

Dictamen Pericial En Abuso A Menor De 14 Años¹

Johnny Marco Guevara Ortiz ^{*2}

Fecha de recepción: 12 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2018

Referencia: GUEVARA ORTIZ, Johnny Marco. (2018). Dictamen Pericial En Abuso A Menor De 14 Años. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 6. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

Resumen

Se realizó un estudio de carácter práctico y teórico que se enfoca en dos ramas: el derecho y la psicología efectuando un gran aporte la segunda a la primera, porque la psicología resalta la importancia de la correcta aplicación del test de modo que garantice tanto los derechos de la víctima como del victimario, elaborando un análisis jurisprudencial y simultáneamente entrevistando a las diversas entidades que juegan un papel importante dentro del proceso como lo son la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal y por ultimo las ventajas y desventajas del protocolo SATAC que concluye

¹ La presente propuesta de investigación del Semillero De Psicología Jurídica María Ángela Cristina Tapias de la Universidad Libre Seccional Cúcuta surgió a partir de la siguiente jurisprudencia: T-078 del 2010 y a T-1015 del 2010 a partir del concepto de duda razonable. En el sistema penal Colombiano con tendencia acusatoria como estándar de evidencia para validar una condena criminal que no puede transformarse en una barrera judicial especialmente para las víctimas de delitos sexuales en casos de menores de 14 años, se considera un elemento valioso a la hora de probar este tipo de conductas dentro del proceso el que el juez debe valorar tanto el testimonio del menor como dictamen pericial hecho por el psicólogo de medicina más probable de una manera imparcial. El autor agradece a los integrantes del semillero Deisy Xiomara Arévalo- Forero, Nicolás Borrero –Mejía, Paula Collazos-Erazo , María Alexandra Martínez – Meneses.

² Psicólogo, de la Universidad de Pamplona 2004, con estudios de especialización en La Fundación Universitaria San Juan de Castellano en Ética y pedagogía 2013, Universidad Libre Seccional Cúcuta Especialista Salud y seguridad en el trabajo 2017, Magister en Orientación de la Conducta Centro de Investigaciones Psiquiátricos Psicológicos y Sexológicos de (2011), Magister en Orientación en Sexología Centro de Investigaciones Psiquiátricos Psicológicos y Sexológicos de (2012), Docente de la Universidad Libre desde 2005 hasta la actualidad, Director del Semillero De Psicología Jurídica: María Ángela Cristina Tapias.

en proponer la aplicación del protocolo Michigan para una optimización en el funcionamiento de este sistema a la hora de realizar el dictamen pericial de manera que reduzca la duda razonable.

Palabras claves: Dictamen pericial , SATAC ,Michigan, Duda Razonable .

1. INTRODUCCIÓN

La psicología jurídica se enfatiza en dos ramas: el derecho y la psicología. Por ende, permite el estudio de la conducta humana dentro del ámbito jurídico, lo cual es de una aplicación inmediata real de un derecho fundamental. El centro de psicología Aaron Beck ha definido la psicología jurídica como "una rama o especialidad de la psicología, y como tal es una disciplina aplicada, que trata de aplicar los conocimientos y técnicas básicas y experimentales propias de la psicología al estudio de la conducta humana en sus diferentes facetas dentro del ámbito legal, en sus diferentes contextos (tribunales, penitenciaría o asistencia víctimas, entre otros)" (Centro de Psicología Aaron Beck, 2005-2018). Por lo cual se ha evidenciado que la noción de la prueba trasciende el campo del derecho y permite llegar a una verdad probatoria³.

El sistema penal acusatorio reformado por el acto legislativo 03 de 2005, permite al legislador colombiano enunciar el principio de inmediación en materia probatoria, por eso establece que el juez debe tener en cuenta las pruebas practicadas y controvertidas en el juicio oral. El dictamen pericial es una opinión justificada científicamente y explicada por un experto versado en una ciencia donde se establece un valor probatorio no solo en lo argumentativo sino en las pruebas. “La corte constitucional colombiana en múltiples oportunidades ha reconocido el derecho a la prueba como derecho fundamental en todas sus manifestaciones en las actividades” (Beltrán Ferrer, y otros, 2010, pág. 98) por ello la búsqueda de la prueba debe respetar los derechos fundamentales, las garantías constitucionales y las formalidades legales por lo cual estos derechos son valores inalienables e inherentes de la naturaleza del hombre. Por consiguiente, la investigación se centra en 3 hipótesis.

³ Sobre la verdad en el proceso judicial puede consultarse (Sánchez Novoa, 2013) (Vicuña de la Rosa, & Castillo Galvis, 2014).

Primero, la duda razonable se desarrolla conforme al estándar de convencimiento del juez. Por ello cuando hay duda respecto al implicado, un proceso penal le favorece debido a que las pruebas presentadas en el juicio oral y público no demuestran la culpabilidad del hecho ilícito realizado por el supuesto autor del delito.

Segundo, el protocolo SATAC utilizado en abuso de menor de 14 años que realiza un psicólogo de la fiscalía general de la nación presenta un innúmero de actos equívocos.

