las siguientes funciones, las cuales son: en primer lugar, el control de legalidad y constitucionalidad, y por otro, la adopción de medidas que impliquen la limitación de derechos fundamentales. Es decir, Es el encargado de adoptar medidas de aseguramiento y de protección a la comunidad y a las víctimas. Tiene la tarea de controlar las decisiones jurisdiccionales que adopte la Fiscalía General de la Nación como registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, incautaciones, capturas y el ejercicio del principio de oportunidad. Por lo tanto, se trata de un control real de constitucionalidad y de legalidad de la medida.

⁵²Ley 906/2004. Artículo 379. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 26 de diciembre. Diario oficial No. 45.658.

⁵³Entiéndase por prueba de referencia como una deposición realizada por fuera del proceso oral y es presentada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño ocasionado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio. Véase para una mayor comprensión sobre el alcance de esta prueba (Pradel & Varinard, 2016).

⁵⁴Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 24468/2006 (MP: Edgar Lombana Trujillo), 1 de marzo.

le han formulado de manera clara y precisa. Más aún, para el completo entendimiento del caso, con el fin de, garantizar el cumplimiento del principio de imparcialidad, previsto por el procedimiento penal. Al contrario, ningún precepto de ese Código confiere a los jueces iniciativa en materia probatoria, en el sentido de, decretar oficiosamente la práctica de los medios de conocimiento que estimen convenientes, y en consecuencia, esta exclusión aplica a los jueces de control de garantías y a los jueces de conocimiento (Aristizabal D, Jaramillo, Gallego, & Vargas V, 2017, págs. 76-90).

A propósito, el principio de imparcialidad, en los regímenes con tendencia acusatoria el juez no tiene facultades probatorias autónomas, Por lo tanto, si tuviese atribución para decretar pruebas de oficio, causaría una afectación a los pilares fundamentales del régimen de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación (actos de investigación probatoria, que solo sirven para emitir autos propios de la investigación) y actos de prueba (pruebas practicadas). Inclusive es un rasgo característico de las democracias contemporáneas, con el fin de evitar que el juez predisponga el rumbo del proceso, y por ende anticipe su convicción o pierda la imparcialidad (Talavera Elguera, 2009, págs. 27-49).

Al respecto, el principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dicho principio se vincula con el de imparcialidad, porque el juez no puede actuar con discrecionalidad puesto que, ante la ausencia de una regla para resolver el caso concreto, debe acudir entonces a los principios del derecho. La autoridad judicial debe ser independiente concretándose a decidir los asuntos de su conocimiento soportándose en las razones que el derecho le suministra para no atender los elementos extraños al proceso, siendo independiente no solamente a las partes del proceso sino además al objeto del proceso (Kennedy, Rodríguez, & López, 1999, págs. 168-198).

Con relación al tema, la imparcialidad se encuentra determinada entre las garantías procesales, las cuales serán efectivas en la medida que son objeto de un

juicio en que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control (Zaffaroni, 1994, pág. 66). El juez carece de interés y debe ser neutral, conlleva a que el ordenamiento jurídico debe ser el único criterio del juzgador teniendo en cuenta que ha sido por remisiones jurisprudenciales que la imparcialidad del operador jurídico ha venido siendo impuesta. Un tribunal debe ser imparcial, porque está destinado a conceder a las partes que tiene el derecho, por lo tanto, al emitir un fallo judicial este está en sujeción a los principios de imparcialidad para decir el derecho⁵⁵ (Michele, T, 2005, págs. 1287-1310).

De igual forma, los planteamientos aquí descritos, resulta acertado sostener que el juez en ocasiones se aparta de los imperativos categóricos del procedimiento penal, no menos cierto es que, el operador jurídico en aras de solucionar los vacíos del Derecho Penal, apertura una vertiginosa brecha para imponer sus propias normas desconociendo las fuentes formales, esto es, las normas y los precedentes jurisprudenciales (Rodríguez, 2005, págs. 48-84).

Si bien es cierto, los operadores jurídicos actúan con el interés de sellar esas lagunas, pero al mismo tiempo, al estar en ese escenario conlleva a una desigualdad que terminan vertido en la vulneración de otros derechos de igual o superior protección, por cuanto las decisiones no han sido tomadas con fundamento en las normas, conllevando a que las víctimas o victimario resulten siendo objetos del derecho que los convierte en instrumentos de vulneración, que supone la contribuir a determinaciones de radicalización, desconfianza y caos social (Binder, 2014, págs. 149-155).

Por lo tanto, es perceptible considerar que los intereses del menor de edad, víctimas de abusos sexuales requieren contar con una seguridad reforzada que impida el provecho de sus victimarios. Para evitar que manipulen la prueba, al punto que,

⁵⁵La iurisdictio, que proviene de la expresión latina *ius dicere*, que al unirlas conforma la palabra: decir el derecho, hace referencia a los lineamientos por medio de los cuales se puede emitir una sentencia, en aras de restablecer la responsabilidad del sujeto respecto al hecho punible. Esto es, la necesidad que tiene el Estado de poner un juez en cabeza del aparato jurisdiccional con el fin de emitir un fallo condenatorio o absolutorio, desde luego, el juicio emitido por la autoridad judicial actúa en concordancia con el marco legal. De hecho, los aspectos omitidos por el ordenamiento, hace indispensable el juicio de valor judicial para satisfacer los criterios escogidos por el régimen adjetivo.

terminan dejando en tela de juicio las manifestaciones de la víctima (Gardner R. , 2002, págs. 94-113).

