El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS / TESTIMONIO DEL MENOR VÍCTIMA / ADICIONAR DETALLES CUANDO SE AMPLÍA NO ES FORZOSAMENTE SIGNO DE FALSEDAD O MANIPULACIÓN / SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL / VALORACIÓN PROBATORIA.**

… la jurisprudencia nacional ha cerrado filas en torno a considerar que es absolutamente normal que en las exposiciones de los menores víctimas de delitos sexuales no todo se diga desde la primera vez, y que ellos a medida que amplían su narrativa con frecuencia añaden otros eventos con similar o mayor incidencia en materia penal. Textualmente se ha expresado:

“[…] Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información.”

Quiere decirse con ello que a nivel jurisprudencial no se ha dado cabida a la tesis que contiene el recurso…, porque no puede tenerse por regla que cuando un menor amplía o agrega información relevante es porque necesariamente está mintiendo o alguien lo manipuló mentalmente para hacerlo. (…)

… sobran razones de peso para asegurar que lo que explicó el menor es confiable, creíble, pero ante todo, que no existen pruebas que lo desvirtúen, ni elementos de juicio atendibles que permitan dudar de la ocurrencia de estos episodios, menos aún para adjudicarle a la madre el mal entendido síndrome de alineación parental.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, cuatro (04) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN N° 1097

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Diciembre 05 de 2019. 8:22 a.m. |
| Acusados: | JWSS |
| Cédula de ciudadanía: | 10.001.832 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Actos sexuales con menor de 14 años e incesto. |
| Víctimas: | Menor T.A.S.LL. -6 años de edad para la época de los hechos- |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria de fecha octubre 21 de 2015. CONFIRMA PARCIALMENTE |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- Los mismos fueron denunciados el 14 de febrero de 2010 por parte de la señora JENNY MARCELA LLANOS MARULANDA, los cuales tuvieron ocurrencia en el barrio "Los Molinos", del municipio de Dosquebradas, al interior de una vivienda ubicada en la Cra. 2ª Nº 41-36, y están relacionados con una serie de abusos sexuales padecidos por el menor TASLL *-*de 5 años de edad para ese entonces-, de los que se dice fueron perpetrados por su señor padre JWSS.

Acorde con el contenido de los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía al proceso, se extrae que el señor JWSS y la señora JENNY MARCELA LLANOS MARULANDA, como producto de una relación sentimental que sostuvieron por poco tiempo, procrearon al menor TAS, el cual convivía con su madre, quien tenía la custodia del infante, pero que en algunas ocasiones el niño pernoctaba en el inmueble en donde residía su padre.

Según se aduce en el libelo de acusación, las veces en las que el menor acudía al domicilio del progenitor, este aprovechaba la ocasión para someterlo a una serie de vejámenes de tipo erótico-sexual, para así satisfacer su lujuria, tales como tomarle fotografías desnudo y manosearle los genitales

Dichos hechos fueron ventilados a la luz pública en una ocasión en la que el menor le dijo a su abuela materna y a la madre, el por qué no quería seguir yendo a la casa de su padre, indicándoles lo que le sucedía con un sobrino del acusado, de nombre Felipe, las veces en las que iba a dicho inmueble. Tal situación motivó para que la señora JENNY MARCELA LLANOS acudiera al ICBF, en donde luego de brindarle el acompañamiento del caso, se develó que no solo era el citado primo del menor quien lo manoseaba, sino que esos comportamientos lascivos también los perpetraba el padre, lo que suscitó la denuncia en su contra.

1.2.- La Fiscalía y por ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de Garantías de Dosquebradas (Rda.) en audiencia preliminar (marzo 10 de 2011) procedió a formularle imputación al señor JWSS por la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años -art. 209 C.P.-, en concurso heterogéneo simultáneo con el delito de incesto -art. 237 C.P.- los cuales NO ACEPTÓ.

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó escrito de acusación (abril 05 de 2011) en contra del señor JWSS en el cual se le endilgaron similares cargos, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Único Penal del Circuito de Descongestión de Dosquebradas (Rda.) -en la actualidad Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas-, autoridad que convocó para las audiencias de formulación de acusación (junio 01 de 2011), preparatoria (junio 30 de 2011), y luego de múltiples aplazamientos, se realizó el juicio oral (octubre 16 de 2014, febrero 25 y 26, agosto 26, septiembre 18 y octubre 21 de 2015) al cabo del cual se dio a conocer un sentido de fallo de carácter sancionatorio, para proceder en esa misma oportunidad a emitir la sentencia respectiva, por medio de la cual: (i) se condenó al señor JWSS al haber sido hallado responsable de la comisión de las conductas por las cuales fue llamado a juicio, a una pena de 134 meses de prisión; (iii) a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por dicho lapso; y (iv) se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, al no cumplir los requisitos legales para su concesión, por lo cual dispuso librar orden de captura

1.4.- Para llegar a tal conclusión el funcionaria consideró que en el presente asunto con los medios de conocimientos aportados al proceso se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. como necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria, y para tal efecto adujo:

El testimonio rendido por la victima sobre lo acontecido, ameritaba ser tratado con una especial consideración, por tratarse de un infante que había sido víctima de un delito sexual, el cual, acorde con lo consignado en la Carta y en el bloque de constitucionalidad, debía ser tratado como un sujeto de especial protección.