Los menores de edad tienen una especial protección según el artículo 44 de la constitución política, donde se estipula la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás, por lo cual, la trascendencia respecto al protocolo SATAC en casos de abuso de menores de 14 años tienen una especial protección de tal formal en la actividad probatoria debe ser eficaz, para tal efecto donde no se revictimice al menor. El psicólogo de la fiscalía general de la nación no es catalogado como perito y por ello ese procedimiento semi-estructurado que busca conocer cómo sucedieron los hechos de abuso sexual pierde fundamento, y además la fiscalía general de la nación y el instituto de medicina legal se contradicen al momento de utilizar el protocolo para la investigación de los hechos contados por el menor abusado, debido a que la fiscalía argumenta que medicina legal utiliza el protocolo SATAC para la entrevista del niño, pero contradicen debido a que medicina legal aduce que ellos no lo utilizan el protocolo SATAC.

El tercero, se enfocará en la actividad que desarrolla el perito al momento de ir al juicio oral. Por ello, hay una índole de falencias donde la fiscalía que no es catalogada como perito presenta ese informe denominado protocolo SATAC y se refleja un innúmero de violación de derechos fundamentales, en consecuencia, a la ineficacia del funcionario de la fiscalía afectando tanto a la víctima como al victimario, es decir, se puede condenar a una persona siendo inocente o se puede absolver a una persona siendo culpable, debido al mal desarrollo de la práctica de pruebas.

Respecto a la calidad de medio de prueba del dictamen pericial y en qué momento procesal se ubica dentro del proceso penal es necesario realizar la siguiente aclaración, en la gran mayoría de las veces confunden el medio probatorio con el objeto de la prueba, debido a que el objeto de la prueba está constituido por el hecho que siempre es anterior al proceso mientras el medio probatorio se utiliza para incorporarlo a este y hacerlo conocer al juez.

La presente investigación es un resultado parcial, de carácter jurídico es de tipo descriptivo y de enfoque cualitativo. Se aplicó el método teórico hermenéutico de análisis documental, se examinó jurisprudencia de la Corte Constitucional y la corte suprema de justicia. Se diseñaron fichas bibliográficas y jurisprudenciales para clasificar y organizar la información. Las técnicas de recolección de información empleadas fueron las Reseñas analíticas.

2. ¿QUÉ ES LA PERITACIÓN?

En Colombia actualmente la peritación tiene la finalidad de dictaminar un resultado conforme a una prueba que puede estar involucrada en procesos penales, civiles o comerciales. Se le titula perito a las personas versadas en una ciencia que contribuyen a una prueba permitiéndole un certeza o credibilidad de un testigo involucrado en proceso judicial; la corte constitucional ha establecido "que el dictamen pericial consiste en una declaración de carácter técnico, científico o artístico, sobre hechos que interesan al proceso, rendida por personas que por sus conocimientos y su experiencia son considerados expertos en la materia respectiva." (Sentencia T-796, 2006).

Gómez Orbaneja y el propio Prieto Castro estiman que los peritos son auxiliares del juez, y que le proporcionan los conocimientos que éste no tiene, pero son necesarios para la resolución del pleito.

BONNIER afirma las pruebas son diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

La prueba puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir.

Devis Echandia, Hernando: "La peritación es una actividad procesal desarrollada por encargo judicial a personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos, científicos, permitiendo suministrar al Juez o razones para la formación de su convencimiento en razón a ciertos hechos cuyo entendimiento escapa a las actitudes del común de las gentes" (Devis Echandia , 2012, pág. 286)

Gómez Lara Cipriano: "La prueba pericial se hace necesaria en el proceso cuando, para observar, examinar el hecho que se trata de demostrar requiere conocimientos científicos o

la experiencia de la práctica cotidiana de un arte u oficio”. Según Luis Fernando Bedoya, respecto a la importancia de la prueba pericial, para que el informe sea admisible como evidencia es necesaria la presencia del perito en el juicio oral, es decir el artículo 415 en su parte final expresa: “en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio” (Peláez Mejía & Sanabria Villamizar, 2017). Es decir, es una de las posiciones existentes de interpretación, dependen a su vez del modo en que el juez interprete la norma y su aplicación; uno de los aspectos a resaltar es la naturaleza jurídica de la prueba pericial permitiendo al juez lograr el enjuiciamiento más correcto de los hechos controvertidos. Según T-796 de 2006 donde la experticia es comprendida “Un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez” (Sentencia T-796, 2006).

La corte constitucional ha establecido que por su parte el demandado tiene el deber de probar los hechos que exoneran su responsabilidad dando lugar a la presunción de inocencia. “Las pruebas son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor en una máxima probabilidad” (Sentencia T-796, 2006)

El dictamen pericial es considerado un medio de prueba según el art 165 del código general del proceso y 233 del código de procedimiento penal. Se define como medio probatorio “el conjunto de actividades que se realizan en el proceso con el objeto de llevar la prueba de los hechos de la controversia” (Azula Camacho, 2010, pág. 101).

En el sistema penal acusatorio, regido por la ley 906 del 2004 reglamenta como medio de conocimiento todo lo que constituye como instrumento que son llevados al juicio y permite un descubrimiento de verdad procesal en los fines de la prueba. Por ello en el artículo 372 del código de procedimiento penal ha definido que “la prueba tiene por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”. Es decir, permite que el juez tenga claridad y convencimiento de lo probatorio, permitiendo una decisión justa y conforme a la inmediación.