Es decir, la valoración que se haga del testimonio tendrá que estar cimentada en apreciaciones que superen toda duda razonable, que evite terminar dejando en un riesgo mayor a la víctima. Por consiguiente, el síndrome de alienación parental requerirá ser analizado profundamente atendiendo las circunstancias de modo, tiempo y lugar en cada caso, sin que termine siendo la regla general en la solución de delitos de esta naturaleza, so pena, de generar un grave daño al principio de prevalencia de los derechos de los menores (Ferrajoli, L & Bobbio, N, 2018, págs. 576-687).

En ese sentido, resulta de mayor importancia exigir a las autoridades judiciales en los casos de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, las decisiones deben hacer un recorrido meticuloso, exhaustivo, incluyente e ineludible, en el que se valoren los aspectos de vulnerabilidad de las víctimas. Inclusive, las circunstancias del desarrollo del delito, el riesgo en que se encontraba, la posibilidad de ocurrencia de la conducta en atención a las situaciones psicosociales, en que se pudo haber realizado la conducta delictiva, evitando caer en la vulneración al principio de imparcialidad. En consecuencia, Se encuentra determinada entre las garantías procesales, es decir es un principio que consiste en que, quien analiza el hecho en concreto debe estar libre de prejuicios o posiciones preconcebidas puesto que ello atenta con la realidad de lo ocurrido y el control que debe contener el estudio del caso (Meroi, A. A, 2007, págs. 381-389).

Por esta razón, el principio de imparcialidad se encuentra garantizado por la norma superior⁵⁶ y por ello, es recogida en las normas que conforman el bloque de constitucional⁵⁷, debido a que tiene como finalidad, la preservación de las víctimas con el fin de establecer de manera clara y objetiva el hecho punible o bien, aquella parte

⁵⁶Constitución Política de Colombia. [Const] Artículo 209. Julio 7 1991 (Colombia).

⁵⁷Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 10); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 8-1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Artículo 153).

que asiste en buscar restablecer sus derechos y reparar sus perjuicios en el procedimiento penal, acudan al proceso sin que el operador jurídico establezca una decisión previamente tomada. Por lo tanto, no debe tener incidencia por un perjuicio personal o por factores externos que los llevan a dar una respuesta mediática que podría no estar soportada en las pruebas (Frías & Agoff, 2015, págs. 278-285).

Por otra parte, el principio *in dubio pro reo* constituye una regla de valoración probatoria, permitiendo al juez cuando no se hallen las pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia al momento de la valoración de la prueba, este tome la carencia de las pruebas y establezca un criterio favorable hacía el acusado. Así mismo, cuando su contenido proyecte alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria, no se le debe a la persona procesada vincular como culpable automáticamente, conllevando a la vulneración del debido proceso (presentar pruebas y controvertir las pruebas en contrario) lo que supone la condena de un inocente. Ahora bien, como principio rector, obliga a no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad, si se tienen dudas sobre la certeza del fundamento fáctico presentado. De suerte que, su aplicación entra de lleno en el escenario exclusivo de la autoridad judicial y en su libertad de criterio para formar el veredicto definitivo (del Rosal Blasco, 2009, págs. 12-54).

En ese sentido, ha analizado la CSJ58, que en el proceso, cuando se está en la búsqueda de la verdad con el fin de establecer y comprobar los hechos delictivos, estos suponen que, la convicción del juez a través de la herramientas de la lógica, máxima de experiencia y la ciencia, debe estar más allá de toda duda razonable, respecto a los fundamentos fácticos presentados y la responsabilidad del acusado en la que se debe atender las pruebas técnicas que permitan dilucidar el asunto, por lo que, al tomar el testimonio de la víctima como única prueba no se logra vencer la presunción de inocencia (Regla, 2006, págs. 12-28).

⁵⁸Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 35668/2011 (MP: José Luis Barceló Camacho), 18 de mayo.

También, se ha encontrado que la CSJ59 con relación a la presunción de inocencia, se ha pronunciado en el sentido de advertir que es a la defensa del acusado a quien le corresponde bajo el principio adversarial⁶⁰ del procedimiento penal, derrotar la teoría de la fiscalía quien es la entidad obligada a recolectar el material probatorio para soportar la tesis desvirtuando la presunción de inocencia, lo que demostraría entonces que el trabajo del ente investigador no puede limitarse simplemente al conocimiento de la ocurrencia de un aparente hecho delictivo sino que además debe realizar un trabajo serio de soporte probatorio. Si bien es cierto, como fin principal soportar la teoría del caso, el planteamiento que se haga debe estar sujeto a otros elementos material de prueba y evidencia física que conlleven a establecer la realidad de un hecho dentro de postulado de imparcialidad a (Ferrajoli, L & Bobbio, N, 2018, págs. 798-819).

Supone entonces, la necesidad de quienes actúan en el conocimiento de un hecho punible la obligación de estar libre de todo prejujuamiento o concepto previo que le impida determinar lo verdaderamente ocurrido, para garantizar el debido proceso en el sistema de enjuiciamiento acusatorio, el estricto cumplimiento de separar las funciones de acusación y juzgamiento, permiten una garantía de imparcialidad por parte del operador jurídico, el sistema normativo no previó la posibilidad de que el juez ejerza un control material sobre las pretensiones de acusación.

En el escenario adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una suposición incriminadora, al juzgador se le está prohibido analizar tanto los fundamentos probatorios que sustentan en donde se fundamenta la pretensión del acusador como la corrección sustancial de la imputación jurídica. Permitir una supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular teoría del caso (Bacigalupo, E, 1994, págs. 68-86).

⁵⁹Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 36108/2014 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero), 12 de mayo.