Se le debía conceder credibilidad a los señalamientos que la víctima efectuó en contra del Procesado, por cuanto, frente a lo acontecido, el relato del menor ha sido coherente, tanto es así que conserva su estructura lógica con lo que el agraviado le dijo en una entrevista que absolvió ante un investigador de la Fiscalía, y lo que le dijo a las psicólogas clínica y forense que lo estuvieron evaluando.

Lo atestado por el menor agraviado, obtiene eco en la opinión experta de la psicóloga PATRICIA INÉS MENESES, quien adujo que el relato del Infante debía ser considerado como lógico y coherente.

Si bien es cierto que el menor ofendido cuando absolvió testimonio, ante el contrainterrogatorio al que fue sometido por la Defensa, expuso que no recordaba muchas cosas, tal situación en momento alguno tenía la suficiente entidad o la relevancia como para afectar la credibilidad de todo lo que Él dijo respecto de los hechos lujuriosos que padeció porque tales acontecimientos ocurrieron cuando tenía escasos 6 años de edad, y al momento de su declaración ya había transcurrido cierto tiempo, lo que podría incidir para que no pudiera recordar detalles de lo sucedido.

Con los testimonios rendidos por varios de los parientes del acusado, aunado a unas fotografías y a los resultados de unos exámenes de laboratorio que fueron objeto de estipulaciones probatorias, se demostró que él padecía de una enfermedad dérmica denominada psoriasis, pero no se sabe, si para la fecha en la que ocurrieron los hechos, el Procesado padecía de esa enfermedad con una Intensidad o gravedad que de tal manera le Impidiera llevar una vida normal.

No es cierto que lo declarado por el menor agraviado en contra de su padre haya sido producto de manipulaciones o aleccionamientos efectuados por su madre, JENNY MARCELA LLANOS MARULANDA, para que de esa forma tuviera ocurrencia lo que se ha conocido como el síndrome de la alienación parental, porque si bien es cierto que de las pruebas allegadas al proceso se desprendía que las relaciones de los padres del menor ofendido no eran las mejores, de igual manera en la actuación no existen pruebas que demuestren que el testimonio del infante haya sido producto de un adoctrinamiento al que fue sometido por su madre con el propósito de perjudicar al acusado. Es más, de un análisis del testimonio del menor, no se avizora que haya sido preparado para que declarada en contra del autor de sus días, lo que a su vez obtiene corroboración en lo que declaró la psicóloga forense.

Por otra parte, en lo que tenía que ver con la tasación de las penas, el Juzgado de primer nivel, al encontrarse en presencia de un concurso de conductas punibles, tomó como delito base al injusto de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, por ser el reato reprimido con las penas más graves. Al momento de dosificar las penas, acorde con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, por su mayor gravedad y los subsecuentes daños psicológicos que los delitos sexuales le ocasionan a las víctimas de esos reatos, aunado a que se estaba en presencia de un concurso de conductas punibles, decidió acudir al primer cuarto medio de punibilidad, pero al límite inferior de ese cuarto, o sea 120 meses, le incrementó 4 meses más, para arrojar una pena de 124 meses, a la cual le adicionó un plus de 8 meses por el delito de incesto, para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 134 meses de prisión.

1.5.- Inconforme con la decisión adoptada, el defensor de JWSS refirió que apelaría el fallo y lo sustentaría por escrito dentro del término de ley.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa *-*recurrente*-*

Fundamenta su disenso en proponer la tesis consistente en que con las pruebas aducidas en el proceso no se cumplían los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado, por cuanto de las mismas solo manaban dudas probatorias, las cuales debieron haber sido capitalizadas a su favor.

De igual manera el apelante, de manera subsidiaria, denunció la ocurrencia de una serie de irregularidades acaecidas en el proceso de dosificación punitiva, lo que implicaba que debían ser menores las penas impuestas.

En lo que atañe con los cargos principales a los que acudió el recurrente para demostrar su inconformidad con el fallo confutado, se tiene lo siguiente:

Procedió a criticar las razones aducidas por el juzgado de primer nivel para concederle total y absoluta credibilidad al testimonio de la víctima, porque de un análisis de lo declarado por el menor agraviado se observa la existencia de protuberantes inconsistencias en su relato que repercuten para que se pueda saber si los hechos endilgados en contra del acusado sucedieron o no.