En ese entendido, es necesario investigar cuáles son las fallas en la política criminal relacionada con los fines de la pena en Colombia, toda vez que el fracaso del sistema penal y del control social denominado pena, presume su adyacente nacimiento embarcado por tintes populistas, poco inclusivos a la teoría constitucional. Realizar un diagnóstico cuidadoso del problema político criminal, enfocado en la verificación de ciertas fallas, resultaría indispensables en un futuro, por el cual, se depararía propuestas en torno a la superación y deconstrucción de la política criminal, propugnando por la armonía social como fin del control social que ejerce el Estado a través del derecho penal. (Parra, 2017)

Existe una delgada línea entre la peritación o prueba por peritos respecto de la inspección judicial, actividad ejercida por el juez, defensa que se distingue de las actividades similares extraprocesales porque todas son actividades humanas. Sin embargo, la peritación tiene unas características particulares que desvelan su importancia dentro del proceso, como que son de carácter procesal y son por encargo judicial que ayudan en la función del juez como técnico en derecho.

“hablar de prueba solo se concibe como tal en el momento que el juez de conocimiento las acepte, de tal forma que el enunciado fáctico que se presenta en audiencias preliminares ante el juez con función de control de garantías funda su decisión con evidencia física, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, por consiguiente, surge un problema, el de la motivación del juez.” (Hernández Ramírez, 2013).

2.1 Valoración probatoria del dictamen de los peritos y su estimación por el juez.

El juez por lo general carece de los conocimientos necesarios sobre otras ciencias y cuestiones de arte, técnica, mecánica, numerosas actividades prácticas cuyo requisito fundamental es la larga experiencia, por lo tanto, se ve en la necesidad de verificar los hechos o determinar sus condiciones especiales por medio de expertos en la materia denominados peritos⁴.

⁴ Sobre valoración puede consultarse (Reyes Sinisterra, 2013) y en relación a consideraciones epistémicas en materia procesal penal puede consultarse (Polanco Polanco, 2015).

Por ejemplo: cuando se alega que una persona sufrió, en cierta época una determinada enfermedad e incluso que fue una enfermedad grave, que puso en peligro su vida o implicó una incapacidad mental o física durante un tiempo o que todavía subsiste, es prueba conducente el testimonio de los médicos que la atendieron y percibieron sus síntomas y sus efectos, pero si se necesita saber cuáles fueron las causas de esa enfermedad o sus efectos posteriores, no percibido por esos médicos, es indiscutible el dictamen de peritos, distintos de tales testigos. Es decir, el testigo técnico narra lo que percibió gracias a sus conocimientos técnicos, dándole las calificaciones técnicas o científicas que corresponden, pero no puede emitir dictámenes sobre las causas y los efectos de lo que observó, ni sobre avalúos basados en deducciones técnicas, porque entonces invade el terreno exclusivo de los peritos (Devis Echandía, 2012).

La controversia recae siempre y cuando no se exceda la función del perito, es decir, que no se pida que den calificaciones jurídicas de los hechos o percepciones de los mismos porque estaría llevando a cabo una de las funciones del juez “por ejemplo si ciertos hechos constituyen o no el delito o la infracción contemplada en determinada norma legal.” (Devis Echandía, 2012). Respecto al objeto de la peritación posee ciertas características de las cuales se han nombrado algunas anteriormente, pero existen otras como actividad de personas calificadas en determinada área, encargo judicial previo, sobre hechos y no cuestiones jurídicas, hechos especiales en razón de su estudio y comprensión, declaración de ciencia por percepción y no por deducción o inducción, operación valorativa, medio de prueba (Devis Echandía, 2012).

3. ¿QUÉ ES LA DUDA RAZONABLE?

La duda razonable desde el punto de vista del derecho anglosajón ha sido denominada la indiscifrable duda razonable a pesar de que en sus orígenes fue claro; a partir de la epistemología con un enfoque filosófico “se trataba de verdades firmes y bien establecidas, fundadas en múltiples pruebas materiales y testimoniales” (Laudan, 2013, pág. 64); sin embargo, este concepto fue mutado por los jueces al tratar de emitir conceptos sobre el mismo también denominado BARD (Beyond a Reasonable Doubt).

En los sistemas anglosajones, el perito es un testigo que tiene la categoría de experto en áreas científicas o técnicas. Cada parte puede presentar testigos expertos, a los que preparan y

además, les pagan lo que en palabras de Taruffo genera “la figura del perito o testigo como un pistolero a sueldo, dispuesto a servir a la parte que lo convoca” (Grunstein Aguirrezabal , 2011).

“La duda se entiende como carencia de certeza y deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la imposibilidad probatoria para que se dictara sentencia condenatoria.” (Tribunal Superior de Bogotá, 2013)

En Colombia el sistema judicial se encarga no de encontrar la verdad absoluta en cuanto a un hecho, sino declarar un hecho como probable más allá de toda duda razonable. En este sentido, la importancia recae en analizar de la manera correcta y más profesional todas las actuaciones que estructuran un hecho en particular.

Es evidente que las entrevistas que hacen los psicólogos, ya sea de la fiscalía general de la nación o de medicina legal a una presunta víctima de delito sexual, se da de manera sesgada debido a que los sentimientos de desprecio que nacen sobre este tipo de conductas y la presión popular en algunos casos llevan a que los encargados de tomar este tipo de testimonios lo hagan de manera parcializada y no asuman de manera adecuada una postura neutra que ayude a construir una teoría del caso probablemente más acertada.

3.1. Jurisprudencia

En distintas jurisprudencias la corte constitucional ha dejado muy claro que la duda razonable no puede transformarse en una barrera judicial para las víctimas de este tipo de delitos, es por esta razón que el testimonio de una víctima de delitos sexuales en particular si es menor de 14 años se considera un elemento material probatorio dentro del proceso judicial y se considera un elemento valioso a la hora de probar este tipo de conductas

Los menores gozan de una protección reforzada, por lo cual en este tipo de casos deben ser tratados siempre por un profesional que brinde un tratamiento psicológico y total credibilidad a la hora de tomar los testimonios del menor como elementos materiales probatorios en la etapa de juicio.