⁶⁰El principio adversarial supone la igualdad de armas en el proceso judicial y éste, a su vez, necesariamente incide en el ámbito y en la función de la defensa técnica (abogado defensor). Permite el desarrollo contencioso de manera leal y en igualdad de condiciones.

A todo esto, la convicción que tiene la autoridad judicial debe contener los criterios prestablecidos al valorar los fundamentos facticos delictivos, por lo tanto, es necesario plantear proposiciones que lleven a los jueces de conocimiento para que no se desborden en su actividad judicial al momento de analizar el cumulo probatorio del hecho punible.

Inclusive, si se tiene en cuenta que las pautas jurisprudenciales se han tomado como criterios esenciales al tramitarse el recurso vertical de casación, donde las diferentes salas de los tribunales al cual se somete la naturaleza del asunto han encontrado yerros jurídicos, permitiendo la posibilidad de resolverse en la decisión de aquella instancia. Sin embargo, subsiste ese impedimento de saber el sentido de las decisiones judiciales donde no se ha establecido por circunstancias mencionadas, el esclarecimiento de los hechos para llevar a una verdad objetiva, por lo tanto, las sentencias emitidas por el juzgador permanecen con el yerro en el que incurren (Echeburúa, Muñoz, & Loinaz, 2011, págs. 144-156).

Sin dejar a un lado la patología a la que es propenso un niño, niña o adolescente por un tercero, se busca aunar la incidencia del síndrome de alienación parental, que conlleva a, influenciar las decisiones que han tomado las autoridades judiciales en los delitos de abusos sexuales a los menores de edad. Debido a, un concepto que actúa de manera extrema, conlleva a que el pronunciamiento jurisprudencial sea proclive a una convicción determinante, que surge del concepto de que, la mayoría de los menores de edad, a la hora de materializar la deposición no contiene anomalías, por tanto asegura su veracidad incondicional. Además, aquellos no son sometidos a la coacción, o que estos, por iniciativa particular, por ninguna razón expresan lo contrario a la realidad⁶¹.

De hecho, este precepto no contribuye en mínimo a los principios del derecho, afectando gravemente la imparcialidad, es así que, se ayuda de manera definitiva a generar desconfianza en la justicia. En consecuencia, la necesidad aprehender el

⁶¹Léase para una mayor comprensión (Ogletree, 1987).

conocimiento solamente soportado en cada hecho concreto, sin establecer una regla general para todos los hechos penales de esta naturaleza, conllevan a determinaciones injustas (Fenoll, J. N, 2016, págs. 3-18).

Por lo que atañe al *in dubio pro reo*, ha analizado esta corporación⁶² que, el debate del hecho delictivo debe superar el conocimiento más allá de toda duda razonable con relación a la existencia del acaecimiento y la responsabilidad del acusado. Significa que, se debe atender las pruebas técnicas que permitan dilucidar el asunto, por lo que el tomar el testimonio de la aparente víctima como única prueba no se logra vencer la presunción de inocencia de la persona. Así pues, surge la necesidad de quienes conocen los hechos delictivos presentados en el sistema de enjuiciamiento acusatorio, deben estar libre de todo prejuizamiento o concepto previo que le impida determinar lo verdaderamente ocurrido (Beltrán & Taruffo, 2005, págs. 78-100.)

Al respecto, la credibilidad de los menores de edad víctimas de abuso sexual, no se debe partir de la premisa que los adolescentes, niñas y niños, no faltan a la verdad, conllevando a la exclusión de cualquier estudio probatorio tendiente a establecer la realidad de lo ocurrido, como se ha dicho, estos síntomas pueden pasar desapercibidos por los métodos empleados en la cámara de Gesell, conllevando a: la vulneración de la prevalencia de los derechos de los menores o vulnerando la presunción de inocencia, ya que, se tomó por cierto la deposición del niño con las pretensiones inmersas de un tercero.

Por otra parte, es evidente que no es una tarea fácil la de tomar decisiones respecto de hechos delictivos como los que aquí se han planteado, En ese sentido, el raciocinio que se haga debe estar sujeto a que imperen principios fundamentales que garanticen la imparcialidad de los operadores jurídicos, el debido proceso, la presunción de inocencia y todos aquellos componentes que permitan la correcta y recta administración de justicia (Baytelman, A & Duce, M, 2004, págs. 187-232).

⁶²Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 35668/2011 (MP: José Luis Barceló Camacho), 18 de mayo.

En consecuencia, como se sostuvo en el desarrollo del eje temático, al prevalecer los derechos de las víctimas se desconocen otros mecanismos que permiten llegar a la verdad de los fundamentos facticos esgrimidos por los niños, niñas y adolescentes. Si bien es cierto, la deposición que realiza el testigo, suele presentar anomalías que en ocasiones los expertos del comportamiento humano no identifican. Inclusive, las declaraciones que se toman a los menores de edad permea los hechos con la pretensión incondicional de veracidad.

De hecho, aquellos especialistas que sometidos a la cámara de Gesell no cuentan con parámetros que permitan la objetividad para identificar la anomalía que trae la declaración, dando como resultado, que la operación intelectual que permite representar los hechos al juez para su convicción y emitir una sentencia motivada por el acervo probatorio, carezca de imparcialidad, tensione o desconozca el principio de inocencia y por tanto sea susceptible de error.