Tal situación se destaca de la locuacidad del menor en el relato que da respecto de los tocamientos y demás vejámenes erótico-sexuales que su padre le hacía cuando se encontraban a solas, pero guardó un preocupante mutismo ante una serie de preguntas que le formuló la defensa sobre detalles cotidianos que eran transcendentes y relevantes, frente a los cuales nada recuerda, tales como: desde cuándo sucedían los hechos; características que presentaba el cuerpo de su padre; a qué horas del día sucedían los hechos; cuánto tiempo transcurrió desde que sucedieron y los contó; cómo era la distribución de la casa de la abuela paterna; cómo era la habitación de su padre; qué prendas de vestir utilizaba su padre, y si él utilizaba pijamas, etc...

Según la defensa, tales aspectos sí eran relevantes para determinar la credibilidad que le asistía al testimonio del menor agraviado, pero que no fueron tenidos en cuenta por el juzgado *a quo,* quien le creyó ciegamente a todo lo que la víctima dijo en su testimonio.

El testimonio del menor agraviado se practicó de manera irregular por cuanto no se tuvieron en cuenta las disposiciones del artículo 193 de la Ley 1098/06 que preceptúan la necesaria presencia de un psicólogo, para que evalué los procesos cognitivos del menor al rememorar los hechos. A lo que se le debe aunar que la presencia de la Defensora de Familia en dicha diligencia se tornó en fútil porque lo único que hizo fue fungir como una especie de eco de las preguntas formuladas por la Fiscalía, las que de contera tenían un alto contenido sugestivo, lo que a su vez propició un testimonio del cual se avizoraba la recitación de un relato previamente aprendido.

El juzgado de primer nivel no apreció en su debida dimensión los testimonios absueltos por el procesado y varios de sus parientes, así como las pruebas estipuladas, las cuales demostraban que el acusado padecía de psoriasis para la fecha en la cual ocurrieron estos episodios, y que como consecuencia de dicha enfermedad prácticamente se encontraba avergonzado y acomplejado por las huellas que está habida dejado en su cuerpo, razón por la que no vestía pantalonetas ni camisetas, e incluso hasta dormía con pantalones largos y prácticamente vestido.

Se desconoció la existencia de ciertas razones que incidían para descalificar el testimonio rendido por la psicóloga forense PATRICIA INÉS MENESES, quien fundamentó su opinión experta con base en una sola entrevista que le recibió a la víctima, desconociendo de esa forma la normativa que orienta la profesión de la psicología consagrada en los artículos 1º y 47 de la Ley 1090/06, las cuales aconsejan que acorde con la complejidad que caracteriza a los seres humanos, los procesos de diagnóstico y evaluación psicológico que se hagan no pueden estar circunscritos a una sola entrevista.

De igual manera el apelante adujo que la perito al emitir su experticia no tuvo en cuenta los protocolos ni las guías emitidas por el Instituto de Medicina Legal para la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes que hayan sido presuntas víctimas de delitos sexuales, porque no se sabe: ¿cómo se evaluaron las funciones cognitivas del agraviado, así como la memoria, la atención y concentración?; ¿qué método se utilizó para concluir que el relato del menor debía ser considerado como lógico y coherente?; ¿de qué criterios científicos se valió para emitir el dictamen?; ¿por qué se ignoraron elementos de juicio que permitían indagar por la presencia del síndrome de la alienación parental? ya que la madre del menor le había manifestado a la perito su temor de perder la custodia del niño como consecuencia de unos conflictos suscitados con el padre.

Se ignoraron elementos de juicio que demostraban que se estaba en presencia del síndrome de la alienación parental, por cuanto estaba demostrada la animadversión que la señora JENNY MARCELA LLANOS MARULANDA le profesaba al señor JWSS, sumado: a) El temor expresado por la madre de perder la custodia de su hijo; b) La denunciante es psicóloga de profesión; c) Inicialmente el menor profirió unos señalamientos en contra de un primo de nombre *"FELIPE",* pero posteriormente de manera extraña todo se volcó en contra de JWSS; d) El menor en su testimonio expuso con solvencia todo lo que su padre le hacía, pero en el contrainterrogatorio se abstuvo de responder aspectos relevantes de fácil recordación.

Todos esos factores, acorde con la defensa, eran indicativos de que el menor fue manipulado y aleccionado por la señora JENNY MARCELA LLANOS MARULANDA para que declarará en contra de su padre.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los cargos formulados de manera subsidiarla por el apelante en contra del fallo opugnado, como ya se dijo, los mismos consistieron en reprochar la tasación de las penas impuestas al procesado JWSS, en las que el a *quo* desbordó las facultades legales, porque erradamente decidió partir de primer cuarto medio de punibilidad, amparado en el argumento consistente en la gravedad de las conductas perpetradas por el acusado y que cometió un concurso de conductas punibles, lo que es desacertado, porque si al encausado no se le incriminaron circunstancias de mayor punibilidad y a su favor tenía la circunstancia de menor punibilidad de la falta de antecedentes penales, ello Implicaba, según lo regla el inciso 2º, artículo 61 C.P. que debía aplicar los cuartos mínimos de punibilidad.