Es en esta etapa el juez debe valorar tanto el testimonio del menor como el dictamen pericial hecho por el psicólogo de medicina legal, también debe valorar las pruebas presentadas por la defensa.

En esta instancia procesal que el juez debe de una manera imparcial encontrar la verdad más probable, ponderando tanto la protección reforzada del menor por un lado y la presunción de inocencia del otro.

3.2. Doctrina

La sociedad debe ser respaldada por una seguridad jurídica del gobierno que implica que el individuo no sea declarado culpable por algún delito donde no se evidencia el convencimiento de unos hechos jurídicamente relevantes conforme al proceso de juicio de tipicidad perfecto de la culpabilidad de dicho individuo expresada por un juez.

La ley 906 del 2004 del código de procedimiento penal se encuentra conformada por la certeza objetiva fundamentada por los medios de conocimientos, por ello se implica unos efectos normativos que son:

1. El artículo 7 del C. de P.P dice: “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable”.
2. El artículo 372 del C. de P.P que establece los fines: “Las pruebas tiene por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o participe”.
3. El artículo 378 del C. de P. P que dice “Contradicción. Las partes tiene la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorio y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.
4. El artículo 381 del C. de P.P que dice “Conocimiento para condenar. 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”.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental que tiene toda persona hasta que no se le haya declarado culpable en una sentencia judicial, por lo cual va ligado con el in dubio pro reo, donde se evidencia que carece de certeza las pruebas presentadas ante un juez. Lo que se denomina “si no llegare el convencimiento más allá de toda duda razonable” (Sentencia C-782, 2005).

En consecuencia, cumple con una finalidad constitucional como el debido proceso, artículo 29 de la constitución política de Colombia: Afirma que mientras haya duda respecto a la responsabilidad del delito cometido por la persona será absuelta ya que toda duda se presenta a favor del procesado, y para proferir la sentencia condenatorio por un juez deberá tener pleno convencimiento de la responsabilidad penal.,

El CPP, también regula un sistema de prueba pericial de parte, tal como lo señala (Villamizar, 2017) para la descripción de la producción de esta prueba en el proceso penal, de esta forma se estudia de manera independiente cada una de las etapas del procedimiento probatorio, teniendo en cuenta que, si bien están directamente relacionadas, analíticamente resulta valioso dividir las, pues en cada una de ellas se suscitan problemas jurídicos diferentes, amén de resultar pedagógico para la cabal comprensión de la realidad normativa colombiana.

3.3. La Duda En El Proceso Penal De Jordi Nieva Fenoll.

En sus inicios, la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia se formulaba como la regla de carga de la prueba. En el transcurrir de los siglos se transformó en una justicia social con fundamento a la norma jurídica compuesta por los principios rectores y garantías procesales. En la carga de la prueba, constitucionalmente le corresponde al órgano de investigación demostrar los hechos de la acusación, para que con ello desvirtúen la presunción de inocencia del acusado, por consiguiente, la presunción de inocencia fue originariamente por la carga de la prueba.

En el proceso penal la parte acusadora pone en cuestión la inocencia contravirtiendo el dubium que es la discusión de la presunción de inocencia. Lo que hace el juez es comprobar si la persona es culpable del delito mediante medios de conocimiento y debe alejarse de los

prejuiciosos sociales de sospecha o un pensamiento cerrado respecto a la inocencia de la persona que entra formalmente al proceso penal.

En la psicología se ha desarrollado varios métodos o parámetros para la evaluación de la duda JOHNSON-LAIRD. Dicho autor afirmaba que una conclusión válida si resulta verdadera, al menos en un escenario en que sus premisas sean indudablemente verdaderas. A renglón seguido acertaba que, si cabe imaginar otros contextos alternativos en que las premisas también sean válidas pero la conclusión errónea, la inferencia será progresivamente más débil (Nieva Fenoll, 2013, pág. 84)

3.4. Casos

Sentencia T-078/10

La doctrina contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional ha establecido que la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio. En los casos de abuso sexual ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido. Por consiguiente, ignorar el testimonio de un menor incuriría en una vía de hecho que contraria el precedente constitucional.

Las autoridades judiciales no deben actuar de manera discriminatoria y los fallos deben resolverse bajo el principio pro infans, es decir, se debe ajustar bajo los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución política, que proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño.

Néstor Iván Osuna Patiño, actuando como apoderado de María y de su hija menor de edad Laura, interpone acción de tutela contra la fiscalía general de la nación; debido a que la providencia desconoció que la menor de edad, es decir la víctima de abuso sexual de 4 años no están obligados a testificar. Alegando que incurrió en causales de procedibilidad de la acción de tutela por ende se vulneraron los derechos fundamentales del debido proceso (art 29 C.P), igualdad de las partes ante la ley procesal (art 13 C.P), acceso a la administración de justicia (art 228 C.P) a la vez el art 44 de la C.P de los derechos fundamentales del menor de edad.

Finalmente, la corte constitucional resuelve:

- ✓ Primero que profiera una nueva resolución en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años
- ✓ Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Fiscalía 21 de Cartagena que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con (i) los argumentos expuestos en este fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con (ii) los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

Sentencia T-1015/10

Según la sentencia T-1015/10 el siguiente caso gira en torno a una preclusión ejercida por parte de la fiscalía en la investigación adelantada contra su padre (Miguel), por el presunto ilícito de acto sexual con menor de edad, sin embargo, la Señora Amparo presenta acción de tutela por considerar que la autoridad mencionada vulnera los derechos fundamentales de su hija Sofía frente al concepto de especial protección del cual goza los menores.