C. Responsabilidad de los operadores jurídicos en la valoración del caso

Estudiada la normatividad vigente, la Carta Política, las leyes, jurisprudencia y fallos derivados de conductas penales en las que se estructura la pregunta de investigación se evidencia que el tomar decisiones basados en el síndrome de alienación parental, previamente nos debería llevar a determinar si el síndrome verdaderamente existe o si por el contrario, el soportar la decisión en un aspecto como este estarían generando violación de las categorías ya mencionadas, como se ha extraído de sentencia⁶³ en la que se advierte que la probanza debe tener capacidad suficiente para demostrar el acontecer que interesa al objeto del debate en procura de arribar al conocimiento más allá de toda duda, con relación a la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado en orden a proferir un fallo de carácter condenatorio.

⁶³Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 35668/2011 (MP: José Luis Barceló Camacho), 18 de mayo.

A cerca de las garantías del debido proceso, in dubio pro reo y la presunción de inocencia, como se ha mencionado, aparecen consagrados no solo en la constitución política, también, en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos. Ahora bien, estos preceptos actúan con el fin de orientar los actos jurídicos procesales de las autoridades judiciales cuando se establece la responsabilidad de una persona por un delito.

El “in dubio pro reo” acepta que la duda debe resolverse a favor del procesado, supone que, la aplicación de las funciones judiciales debe estar orientadas a la declaración de no responsabilidad. En este sentido, la duda parte de la carencia de certeza o de convicción respecto a uno a varios elementos incriminadores, esta actividad lógica conlleva a la imposibilidad probatoria para que se proceda a un pronunciamiento jurisprudencial condenatorio, cuando no existe duda sobre los medios probatorios que se instauran contra el acusado. En efecto, el testimonio como medio probatorio es un fragmento que debe someterse a consideración exhaustiva, supone en la mayoría de casos, una eventual distorsión del camino de la verdad que tensiona la presunción de inocencia o la intención de favorecer al procesado.

A través del sistema de enjuiciamiento acusatorio promovida por interés de los asociados o por el Estado, se fundamenta en la admisión y practica de un medio probatorio para atribuir la responsabilidad de un hecho punible a una persona física, por lo tanto, si la prueba no es producida mediante los parámetros normativos que exige el proceso, no podría considerarse como delito el fundamento factico esgrimido por la parte interesada, de manera que, lo anterior esta permeado por el principio de presunción de inocencia del imputado, efectivamente hasta tanto no haya prueba en contrario sancionada por el fallo judicial.

De acuerdo al procedimiento penal, los psicólogos carecen de herramientas que permitan establecer la veracidad de las deposiciones presentadas por los niños, niñas o adolescentes. Significa que, el psicólogo aduce una evaluación y un cuestionario en particular (metodología), con el fin de arribar a una valoración. Sin embargo, cada uno

de estos expertos puede llegar a una valoración posiblemente diferente al momento en los datos similares, más aún, cuando este tipo de ciencia no permite la exactitud, este en consecuencia, hace un compilado de marcos teóricos que interpretan el comportamiento humano de manera distinta para comprender al ser, como ya se explicó en principio.

Esta prueba no opera de manera absoluta, debido a que, actúa en controversia con la prevalencia de los derechos del menor y la presunción de inocencia del sindicado. Significa que, la deposición presentada por el menor de edad, puede presentar anomalías en su versión, como se ha identificado estas pretensiones pueden estar alineadas con los intereses de un tercero y por lo tanto carece de veracidad de acuerdo a los criterios presentados. Por ello las conclusiones a las que se lleguen, no está soportado por la existencia de una conducta delictiva, pero tampoco supone la inexistencia del hecho punible. En efecto, establecer la ocurrencia de la conducta del acusado por parte de la víctima no abalanza en favor la prevalencia de los derechos del menor y desfavoreciendo la presunción de inocencia hacía el acusado, supone de otros medios probatorios para acreditar una postura y emitir sentencia condenatoria o absolutoria.

Desde ese punto de vista, los hechos valorados en aquellas circunstancias por el psicólogo no se fundamentan en la precepción directa de los hechos. Estos soportes del acaecimiento sometido al procedimiento penal son evaluados por el juez de acuerdo con las reglas de la experiencia, las leyes de la lógica y de la ciencia, para determinar la existencia o inexistencia del hecho punible. En este sentido, el dictamen pericial deja incertidumbre, ya que, no permite la concurrencia de la conducta ilícita, acontecimiento que obliga a estudiar otros medios de prueba para obtener la convicción del juzgador.

Como consecuencia, resulta infructuoso el examen aportado por los expertos del comportamiento humano, inclusive, la contribución de la evaluación no permite establecer objetivamente si los niñas, niños y adolescentes está o no sobre las pretensiones verdaderas a cerca de los fundamentos facticos. Por el contrario, la

responsabilidad de los operadores jurídicos al establecer la credibilidad del testimonio, obliga a valorar si el relato es consistente y guarda coherencia de acuerdo a la convicción que tiene el juez respecto del hecho sometido al tratamiento procesal, este por el contrario actúa, sobre los parámetros de la sana crítica, siendo por lo tanto, objetivo a la hora de emitir un concepto⁶⁴.

El in dubio pro reo, han sido objeto de análisis en decisiones de la CSJ⁶⁵ considerando que el testimonio del menor no puede ser tomado como la única prueba, sino que, la deposición debe ser analizado junto con los demás medios probatorios, sobre dicha categoría también aparece el fallo judicial⁶⁶, los presuntos actores de hechos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes, fueron absueltos de los delitos por lo que se les procesaba. En este sentido, permitió advertir que estos acontecimientos no podría quebrantar el principio de imparcialidad que consagra el proceso penal, Además el ordenamiento jurídico⁶⁷ sostiene que, 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.