Tal situación implicaría que se deban redosificar las penas impuestas, para lo cual, siguiendo los mismos derroteros trazados por el *a quo,* se debe partir de la pena mínima del primer cuarto de punibilidad, o sea 108 meses, al que se le debería adicionar 6 meses más, e incrementarse en 8 meses adicionales por el delito concursante, para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 122 meses de prisión.

A modo de conclusión, la defensa solicitó la revocatoria del fallo opugnado, para que en su lugar el procesado sea absuelto de los cargos por los que fue acusado, y de manera subsidiaria deprecó para que se redosifique la pena.

**2.2.-** Fiscalía -no recurrente-

Pide se confirme el fallo, y para ello adujo que no existían razones para no concederle credibilidad al testimonio de la víctima, por cuanto a pesar del tiempo transcurrido, en su relato fue muy claro y sentido respecto de lo acontecido. Y si bien en ciertos asuntos que eran irrelevantes guardó silencio, ello tiene una explicación lógica que no le merma credibilidad a sus dichos por cuanto cuando ocurrieron los hechos tenía unos 5 años de edad.

De Igual manera, la no recurrente expuso que no podían ser de recibo las críticas efectuadas por el recurrente para cuestionar el testimonio rendido por la psicóloga forense PATRICIA INÉS MENESES, porque el apelante se fundamentó en los dichos de un perito que no participó en el juicio ni entrevistó a las víctimas. Además, la perito en su testimonio explicó cómo se desarrolló la entrevista y los métodos que empleó en ella. Asimismo no se podía desconocer que la experta, quien es una persona con amplia experiencia y trayectoria, en su testimonio fue clara al aseverar que la entrevista que le recepcionó al menor la hizo acorde con los protocoles del INMLCF, y expuso las razones por las cuales el relato de la víctima debía ser considerado como lógico y coherente.

**2.3.-** Apoderado de víctimas –no recurrente-

Expuso que había que creerle al testimonio del menor agraviado, por cuanto sus dichos estaban corroborados por muchas de las pruebas allegadas al proceso, entre ellas: el testimonio de la señora JENNY MARCELA LLANOS; las valoraciones psicológicas, los testimonios de los peritos forenses, y la documentación contentiva de las historias clínicas.

De igual manera el no recurrente adujo, que si bien era cierto que el menor al momento de absolver testimonio se rehusó a no responder ciertas preguntas que la Defensa le formuló, tal situación en momento alguno le hizo mella a la credibilidad de sus dichos, por cuanto el testigo actuó bajo el amparo del privilegio constitucional que tenía a guardar silencio. Además, se debía tener en cuenta que cuando ocurrieron los hechos la víctima tenía 5 años de edad, por lo que acorde con la psicología, las personas de esa edad por las capacidades cognoscitivas que tienen, solo guardan de manera fragmentada aspectos de sus vivencias, y suprimen la información que consideran innecesaria. Siendo esa la razón por la que el declarante en su testimonio no recordó aspectos relacionados con el entorno en donde ocurrieron los hechos.

Asimismo el no apelante expresó que el testimonio de la víctima se recepcionó acorde con las disposiciones de la Ley 1096/06, y sin que se presentara oposición de ningún tipo por parte de la Defensa quien participó activamente en dicha prueba, tanto es así que contrainterrogó al testigo. Por ello, concluyó que se debe considerar como impertinentes los reproches formulados por el apelante respecto de la forma como se practicó la aludida prueba.

Respecto de las críticas que el apelante formuló en contra del testimonio de la psicóloga PATRICIA INÉS MENESES, el no recurrente expuso que tales reproches, que se fundamentaron en el concepto de otro psicólogo, deben ser consideradas como extemporáneos ya que no se hicieron en las oportunidades procesales pertinentes, las que corresponderían cuando la experta rindió su testimonio en el devenir del juicio.

Finalmente el no recurrente expresó que en el proceso no se presentó el síndrome de la alienación parental, porque fue completamente objetiva la intervención de la señora JENNY MARCELA LLANOS en el devenir de los acontecimientos, tanto así que estos salieron a la luz pública luego que funcionarios del I.C.B.F. entrevistaron al menor agraviado, quien les dijo a Ellos lo que le sucedía en la casa de su padre las veces en las iba a visitarlo.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, el funcionario de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Defensa-

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el juzgado de primer nivel en sustanciales yerros en la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta de la existencia de unas dudas razonables que debieron ser capitalizadas a favor del procesado **JWSS**, acorde con los postulados que entraña el principio *in dubio pro reo?*

**3.3.- Solución a la controversia**

De entrada debe indicarse que la Colegiatura no observa irregularidades sustanciales que obliguen a retrotraer la actuación a segmentos ya superados, ni en el asunto se ha propuesto la aniquilación total o parcial del procedimiento.