Antecedentes: Durante esos trámites Sofía comenzó a expresarle a Amparo comentarios sobre “juegos” que realizaba con su padre que la llevaron a sospechar sobre la ocurrencia de un abuso sexual cometido por Miguel contra Sofía.

Investigación penal adelantada contra Miguel

- ✓ Se realizaron distintas entrevistas por profesionales de la salud sobre las condiciones psicológicas de Sofía, Amparo y Miguel que fue sustentada con testimonios de algunos de los profesionales que entrevistaron a Sofía y documentos científicos sobre el valor del testimonio del menor en casos de abuso sexual.

- ✓ El trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009), la fiscalía 230 seccional decidió proferir resolución de preclusión en favor de Miguel. Como sustento de su decisión, expresó que al cierre de la investigación existía duda insalvable sobre la ocurrencia del hecho investigado dadas ciertas inconsistencias en el relato de los hechos por parte de la menor.
- ✓ Valoración irrazonable de los medios probatorios allegados.

Fallo Primera Instancia:

Hace referencia a diversas sentencias de casos similares en que resalta la importancia de los derechos del menor y su protección dentro de los tratados internacionales y su especial condición dentro de un proceso para evitar su revictimización; tales como la C-590 del 2005.

La corte constitucional realiza énfasis en que la intervención del juez de tutela en este ámbito es extremadamente reducido a causa del respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural e inmediación impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio de modo que las diferencias de criterio en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos; la procedencia de la tutela está condicionada a que el error sea ostensible y tenga incidencia directa en la decisión que se pretenda controvertir.

Interés superior del menor en el orden jurídico interno: Análisis Jurisprudencial

En un amplio número de decisiones, esta corporación expresa el alcance y contenido de los principios a la niñez, que explica a continuación:

Consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en la Convención sobre los Derechos del Niño, además, la jurisprudencia ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional que constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los menores, simultáneamente la Ley 1098 de 2006 y el art 9º en caso de conflicto con derechos de otras personas.

Sentencias T-510 de 2003 y T-397 especifican que las autoridades deben aplicar los conocimientos y métodos científicos-técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la más óptima.

Respecto al resuelve de la sentencia, diversos aspectos del dicho de Sofía permiten inferir la influencia de Amparo en la menor, por lo tanto, no puede desconocerse que fue Amparo quien calificó tales juegos como “malos” después del abandono del hogar por parte de Miguel, situación que, además, causó tristeza y rabia en Sofía.

Así mismo, fue Amparo quien introdujo en Sofía el vocabulario “técnico” sobre los genitales, el cual fue reproducido posteriormente por la menor en algunas entrevistas y valoraciones. Durante la investigación y los demás trámites judiciales y administrativos relacionados con la situación de Sofía, Amparo habló constantemente de las adicciones al juego y al sexo de Miguel.

4. ¿QUÉ ES EL SATAC?

El protocolo SATAC es un procedimiento semi-estructurado que busca conocer cómo sucedieron los hechos de abuso sexual cometidos al menor. Para que sea eficaz es fundamental tener en cuenta el desarrollo y la espontaneidad del niño(a)

“La entrevista se dirige específicamente a la edad y al desarrollo cognitivo, social y emocional del niño. Las entrevistas pueden incluir el uso de diagramas, dibujos y muñecos anatómicos.” (Cooley , 2010, pág. 5).

4.1.Principios para la entrevista o procedimiento SATAC

SATAC comprende cinco etapas: Simpatía (ii) Identificación Anatómica (iii) Preguntas Sobre Tocamientos (iv) Escenario Del Abuso (v) Cierre.

4.2.Protocolo SATAC como entrevista forense

Fue necesario para esclarecer nuestras dudas conforme al SATAC entrevistar una psicóloga especializada en el tema.

El protocolo SATAC es un modelo de ‘entrevista forense’, la cual es realizada a las víctimas menores de edad y con discapacidad para hacer observación del comportamiento,

circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. Este protocolo se realiza por parte de la fiscalía, los cuales son catalogadas sólo como entrevistadores forenses los cuales realizan actividades de Policía judicial.

Los temas fundamentales para obtener una respuesta favorable se basan en los aspectos de la comunicación dentro de dos campos el cognitivo y el desarrollo del menor. La participación del niño en la entrevista es crucial y depende del uso de innumerables funciones cognitivas.

Debemos tener cuidado de la forma en la cual le preguntamos a cada menor sobre los sucesos; De acuerdo con cómo nos tratemos de expresar, podremos recibir respuestas claras, concisas y muy importantes. Palabras como el qué, cómo, quién y cuándo son las más básicas y comunes, de allí podemos abrir espacio para seguir con preguntas un poco más avanzadas y conocer a fondo los hechos.

5. VERACIDAD DEL TESTIMONIO CONFORME A LA LEY 1090 DE 2006

Antes de iniciar el análisis de la respectiva ley referente al ejercicio de la profesión de Psicología, que permite el establecimiento del Código Deontológico y Bioético, es imperante nombrar los requisitos para la validez del dictamen que permiten una aproximación al concepto de verdad debido a que nombran ciertas características morales que dotan al perito de esa especial calidad dentro del proceso.