Lo expuesto hasta el momento, indica que en el análisis llevado a cabo de los testimonios de las víctimas de acto sexual abusivo en menores de edad, se han presentado falencias que demuestra que se ha incumplido con el deber de actuar con imparcialidad en busca de alcanzar el ideal propuesto por la norma procedimental

⁶⁴Represéntese que, el operador jurídico debe tomar la deposición de una persona que contribuye al esclarecimiento de la verdad en un proceso penal. Ahora bien, suponga que el juez no atiende el principio de inmediación. Es decir, el juzgador debe tener contacto directo con la prueba y se le está vedado la delegación de pruebas, en la propia sede de su despacho judicial. Ahora bien, este delega al secretario del despacho para que tome la declaración de aquella persona. Mire usted, que la autoridad judicial es quien trae consigo los lineamientos que compone la sana crítica, por lo tanto, el secretario puede actuar de acuerdo a sus conocimientos y tome lo declarado como cierto, pero fije que si el juez, hubiese atendido dicho evento, este observaría en el testigo señales corporales que muestran que está mintiendo, por ejemplo: una actitud sospechosa puede darse cuando, el testigo mira detenidamente al piso, cuando en general suele mantener la mirada en los ojos de la autoridad judicial. En efecto, el juzgador atendiendo a la regla de máxima de experiencia reevaluaría la situación y desearía la deposición.

⁶⁵Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 36108/2014 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero), 1 de marzo.

⁶⁶Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Decisión Penal. Radicado No. 11001 6000 015 2006 95451 01 (MP: Alberto Poveda Perdomo) 17 de septiembre.

⁶⁷Ley 906/2004. Artículo 5. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 26 de diciembre. Diario oficial No. 45.658.

penal, esto es, la objetividad, verdad y justicia. De allí que, en el régimen legal reciente, ha entrado a operar disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en los procesos penales de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual⁶⁸.

Por su parte, esta norma enmarca diferentes parámetros, que son necesarios para que el menor víctima del delito sea oído respecto del hecho acontecido, por consiguiente, si el testimonio del menor no cumple con la rigidez que demanda la normatividad vigente, se podría estar re victimizando, debido a que, da lugar a la ineficacia de los delitos señalados por carecer de los elementos consagrados para que sea válida la prueba⁶⁹ o por el contrario, las autoridades se ven avocadas a desestimar las manifestaciones de los menores por la inexistencia de características de eficacia de testimonio. Por consiguiente, cuando se desatienden las normas rectoras de cada proceso, ello podría generar algún grado de ventaja para quien saca provecho del error, cuando las valoraciones que se hacen de los argumentos de los menores no atienden las circunstancias de: modo, tiempo y lugar en las que se aprehendieron.

Como se ha dicho, el quebrantamiento del principio de prevalencia de los derechos de las víctimas por abusos sexuales, contraviene el principio de imparcialidad, porque, afecta los postulados de la normatividad procesal⁷⁰, donde establece que, la convicción del juzgador debe estar más allá de toda duda razonable, resulta opacada si no se atienden los postulados normativos que permitan poner en la balanza de la justicia el testimonio del niño, niña y adolescente posible víctima, lo que permite inferir la necesidad de examinar si el ordenamiento legal ostenta las

⁶⁸Ley 1652/2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. 12 de julio. Diario oficial 48.849.

⁶⁹Los requisitos de validez son: (i) debe ser practicado previo decreto de dicha prueba testimonial; (ii) debe existir legitimación para pedir la prueba (iii) debe ser decepcionado en audiencia; (iv) debe ser un acto consciente, libre de coacción; (v) el testigo debe ser capaz, (vi) debe estar precedido de juramento en legal forma y (vii) debe cumplir con las formalidades de tiempo, modo y lugar. Por otro lado, los requisitos de eficacia son: (i) la conducencia del testimonio; (ii) la pertinencia; (iii) la utilidad; (iv) la capacidad mental al momento de la percepción de los hechos; (v) la idoneidad de los órganos de percepción que utilizó el testigo para adquirir el conocimiento de los hechos; (vi) la normalidad en la capacidad amnésica del testigo de acuerdo con la antigüedad de los hechos; (vii) la ausencia de circunstancias subjetivas u objetivas que alteren la fidelidad de la memoria y la verosimilitud de las declaraciones (Quijano J. , 2007, págs. 227-305).

⁷⁰Ley 906/2004. Artículo 381. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 26 de diciembre. Diario oficial No. 45.658.

herramientas necesarias a los jueces encargados de hacer justicia para tomar decisiones respecto de delitos como los que aquí he expuesto, en los que no solamente se garanticen los derechos de las víctimas, sino también de los posibles victimarios.

Lo anterior evidencias entonces elementos indicadores que inciden en las categorías determinadas como: la presunción de inocencia al igual, el error de hecho y de derecho, respecto de los cuales la CSJ⁷¹ expuso que recurrir al error de hecho por falso juicio de identidad, obligaba un análisis diferente, en el que determinase cuál es el apartado probatorio (testifical, documental o pericial), tergiversado, cercenado o adicionado por el Tribunal, no limitándose a anteponer sus propias conclusiones.

Igualmente, fueron encontradas fallas de valoración probatoria en la que se absolvieron a personas acusadas del delito aquí señalado, que demostrarían el riesgo al que habrían sido sometidos los menores víctimas y que con la aplicación del síndrome de alienación parental en el caso específico, sin que él mismo tenga el soporte (método) suficiente para llegar a establecer que el menor ha sido manipulado, estaría contribuyéndose a que se continúe sometiendo al menor a un riesgo inminente precisamente por el estado de vulnerabilidad en que se encuentra especialmente porque en la mayoría de ocasiones quienes incurrir en este tipo de delitos son los familiares más cercanos a la víctima.