El presente proceso le correspondió por reparto inicialmente al magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA en noviembre 17 de 2015, quien presentó proyecto a la Sala en noviembre 5 del año que avanza -2019-. En ese proyecto se proponía la absolución a favor del acusado, pero la Sala mayoritaria no lo compartió, razón por la cual se dispuso que el asunto pasara al magistrado que seguía en turno –CASTAÑO DUQUE-, lo cual sucedió el pasado 15 de noviembre, quien procedió a radicar una nueva ponencia esta vez de carácter condenatorio, y el magistrado YARZAGARAY BANDERA salvará su voto.

Para una mejor comprensión del asunto en ciernes, se comenzará primero a mencionar cuáles fueron en concreto los argumentos que se trajeron en la inicial ponencia presentada por el Dr. YARZAGARAY BANDERA, y a continuación la Sala mayoritaria expondrá motivadamente qué piensa acerca de cada uno de esos argumentos, para luego pasar a explicar los propios en orden a asegurar que lo que el caso ameritaba no era la absolución sino la confirmación del fallo condenatorio proferido por el señor juez de primer grado.

Lo que sostuvo en esa inicial ponencia fue en concreto lo siguiente:

* PUNTO UNO: No se atendieron los reproches formulados por la defensa recurrente en cuanto al testimonio rendido por la perito psicóloga PATRICIA INÉS MEJÍA ESCOBAR, al decirse que la experta no tuvo en cuenta los protocolos ni las guías emitidas por el INMLCF para la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes víctimas de presuntos de delitos sexuales, ni la normativa consagrada en la Ley 1090/06 que orienta la profesión de la psicología. Y no se atendió ese argumento defensivo por cuanto si bien era un hecho cierto que se trata de una profesional en el área de la psicología, de igual manera tampoco se puede desconocer su rol de perito en dicha área como consecuencia de su calidad de funcionaria del INMLCF, lo que implicaba que no podía ser considerada como un perito clínico sino como una perito forense. Distinción importante porque las actividades de estos últimos, en el ejercicio de sus funciones, no se encuentran reguladas por las disposiciones de la Ley 1090/06, las cuales en su esencia se aplican solo a los psicólogos clínicos aunque el común denominador de ambas sea la valoración del estado mental del sujeto examinado. Lo expuesto, sin desconocer que la primera de ellas persigue un fin eminentemente terapéutico, que no es otro que el mejorar la calidad de vida de las personas; mientras que la finalidad de la segunda es la de analizar las repercusiones jurídicas de los trastornos mentales, para de esa forma orientar y facilitar al juez en la toma de ciertas decisiones. De ese modo se podía concluir que la diferencia habida entre ambas especialidades se encuentra en el contexto de la evaluación (clínico o judicial) y en el objetivo de la intervención (asistencial o pericial): el objetivo de la intervención clínica es el diagnóstico y tratamiento de los desórdenes mentales dentro de un contexto asistencial o de ayuda; mientras que el objetivo de la actuación forense es realizar una valoración psico-legal en un contexto judicial. Adicionalmente, no se podía pasar por alto que otra de las diferencias fundamentales habidas entre la psicología clínica y la forense, es que en la primera opera el secreto profesional consagrado en el numeral 5º del artículo 2º de la Ley 1090/06[[1]](#footnote-1), por cuanto al psicólogo clínico, por regla general, le estaba vedado divulgar o revelar las intimidades y confidencias que su paciente le haya confiado, salvo que exista consentimiento de su parte; en tanto tal confidencialidad propia del secreto profesional, no operaba en el escenario forense, en el que no tendría razón de ser tal prohibición porque el psicólogo forense, al ser una especie de auxiliar de la administración de justicia, tenía el deber de poner a disposición de la judicatura toda la información íntima que obtenga de las personas que examina, para que de esa forma el juez pueda tomar las decisiones que en su leal saber y entender considere pertinentes. En conclusión, las opiniones dadas por un perito forense en psicología no pueden estar atadas ni condicionadas a las disposiciones de la Ley 1090/06, la cual, como ya se dijo, esencialmente está destinada a regular el ejercicio de la profesión de la psicología, pero en el área de la psicología clínica, mas no en el de la forense.

SOBRE ESTE PRIMER PUNTO: La Sala mayoritaria está de acuerdo con la ponencia inicial del Dr. Yarzagaray, ahora constituido en salvamento de voto, en el sentido que no lo asiste razón a la defensa recurrente cuando afirmó que la psicóloga forense no aplicó los protocolos, ni las guías, ni la normativa que rige la profesión de psicología en este tipo de asuntos, porque, en efecto, no solo sí fueron aplicados, sino que la citada profesional no ostenta la condición de psicóloga clínica para la cual se encuentra destinada la normativa aducida, sino de psicóloga forense a quien corresponde otras pautas de actuación.