- A) Acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción que son considerados causas para objetar el dictamen en razón de que después de probados el dictamen o prueba de referencia queda sin valor probatorio.
- B) No exista prohibición legal de practicar esta clase de prueba: existe la posibilidad de que la ley prohíba la prueba por peritos para ciertos casos por lo cual en caso de su materialización tendrá nulidad absoluta.
- C) El dictamen pericial comprende juicio técnico pronunciado sobre los datos recogidos por perito designado a diferencia de las operaciones periciales preparatorias confiadas por los peritos a sus ayudantes.
- D) Los peritos no hayan utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño de su encargo.

- E) No exista una causa de nulidad general del proceso que vicie también la peritación; las que afectan el derecho de defensa de la parte contra quien se aducen o tramite propio de la prueba; ejemplo: practica antes de abrirse la etapa procesal del debate probatorio o después de precluida (González Pérez, 2015, pág. 316).

Respecto a la reglamentación consagrada en la presente ley se resaltan ciertos aspectos y su análisis.

Art 2 Responsabilidad “asegurar que sus servicios sean usados de manera correcta” “solamente prestaran sus servicios y utilizaran técnicas para las cuales se encuentren cualificados”. Este precepto nombrado anteriormente no en todos los casos es aplicable, especialmente en el problema de investigación de este proyecto en el cual justifican la aplicación única del protocolo SATAC por que no están capacitados en ninguna otra técnica y aun así su aplicación no es veraz por muchos profesionales coaccionan al menor a una verdad subjetiva de los hechos perdiendo totalmente su validez que reviste de concepto técnico –científico el acto de la peritación .Por las razones nombradas se hace énfasis en el siguiente segmento “Se mantendrán actualizados en los avances científicos y profesionales relacionados con los servicios que prestan ”

En su artículo 25 literal b resalta los casos en la cual los órganos judiciales podrán tener acceso a cierta información “Cuando las autoridades legales lo soliciten, solo en aquellos casos previstos por la ley, la información que se suministre será estrictamente necesaria”.

Recalca en el capítulo II de Deberes del psicólogo frente a los usuarios en su art 33 “rehusando la prestación de sus servicios para actos contrarios a la moral y la honestidad profesional”.

6 PROTOCOLO MICHIGAN

En los últimos años, la crítica dirigida al tipo de entrevistas llevadas a cabo por profesionales relacionados con la investigación del abuso psicológico y sexual al menor ha ido en aumento.

Dicha crítica se basa en el uso de técnicas pobres que podrían dar lugar a la implantación de recuerdos en la memoria del menor, o a que los adultos no escuchan o no se den por enterados de lo que el menor va revelando acerca del abuso en cuestión.

Motivo por el cual proponemos la aplicación del Protocolo Michigan en vez del Protocolo SATAC.

El objetivo de una entrevista forense es obtener una declaración de un menor de tal forma que desarrolle la sensibilidad, sea imparcial, y que nos lleve a la verdad, de manera que aporte una justa y correcta toma de decisiones en los sistemas de justicia criminal y de bienestar del niño.

Pautas que se deben tener en cuenta en cuanto al comportamiento, actitud y comunicación del entrevistador.

- ✚ Evite tocar al menor
- ✚ No haga nunca comentarios como “Vamos a terminar estas preguntas y luego te daré algo de beber”.
- ✚ Respete el espacio personal del menor.
- ✚ No mire fijamente al menor ni se sienta tan cerca de él / ella que éste/a pueda sentirse cohibido.
- ✚ Si el menor se desconcierta, o si está turbado o amedrentado, admita y aborde los sentimientos del menor, pero evite extenderse en dichos sentimientos.
- ✚ Comentarios tales como, “yo hablo con niños sobre este tipo de cosas todo el tiempo; no pasa nada por hablar conmigo de ello” pueden ser de ayuda.
- ✚ Evite hacer preguntas sobre porque el menor se comportó de una manera determinada.
- ✚ Sea paciente con las pausas en la conversación. Es adecuado mirar a otro lado y darle tiempo al niño para continuar hablando. De igual modo, es a menudo de ayuda el tomarse unos momentos para formular la siguiente pregunta.
- ✚ Aspecto importante entrevista forense evaluar la hipótesis más que para confirmarla (Ceci y Bruck ,1995).
- ✚ Las entrevistas forenses deben centrarse en el menor más que en el adulto.
- ✚ Los menores deben determinar el vocabulario y el contenido específico de la conversación tanto como sea posible.

Es necesario resaltar ciertos aspectos de la estructura donde el entrevistador consigue información usando los formatos de preguntas menos directivos y la razón por la cual decidimos realizar énfasis en este aspecto porque a diferencia del Protocolo SATAC, que muchas veces incurrir en preguntas directivas y cerradas debido al mecanicismo de los entrevistadores que se escudan bajo el argumento del empleo de esta herramienta.

Por el contrario, el protocolo Michigan describe la entrevista de una estructura general por etapas, pero no dicta que preguntas específicas debe hacer el entrevistador.

Partimos a realizar el análisis de las respectivas etapas:

7. .MEDICINA LEGAL

7.1.INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL

“El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate. Las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso.” (Ley 906, 2004)²⁵

Dicho lo anterior, para que se realice un informe pericial debemos de tener en cuenta que el caso debe de ser remitido por la autoridad o también puede ser pedido (por la fiscalía, procuraduría, abogado de la víctima o del indiciado acreditándose como parte activa del proceso) mediante una solicitud con unos respectivos requisitos obligatorios, a continuación, un oficio será allegado al Instituto de medicina legal con los datos de la persona, noticia criminal, el motivo por el cual requieren la pericia, anexar una copia completa del expediente del caso, entre otros.