Conclusiones

Como se estudió, la aplicación del síndrome de alienación parental, no solamente pone en riesgo la prevalencia de los derechos de las menores víctimas de abuso sexual, de la misma manera, fue evidenciado el quebrantamiento al principio de imparcialidad, de hecho, no solamente aparece ampliamente determinada por las normas que soportan el proceso penal, sino que, además, la misma encuentra mayor

⁷¹Corte Suprema de Justicia. Sada de Casación Penal. Radicado No. 31950/2009 (MP: Sigifredo Espinosa Pérez), 19 de agosto.

soporte en el bloque de constitucionalidad. En este sentido, no únicamente se queda en la norma escrita, conlleva a la práctica al momento de enfrentarse con la verdad objetiva, la necesidad de explorar parámetros que permitan analizar si estamos ante una ausencia de legislación para hacer que los funcionarios que les corresponde decidir los asuntos objeto del tema de investigación han fallado en la interpretación de la norma o por el contrario, la norma no se ha estructurado frente a la problemática que se está presentando.

Por consiguiente, al valorar la importancia de la imparcialidad y su incidencia sobre los principios como: el in dubio pro reo y la presunción de inocencia, los cuales son la base en que se fundamenta la legalidad de las decisiones que enmarcan el ordenamiento jurídico. En este sentido, se exige que las autoridades judiciales al tener su convicción y posteriormente tomen una decisión, produzca indistintamente los mismos pronunciamientos judiciales, sin estar permeado de paradigmas u opiniones particulares que les impida obrar conforme a la imparcialidad, supone que el juzgador debe de carecer de interés y ser neutral.

Desde luego, el ordenamiento jurídico debe ser el único criterio del operador jurídico, teniendo en cuenta que ha sido por remisiones jurisprudenciales que la imparcialidad de la autoridad judicial ha venido siendo impuesta, además, se ha sostenido que cuando el togado se aparta de conocer asuntos en los que tiene algún interés o por el contrario, sin tener ninguna causa para apartarse del asunto sometido a la jurisdicción lo hace, conllevando al incumplimiento de su deber, esto es, el tomar una decisión absolutoria o condenatoria, ante lo cual, las determinaciones que adopte no pueden estar sujetas a convicciones personales o ideas preconcebidas. Así mismo, la imparcialidad se ve reflejada en otros preceptos, como: proveer tutela jurídica efectiva sobre los bienes jurídicos de los asociados, ostentar la legalidad, que permite el desarrollo de los actos jurídicos procesales en el procedimiento penal y el desarrollo del sistema de acuerdo garantizado por el debido proceso.

De acuerdo a los planteamientos aquí descritos, es necesario observar que cuando el juez en sus disposiciones se aparta del orden legal, imponiendo sus propias normas sin atender la legislación y el presente jurisprudencial, genera desigualdad y la pérdida de un aparato justo, como único medio de solución que tiene las víctimas de abuso sexual, que terminan revirtiendo en la vulneración de otros derechos de igual o superior protección, por cuanto las decisiones no han sido tomadas con fundamento en las normas, conllevando a que las víctimas o victimarios resulten convirtiéndose en instrumentos de injusticia, conllevando a determinaciones de radicalización, desconfianza y caos social.

La víctima de una conducta que no ha estado precedida por la imparcialidad se siente utilizado por el sistema y vulnerado en sus más profundos sentimientos, de allí que, el quebrantamiento al principio de imparcialidad contribuye a que la persona resulte siendo re-victimizada, arrojándola a otros caminos diferentes a los dispuestos por la ley, haciendo que el asociado considere que, la justicia no le ofrece las garantías que cumplan con el fin socialmente aceptado, en el entendido de justicia acordado dentro del pacto social.

Puede advertirse entonces que la víctima de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes, posiblemente estarían siendo una vez más re-victimizados, al momento en que el juez valorar y decide, respecto del caudal probatorio, no somete su juicio y guardar armonía con el principio de imparcialidad, contribuyendo con ello a que posiblemente se generen actos de injusticia que se revierte en desasosiego.

Referencias

- Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (37), 483-511.
- Accatino, D. (2009). Forma y sustancia en el razonamiento probatorio: El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (32), 347-362.
- Aristizabal D, M., Jaramillo, A., Gallego, M., & Vargas V, H. (2017). Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. *Acta Sociológica*, 72, 71-94.
- Bacigalupo, E. (1994). *a impugnación de los hechos probados en la casación penal: y otros estudios*. . Buenos Aires.: Ad-Hoc SRL. 1 Ed. Págs. 133.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. introduccion a la sociología juridico-penal*. España: Siglo XXI de España Editores, S.A. 8 Ed. Págs. 258.
- Baumann, J. (2018). *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Santiago de Chile. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik. Págs. 140.
- Baytelman, A, & Duce, M. (2004). *Litigación penal y juicio oral y prueba*. Chile: Editorial del Fondo de Justicia y Sociedad. Págs. 1-216.
- Baytelman, A., & Duce, M. (2007). *Litigación penal y juicio oral*. . Mexico: S.L. Fondo de Cultura Economica de España. Págs. 434.
- Beccaria, C. (2006). *De los delitos y de las penas*. Ciudad de Mexico. : Fondo de Cultura Económica. Págs. 224.
- Beltrán, J. F. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la Democracia*, (47), 27-34.
- Beltrán, J., & Taruffo, M. (2005). *rueba y verdad en el derecho*. Madrid.: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2 Ed. Págs. 111.