* PUNTO DOS: No se atendieron los reclamos en el sentido que la perito en su testimonio no explicó los métodos utilizados para emitir su opinión, por cuanto ella sí fue categórica en aseverar que además de entrevistar en dos ocasiones al menor perjudicado, para emitir la experticia se ciñó a lo consignado en la *"Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales"* expedida por el INMLCF. Lo cual para la Sala es totalmente verídico, ya que basta cotejar el informe pericial con el contenido del capítulo 6o de la versión 01 de febrero de 2.010 de la guía, para concluir que las directrices de ese protocolo sí fueron obedecidas.

SOBRE ESTE SEGUNDO PUNTO: La Sala mayoritaria ESTÁ DE ACUERDO con la ponencia inicial del Dr. Yarzagaray, ahora constituido en salvamento de voto, en el sentido que se equivoca la defensa al sostener que la experta forense no atendió los métodos establecidos para emitir su dictamen, porque un comparativo entre el informe base de su opinión pericial y lo dispuesto a ese respecto en los manuales del INML, enseña que la profesional acató lo que correspondía a esta clase de asuntos.

* PUNTO TRES: Se aclaró sin embargo, que a pesar de lo anterior, de todas formas las conclusiones a las que llegó la experta no tenían que ser atendidas de manera automática, porque para determinar el grado de credibilidad de esa opinión profesional se tenía que tomar en consideración los criterios consignados en el artículo 420 C.P.P. [[2]](#footnote-2); entre ellos, el relacionado con la naturaleza de la ciencia en la que el perito fundamentó su dictamen, por cuanto tiene una gran incidencia el saber si se está o no en presencia de una de aquellas ciencias tradicionalmente conocidas como ciencias exactas respecto de aquellas que no lo son[[3]](#footnote-3), y para el caso que nos concita no se está frente a una ciencia exacta sino inexacta, lo que repercute negativamente en el grado de confiabilidad del método utilizado, porque este sería reducido y por ende no absoluto. Más aún en el caso de la psicología al hablarse de que un relato es lógico y coherente, porque ello en modo alguno traduce que sea cierto en cuanto un relato mendaz o implantado también puede ser lógico y coherente [[4]](#footnote-4)

SOBRE ESTE TERCER PUNTO: La Sala mayoritaria ESTÁ DE ACUERDO con la ponencia inicial del Dr. Yarzagaray, ahora constituido en salvamento de voto, porque es cierto que lo sostenido en una pericia no necesariamente debe ser acogido automáticamente por el juez, sin que forzosamente medie una estimación crítica y razonada. Sin embargo, tampoco puede decirse que por ser la psicología una ciencia inexacta, entonces por esa mera circunstancia debe desestimarse judicialmente; de ser así, no se entendería que esa clase de intervenciones especializadas fueran solicitadas a efectos de servir como herramientas auxiliares e idóneas para orientar la valoración probatoria del juez.

* PUNTO CUATRO: Se aceptó como válido lo aseverado por la defensa en el sentido que el señor juez no comprendió que aquí estaba probado el fenómeno denominado “síndrome de alienación parental”, el que tuvo su génesis -según se dice- “en el temor que le surgió a la señora JENNY MARCELA LLANOS MARULANDA de perder la custodia del menor TAS”*,* lo que, en sentir de la defensa, suscitó que ella aleccionará al infante para que formulara en contra del padre una serie de mendaces incriminaciones relacionadas con la comisión de unos supuestos delitos sexuales que nunca tuvieron ocurrencia. Para ello, se trajo la definición de esa figura dada por la Corte[[5]](#footnote-5), y los elementos que la integran[[6]](#footnote-6). Y se asegura que ello es aplicable al caso en estudio, porque -según se dice- en este evento existen pruebas indiciarias[[7]](#footnote-7) que acreditan que “posiblemente” nos encontremos en presencia del fenómeno de la alienación parental. Se resalta en ese sentido lo referido por la madre denunciante y por el padre procesado, para sostener que: (i) entre ellos “de vieja data” se suscitó una controversia por la custodia de TAS*,* lo que tuvo lugar prácticamente “al poco tiempo del nacimiento del menor”, ya que el padre se lo quería llevar por varios días y la madre se oponía porque estaba muy pequeño y lo estaba lactando. De allí se derivó un acuerdo de visitar que estaba vigente para el momento de estos hechos; (ii) la madre desconoció lo pactado porque “de manera abusiva” procedió a sacarlo de ese lugar con base en el “pretexto” consistente en que el infante se encontraba expuesto a un riesgo inminente; (iii) la madre acudió al ICBF por la inicial información de su hijo que un primo de nombre FELIPE estaba manipulándolo en sus genitales; pero ocurrió que al ser entrevistado por una de las psicólogas de esa entidad, el niño adujo que el tal FELIPE no era la única persona que lo manoseaba, sino que esos actos reprochables también los perpetraba su padre, o sea el ahora procesado **JWSS**, las veces en las que pernocta en su domicilio. Afirmación que solo podría provenir de la madre por cuanto ella medió entre la primera versión ofrecida por su hijo ante los abuelos maternos, y aquella otra expresada ante la psicóloga del ICBF, quizá a raíz del contratiempo surgido entre la pareja con ocasión de estos episodios. Sin ser válido aquello de que no mencionó al padre desde un comienzo sino solo al primo FELIPE, por el miedo hacia el aquí acusado, el cual no sintió porque éste no se encontraba para el instante en que fue entrevistado por la psicóloga del ICBF, pero ocurre que cuando le contó a la abuela paterna allí tampoco estaba el padre y sin embargo no dijo nada en contra de este. Aunado a que la madre le expresó al médico forense que atendió a su hijo, que sentía temor “de perder la custodia de su hijo” por parte del padre.