El informe conlleva una entrevista más profunda, abierta o extensa que busca hacer una evaluación completa de la vida del niño, la cual permitirá ver como estaba el menor antes de los presuntos hechos y como estaría actualmente; “Recolectando información del niño, niña o adolescente y sus allegados, no solo sobre los hechos investigados sino del contexto en que se dan estos, enfatizando en las características de la víctima según el ciclo vital por el que atraviesa, la descripción de su medio social y familiar.” (Instituto Nacional de medicina legal, 2010)

Lo anterior con el fin de saber si existe un daño psicológico y tiene relación directa de causalidad con los daños causados. La entrevista será plasmada en “un informe pericial, que ya no es dictamen, porque acordémonos que en la ley 906 en el sistema penal oral acusatorio no es dictamen; Es un informe pericial que va a ser sustentado en audiencia de juicio oral y que solamente después de dicha sustentación es que como tal el juez lo reconoce como elemento material probatorio y permite que sea introducido, En ese momento se convierte ya como en prueba o en dictamen.” (Funcionaria del instituto nacional de medicina , 2017)

Todos los peritos que participen en procesos judiciales deberán de aplicar los lineamientos y reglamentos del instituto de medicina legal, el protocolo usado desde el 2009 es el protocolo de evaluación básica en psiquiatría y psicología forense. Allí están consignados aquellos aspectos que se deben de revisar, analizar y profundizar en la evaluación psiquiátrica o psicológica en cualquier tipo de pericia, como también las pautas para redactar el informe, por ejemplo: el hablar de las técnicas usadas a la hora de la pericia. La entrevista a la hora de hablar con el menor es semiestructurada, es decir, el perito es quien marca el curso de la investigación y guía al menor sobre los temas a hablar.

En algunos casos, las autoridades describen su motivo de peritaje de forma abierta y en otros casos lo hacen en forma de preguntas, las cuales se deben de responder una a una.

Existen también unas guías para cada tipo de pericias, en este caso, estaríamos hablando de la ‘guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales.’ Las cuales nos hablan de manera más específica sobre los pasos, lenguaje, actitudes que debemos de usar y analizar. Estas están mucho más enfocadas a las situaciones y edades de las personas a tratar.

En resumidas cuentas, podemos decir que, los cuerpos técnicos de investigación son catalogados sólo como investigadores, los cuales relatan lo que ya el niño ha dicho sin generar algún tipo de análisis; a diferencia de los funcionarios del instituto de medicina legal que son catalogados como peritos o testigos expertos.

8. CONCLUSIONES

Nuestro Semillero al estudiar una situación jurídica de la administración de justicia observa que presenta discrepancias al momento de ejecutar el protocolo SATAC debido a que la

fiscalía general de la nación no lo desarrolla de forma adecuada; es decir respecto a la estructura del protocolo SATAC presenta vacíos en cuanto al dictamen pericial y a su aplicación y es imperante resaltar la importancia de la experticia ética y profesional para poder llevar a cabo una aplicación adecuada del protocolo SATAC como un mero instrumento de educación del evaluador. Por lo tanto, se debe aumentar la conciencia del entrevistador en cuanto a la capacidad de desarrollo del niño; para lo cual es necesario tener en cuenta tanto las limitaciones como las capacidades potenciales y permitir que los entrevistadores forenses personalicen su ejercicio buscando aumentar al máximo la ayuda o conocimiento de cada niño.

- Consideramos como un medio más adecuado de guía el Protocolo de Michigan debido a que es más fácil su funcionamiento y su acceso al niño por medio del sistema de preguntas abiertas que evitan recaer en la coerción hacia el menor y su uso de una forma menos mecánica para el evaluador, sin embargo, no debemos olvidar que independientemente de que se aplique uno u otro protocolo su aplicación pertinente depende del factor de la experticia profesional y ética , y por ultimo resaltar las condiciones socioeconómicas ,culturales y políticas confluyen para la aplicación de cierto protocolo que al igual que muchos otros sistemas de nuestro país son extraídos de culturas totalmente ajenas a la Colombiana y que giran en torno a determinados factores y ambientes socioculturales. Entrevista y dictamen pericial son dos momentos distintos; el primero es realizado por la fiscalía, el segundo por el Instituto Nacional De Medicina Legal siempre y cuando este sea requerido.
- El cuerpo técnico de investigación (CTI) de la fiscalía deberá realizar una entrevista forense a niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual, para esto, debe contar con profesionales especializados en un protocolo o procedimiento para poder realizar dicha entrevista. Por tratarse de un menor de edad, es necesario estar acompañado de su representante legal o un pariente que sea mayor de edad. Toda la entrevista forense se grabará o se fijará en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito. El Objetivo principal es poder indagar sobre los hechos ocurridos (Ley 1652, 2013).
- En Colombia el cuerpo técnico de investigación se ha especializado en un protocolo.

El protocolo SATAC es un modelo de ‘entrevista forense’, la cual es realizada a las víctimas menores de edad y con discapacidad para hacer observación del comportamiento, circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. La persona que realiza dicha entrevista o el cuerpo investigativo son catalogadas sólo como entrevistadores forenses los cuales realizan actividades de Policía judicial.