- Bernet, W., von Boch-Galhau, W., Baker, A., & Morrison, S. (2010). Parental alienation, dsm-v, and icd-11. *The American Journal of Family Therapy*, 38(2), 76-187.
- Beulke, W. (2016). *Beulke, Strafprozessrecht*. Alemania.: CF Müller GmbH. Auflage: 12. Págs. 423.
- Bidasolo, M. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *evista de Derechos Fundamentales*. No. 8, 45-76.
- Binder, A. (2014). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires.: Ad-hoc. Págs. 361.
- Bowen, M. (2016). *La terapia familiar en la práctica clínica*. . Washington.: Bowen center for the study of the family/georgetown family center. Págs. 638.
- Browne, A., & Finkelhor, D. (1986). Impact of child sexual abuse: A review of the research. *Psychological bulletin*, 99(1), 66-77.
- Cartujo, J. (2002). El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2(3), 25 - 45.
- Cavise, L. (2007). The transition from the inquisitorial to the accusatorial system of trial procedure: Why some Latin American lawyers hesitate. *Wayne L. Rev*, 1-785.
- Chiavario, M. (2005). *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*. Roma: Utet Giuridica. 4 Ed. Págs. 864.
- Coria D, C. (1991). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Www.juridicas.unam.mx*, 1027-1045.
- Coria, D. C. C. (2006). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Monte Video.: Konrad Adenauer stiftung E. V. Págs 1467.
- Crombag, H. (1989). When law and psychology meet. In *Criminal Behavior and the Justice System*. Springer, Berlin, Heidelberg., 1-13.
- Cuéllar, J., & Lynett, E. (2013). *El Proceso Penal Tomo I: Fundamentos Constitucionales y leoria General (Vol. 1)*. Bogotá. D.C.: U. Externado de Colombia. Págs. 856.

- del Rosal Blasco, B. (2009). ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11, 8, 1-64.
- Delval, J. (1994). Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños. *Infancia y Sociedad: Revista de estudios*, (27), 13-41.
- Deu, T. A. (2011). *a prueba ilícita:(un estudio comparado)*. . Madrid. España.: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2a Ed. Págs. 129.
- Duce, M., & Perdomo, R. (2003). Citizen security and reform of the criminal justice system in Latin America. *Crime and violence in Latin America: Citizen security, democracy, and the state*, 69, 1-91.
- Echeburúa, E., Muñoz, J., & Loinaz, I. (2011). La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 11(1), 141-159.
- Escudero, A., Aguilar, L., & Cruz, J. D. (2008). La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP):" terapia de la amenaza". *Revista de la Asociación española de Neuropsiquiatría*, 28(2), 285-307.
- Fenoll, J. N. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret*, (1), 1-23.
- Fernández, T. (2012). obre los límites constitucionales del poder discrecional. . *Revista de administración pública*, (187), 141-170.
- Ferrajoli, L., & Bobbio, N. (2018). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 10a. Ed. 3 reimpresión. Madrid, España.: Trotta. Págs. 1021.
- Ferrajoli, L., & Bobbio, N. (1998). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid.: Trotta. 10 Ed. Págs. 1024.
- Ferrajoli, L., Baccelli, L., de la Vega A, D., & Pisarello, G. (2013). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. 4a Ed. Págs. 392.
- Foucault, M. (2009.). *igilar y castigar: nacimiento de la prisión*. . México: Siglo XXI. Págs. 360.

- Franchimont, M., Jacobs, A., & Masset, A. (2012). *Manuel de procédure pénale*. Bruxelles: Larcier. 4a Ed. Págs. 1603.
- Frías, S., & Agoff, M. (2015). Between support and vulnerability: Examining family support among women victims of intimate partner violence in Mexico. *Journal of Family Violence*, 30(3), 277-291.
- García, E. S. (2012). Muybridge y Gesell: Pioneros de los métodos de investigación visual en Psicología. *Revista Costarricense de Psicología*, 31(1), 191-210.
- Gardner, R. (1998). *The parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professionals (2nd ed.)*. Cresskill, NJ: Creative therapeutics.
- Gardner, R. (2002). Parental alienation syndrome vs. parental alienation: which diagnosis should evaluators use in child-custody disputes? *American Journal of Family Therapy*, 30(2), 93-115.
- Gardner, R. A. (1987). *he parental alienation syndrome and the differentiation between fabricated and genuine child sex abuse*. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics.
- Gardner, R. A. (1985). Recent trends in divorce and custody litigation. *Academy forum* Vol. 29, No. 2, 3-7.
- Gardner, R.A. (1998). The Parental Alienation Syndrome. 2nd. *Cresskill, New Jersey: Creative Therapeutics*, 1-5.
- Gesell, A. (1935). Cinemanalysis: A method of behavior study. . *The Journal of Genetic Psychology*, 47(1), 3.
- Goldschmidt, J., & Quiroga J, L. (2015). *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid. España.: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 590.
- Habermas, J., & Jiménez Redondo, M. (2010). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta. 6 Ed. Págs. 696.
- Herrera, E. C. U. (2015). Tecnología que evita la revictimización en niños, niñas y adolescentes: Cámara Gesell. *Hamut´ ay*, 2(2), 58-66.