SOBRE ESTE CUARTO PUNTO: La Sala mayoritaria DISCREPA al respecto con la ponencia inicial del Dr. Yarzagaray, ahora constituido en salvamento de voto, porque de la realidad procesal no se extrae que aquí esté probado el llamado “síndrome de alienación parental”, como lo explicaremos más adelante.

* PUNTO CINCO: Se compartió con la defensa el argumento según el cual: el testimonio del menor que se dice afectado no es confiable, no solo por las inconsistencias en que incurrió, sino porque se abstuvo de responder, sin razón atendible, las preguntas que le formuló la defensa al momento del contrainterrogatorio. Se le censura, por ejemplo: (i) que no está ubicado en el tiempo, porque se limitó a decir que no se acordaba o que había transcurrido mucho tiempo; (ii) que no fue espontáneo e hizo referencia a cosas genéricas; (iii) que no quiso responder las preguntas que hacían relación con situaciones que el menor necesariamente debía saber. Y como ese fue en síntesis el pilar fundamental para edificar el fallo de condena, entonces lo que corresponde es absolver, no obstante que exista la prevalencia del interés del menor y una valoración probatoria privilegiada a voces del principio PRO INFANS.[[8]](#footnote-8)

SOBRE ESTE QUINTO PUNTO: La Sala mayoritaria DISCREPA al respecto con la ponencia inicial del Dr. Yarzagaray, ahora constituido en salvamento de voto, porque no es verdad que el testimonio del menor no sea confiable, como también lo explicaremos más adelante.

* PUNTO SEIS: Se compartió igualmente el argumento defensivo consistente en que las restantes pruebas aducidas al juicio no tenía la vocación de confirmar o ratificar los dichos del menor, en cuanto tenían la condición de meras pruebas de referencia, entre ellas: (i) el testimonio de la señora JENNY MARCELA LLANOS en condición de denunciante, que porque no le consta nada de lo acontecido, y solo sirvió de “caja de resonancia”; (ii) la anamnesis contenidas en las sendas pericias que fueron vertidas al proceso por medio del testimonio del médico forense RAMÓN ELÍAS SÁNCHEZ ARANGO y la psicóloga clínica MARÍA CARMENZA VIVAS, porque igualmente constituye prueba de referencia[[9]](#footnote-9); y (iii) el dictamen de la psicóloga forense PATRICIA INÉS MEJÍA ESCOBAR, sin desconocer que se trata de una prueba mixta en cuanto posee datos directos (en lo que fue la materia objeto del dictamen) y simultáneamente datos indirectos o de referencia (aquello que escuchó del infante por medio de entrevistas semi estructuradas), con lo cual la defensa no tuvo ocasión de ejercer el derecho de contradicción.

SOBRE ESTE SEXTO PUNTO: La Sala mayoritaria ESTÁ PARCIALMENTE DE ACUERDO con la ponencia inicial del Dr. Yarzagaray, ahora constituido en salvamento de voto, porque no se duda que en verdad la anamnesis propiamente dicha no puede constituir prueba directa y que la opinión pericial como valoración profesional sí es prueba directa; empero, precisamente por eso, no es posible asegurar como se afirma, que el dictamen de psicología forense no sirve para acompañar de algún modo el testimonio del menor que se dice afectado, cuando es obvio que una experticia tiene que servir a los fines para los cuales fue diseñada, nada diferente que auxiliar e ilustrar la valoración probatoria del juez. Y bajo ese entendido, no puede tildársele de prueba inane para esos efectos. Adicional a ello, no se comparte la aseveración según la cual: todo lo manifestado por la madre denunciante no sirve para corroborar el dicho del menor, porque si bien a ella no le consta el episodio criminoso, sí da fe de circunstancia aledañas o circundantes que por ser de su conocimiento personal y directo permiten dar fe que por varios aspectos el testimonio de su hijo sí es confiable, como se pasará a analizar a continuación.