Los niños se pueden concentrar en aspectos diferentes de lo sucedido, comparados con los adultos especialmente en los menores de seis años, encuentran difícil concentrar su atención en más de un aspecto importante de una experiencia. Es probable que un menor no pueda decir cuántas veces se realizó el hecho victimizaste o la ropa que llevaba puesta esa persona; sin embargo, podría relatar cómo se sintió en una situación o lo que se dijo. “Las preguntas inapropiadas para el desarrollo del menor pueden hacer que éste parezca incompetente y así se podría perder información valiosa. Al hacer preguntas que el niño pueda responder, se maximiza su competencia y mejora tanto la calidad como la cantidad de sus respuestas. (Ley 1652, 2013)”⁵

9. Referencias

Funcionaria del instituto nacional de medicina . (22 de Mayo de 2017). comunicación personal.

Azula Camacho, J. (2010). *Manual De Derecho Procesal. Tomo I: Teoría General Del Proceso*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

Beltrán Ferrer, J., Picó i Junoy, J., Ramírez Carvajal, D., Ruiz Jaramillo, L., Calmon, P., Llunch, X., . . . Medina Torres, C. (2010). *La Prueba Y La Decisión Judicial*. U. de Medellín.

Centro de Psicología Aaron Beck. (2005-2018). *Cursos de Psicología Jurídica y Forense*. Obtenido de <https://cursos-psicologia-juridica.cpaaronbeck.com/>

⁵ Finalmente, podría destacarse la importancia del acatamiento de los parámetros definidos en estos protocolos, con el propósito de no incurrir en la ilicitud o ilegalidad de la prueba que se obtiene, para así evitar la exclusión de esta por su contaminación. Al respecto puede consultarse (Sanabria Villamizar, 2014).

Cooley , T. (2010). PROTOCOLO RATAAC ® PARA ENTREVISTAS FORENSES DE CORNERHOUSE. *Journal of Practical and Clinical Law, Volume 12, Issue*, pp 193-331. Obtenido de https://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3318_sustento_protocolo_satac___cornerhouse.pdf

Devis Echandia , H. (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial Tomo II, 3º edición*. Buenos Aires: Editorial Temis.

Estado de Michigan. (Mayo de 2003). Grupo De Trabajo Del Gobernador Para La Justicia Del Menor Y Agencia Para La Independencia De La Familia. Protocolo De Entrevista Forense. Comité Combinado Y Agencia Para La Independencia De La Familia (FIA). Obtenido de <http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d368331/Protocolo%20Entrevista%20Forense.pdf>

González Pérez, E. (2015). *Psicología, Derecho Penal y Criminología*. Bogotá D.C.: Editorial Temis .

Grunstein Aguirrezabal , M. (2011). La Imparcialidad Del Dictamen Pericial Como Elemento Del Debido Proceso. *Revista Chilena De Derecho*, pp. 371 - 378. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200009

Hernández Ramírez, D. (2013). La evidencia física y los elementos materiales como sustento probatorio en las decisiones judiciales. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11638/1/LA%20EVIDENCIA%20F%C3%8DSICA%20Y%20LOS%20ELEMENTOS%20MATERIALES%20COMO.pdf>

Instituto Nacional de medicina legal. (8 de Febrero de 2010). Guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/40473/Gu%C3%ADa+para+la>

+realizaci% C3% B3n+de+pericias+psiqui% C3% A1tricas+o+psicol% C3% B3gicas+forenses+en+ni% C3% B1os% 2C+ni% C3% B1as+y+adolescentes+presuntas+v% C3% ADctimas+de+delitos+sexuales..pdf/92f2a895-a717-

Laudan , L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid. España: Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ley 1652. (12 de Julio de 2013). Congreso de la República. *Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201652%20DEL%2012%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>

Ley 906. (31 de Agosto de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_09060_204a.html

Nieva Fenoll, J. (2013). *La Duda En El Proceso Penal*. Madrid. España: Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Parra, D. A. (2017). LA CARGA DE LA PENA: UN DIAGNÓSTICO DE LAS FALLAS EN LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA EN CUANTO A LOS FINES DE LA PENA. Universidad de Nariño: *Revista Codex 3 (5)*. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

Peláez Mejía, J., & Sanabria Villamizar, R. (2017). Configuración de la Prueba Pericial en el Proceso Penal Colombiano. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, PP. 105-124. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v20n39/v20n39a08.pdf>

Sentencia C-782. (28 de Julio de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Alberto Beltrán Sierra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5515. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-782-05.htm>

Sentencia T- 078. (11 de Febrero de 2010). Corte Constitucional. Sala Novena de revision.

M.P.: Luis Hernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-078-10.htm>

Sentencia T- 1015. (7 de Diciembre de 2010). Corte Constitucional. Sala Novena de

Revision. *M.P.: Luis Hernesto Vargas Silva.* Bogotá D.C., Colombia: Referencia:

expediente T-2.520.834. Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1015-10.htm>

Sentencia T-796. (21 de Septiembre de 2006). Corte Constitucional. Sala Novena de

revision. *M.P.: Clara Ines Vargas Hernandez.* Bogotá D.C., Colombia: Referencia:

expediente T-1330716. Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-796-06.htm>

Tribunal Superior de Bogotá. (17 de Septiembre de 2013). MP Poveda Perdomo Alberto.

Bogotá, D.C.

Villamizar, R. J. (2017). La prueba pericial en el proceso penal colombiano. Analisis del
contro a la admisibilidad del conocimiento experto y la garantia de confrontacion.

Universidad de Nariño: *Revista Codex 3 (4)*. Disponible en:

revistas.udenar.edu.co/index.php/codex