- Jakobs, G., & Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Pamplona (Navarra): Thomson Civitas. Págs. 152.
- Janoff-Bulman, R., & Frieze, I. (1983). A theoretical perspective for understanding reactions to victimization. *Journal of social issues*, 39(2), 1-17.
- Kennedy, D., Rodríguez, C., & López, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá. D.C.: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Págs 222.
- Kindhäuser, U. (2015). *Strafprozessrecht*. Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. 4a Ed. Págs. 450.
- Langer, M. (2004). From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harv. Int'l LJ*, 1-64.
- Larraguibel, Q., González, M., Martínez, N., & Valenzuela, G. (2000). Factores de riesgo de la conducta suicida en niños y adolescentes. *Revista chilena de pediatría*, 71(3), 183-191.
- Leahey, T. H. (2005). *Historia de la psicología: principales corrientes del pensamiento psicológico*. Madrid.: Pearson Educación. Págs 553.
- Lozzi, G. (2018). *Lezioni di procedura penale*. Roma: G Giappichelli. 13 edizione. Págs. 965.
- Maier, J. (2014). *Derecho procesal penal (Vol. 1, p. 290)*. San Juan: University of Puerto Rico. Págs. 290.
- Maier, J. B. (1999). La impugnación del acusador: ¿ un caso de ne bis in ídem?. *Nuevo Foro Penal*, (61), 169-175.
- Manzanero, A., & Muñoz, J. (2011). La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales. *Madrid: SEPIN.*, 1-13.
- Marcella, G. (2009). *Democratic governance and the rule of law: Lessons from Colombia (Vol. 17, No. 2)*. United States: Strategic Studies Institute. Pásgs. 54.

- Marinucci, G., & Dolcini, E. (2015). *Manuale di diritto penale: parte generale*. Roma: Giuffrè. 5 Ed. Págs. 818.
- Meroi, A. A. (2007). Iura novit curia y decisión imparcial. *Ius et Praxis*, 13(2), 379-390.
- Michele, T. (2005). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 38(114), 1285-1312.
- Morales, R. R. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid. España.: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 440.
- Muñoz, E. C. (1999). Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia: síntesis de la doctrina constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (3), 271-318.
- Muñoz, J. M. (2013). La evaluación psicológica forense del daño psíquico: propuesta de un protocolo de actuación pericial. *Anuario de psicología jurídica*, 23., 61-69.
- Muñoz, J., Manzanero, A., Alcázar, M., González, J., Pérez, M., & Yela, M. (2011). Psicología Jurídica en España: Delimitación conceptual, campos de investigación e intervención y propuesta formativa dentro de la Enseñanza Oficial. *Anuario de psicología jurídica*, 21., 3-14.
- Muñoz, L. G. (2006). El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños/Childhood, Social Welfare and Children's Rights. *Política y sociedad*, 43(1), 63.
- Nores, J. I., & José, I. (1986). *La prueba en el proceso penal*. Buenos aires.: Ediciones Depalma. 7 Ed. Págs. 335.
- Ogletree, C. (1987). Are Confessions Really Good for the Soul?: A Proposal to "Mirandize" Miranda". *Harvard Law Review*, 100(7), 1826-1845.
- Pradel, J., & Varinard, A. (2016). *Les grands arrêts de la procédure pénale*. Paris: Dalloz. 9e édition. Págs. 536.
- Puig, S., Martín, V., & Ivañez, V. (2006). *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor. 8 Ed. Págs. 792.

- Quenza, C. J. P. (2010). El error fundamental en psicología: reflexiones en torno a las contribuciones de Gustav Ichheiser. . *revista Colombiana de Psicología*, 19(2), 161-175.
- Quijano, J. (1992). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá.: Librería del profesional. Págs. 392.
- Quijano, J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá. D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 16 Ed. Págs 392.
- Quijano, J. P. (1999). Prueba indiciaria en el Código de Procedimiento Penal brasilero y Código de Procedimiento Penal italiano y su complementación con países europeos y americanos. *Derecho Penal y Criminología*, 21, 247-274.
- Quijano, J.P. (2014). *Tratado de la Prueba Judicial, Indicios y Presunciones Tomo IV*. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional Ltda. Págs. 440.
- Regla, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. *Isegoría*. N° 35., 9-31.
- Rodriguez, C. (1997). *Teoría del Derecho y decisión judicial en torno al debate entre HLA Hart y R. Dworkin. La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*.
- Rodríguez, C. (2005). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá. D.C.: Siglo del Hombre. 5 Ed. Págs. 189.
- Rojas Gómez, M. E. (2013). *Lecciones de Derecho Procesal–Teoría del Proceso Tomo I*. Bogotá. D.C.: Escuela de Actualización Jurídica. 4 Ed. Págs. 442.
- Roxin, C., Córdoba, G., Pastor, D., & Maier, J. (2003). *Derecho procesal penal. 25 Ed*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Págs. 601.
- Segura, C, Gil, M. J, & Sepúlveda, M. A. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de medicina Forense*, (43-44), 117-128.
- Segura, C., Gil, M., & Sepúlveda , M. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de medicina Forense*. (43-44), 117-128.

Segura, C., Gil, M., & Sepúlveda, M. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de medicina Forense*, (43-44), 117-128.

Suarez, J. (2014). INFERENCIA RAZONABLE, PROBABILIDAD DE VERDAD y CONOCIMIENTO MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE. *Principia Iuris*, 16(16), 1-446.

Summit, R. C. (1983). The child sexual abuse accommodation syndrome. *Child abuse & neglect*, 7(2), 177-193.

Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal: Manual del Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el Proceso Penal Común*. Lima.: Repositorio.amag.pe.

Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal: Manual del Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el Proceso Penal Común*. Lima: Academia de Magistratura. 1 Ed. Págs 162.

Taleb, A. (2012). Les procédures de guilty plea: plaidoyer pour le développement des formes de justice 'négociée' au sein des procédures pénales modernes. *Revue internationale de droit pénal*, 83(1), 89-108.

Tonini, P. (2018). *Manuale di procedura penale*. Roma: Giuffrè. 16 Ed. Págs. 688.

Zaffaroni, E. (1994). *Estructuras judiciales*. Buenos Aires.: Ediar. Págs. 224.