La Sala mayoritaria no ahondará en los temas mencionados en la primera ponencia hoy salvamento de voto, en relación con los cuales estamos totalmente de acuerdo, pero sí lo hará por supuesto con los puntos que no se comparten. Igualmente, desde luego, se mencionarán las razones de hecho y de derecho para considerar que la prueba existente sí es suficiente para la demostración tanto de la materialidad de la infracción como de la responsabilidad en cabeza del justiciable. Lo que se tiene para decir con respecto a todo ello es lo siguiente:

Se le critica al menor que haya sido evasivo al momento de responder el contrainterrogatorio de la defensa, con miras a demeritar su confiabilidad que porque fue renuente a hablar de varios detalles, como por ejemplo que no quiso responder si el cuarto donde según se afirma sucedieron estos hechos tenía ventana, si la puerta era metálica o de madera, cómo estaba distribuida la casa, si era de un piso o de dos pisos, a qué distancia estaba la residencia de los abuelos maternos con respecto a la de los abuelos paternos, cómo vestía el papá cuando dormía, etc etc. Pero la Sala mayoritaria no solo considera que eso es absolutamente irrelevante, como quiera que está claro y no admite discusión alguna, que el menor TAS sí visitaba con frecuencia la vivienda que para ese entonces ocupaba su padre aquí acusado, porque allí lo llevaban, incluso a veces sin querer, todos los fines de semana y ocasionalmente entre semana. Y no solo eso, sino que también está demostrado hasta la saciedad, que cuando estaba en esa vivienda dormía en la cama del papá, como este mismo lo reconoció al momento de hacer dejación de su derecho a guardar silencio en juicio. Luego entonces: ¿qué trascendencia tiene que no recuerde o no quiera hacer referencia a si el cuarto que visitó tantas veces tenía o no tenía ventana, o si la puerta era de madera o metálica?, cuando incluso la declaración en juicio la hizo el menor cinco años después de la ocurrencia de los hechos, porque para ese instante ya tenía 10 años de edad. No tiene sentido por tanto censurar la credibilidad del aquí afectado por callar información que, se insiste, es intrascendente. Pero es que además, olvida el recurrente y pasó por alto la inicial ponencia del Dr. YARZAGARAY, que la víctima presentó esa actitud evasiva no solo en el contrainterrogatorio efectuado por la defensa, sino incluso desde el mismo comienzo del interrogatorio directo que le formuló la señora fiscal. Recuérdese que desde el principio manifestó no querer decir nada que tuviera que ver con esa casa del papá a donde insistía no quería volver jamás en su vida “por miedo de todo lo que le pasó” [[10]](#footnote-10). Nada extraño por tanto que a la delegada fiscal no le mencionara en qué lugar estaba ubicada esa vivienda, ni con qué personas vivía el padre, no obstante que desde luego él las conocía porque se trataba de su familia paterna. Empero, fue claro en manifestar que ya no los visita, y para ese momento del juicio ya no recordaba la última vez que los había visto porque para aquél entonces estaba muy pequeño.

Pero a diferencia de esos detalles abiertamente irrelevantes, el menor sí recuerda, porque eso le quedó grabado como tinta indeleble en su mente, varios de los actos impúdicos que su padre le practicó, y que eso sucedió muchas veces, a consecuencia de lo cual considera que lo que le hizo el papá estuvo mal hecho porque eso no se le debe hacer a nadie. Y añade que recibido apoyo sicológico el cual le ha ayudado mucho porque ya no siente tanto miedo.

La pregunta que surge de todo lo anterior es por tanto: ¿cuál es la razón para no creerle al menor, si su relato además de ser lógico y coherente como lo refirió la experta forense PATRICIA INÉS MENESES ESCOBAR, fue incluso respaldado con expresiones gestuales que daban a entender el desagrado que sentía por esas manipulaciones? Y lo que se expuso tanto por parte de la defensa inconforme como por la inicial ponencia del Dr. YARZAGARAY, para no creerle al niño en esas manifestaciones abiertamente comprometedoras, son básicamente, además del hecho de no haber querido responder a todas las preguntas formuladas al momento del juicio, las siguientes: (i) que TAS no dio información acerca de la enfermedad conocida como “psoriasis” que padecía el padre para aquélla época y que le generaba unas manchas rojas en todo el cuerpo, lo que según se afirma desvirtúa que el menor lo haya podido apreciar desnudo; y (ii) que todo lleva a pensar que fue la madre del niño, señora JENNY MARCELA LLANOS MARULANDA, quien “le implantó en su mente” todos esos mensajes de odio hacia el padre, y con ello prácticamente “lo envenenó” en lo que se ha dado en llamar el síndrome de la alienación parental, que porque TAS no habló en contra del padre sino en contra del primo FELIPE en aquel primer momento en que se decidió a contarle a la abuela materna lo que le estaba pasando en la casa de su padre, sino que fue posteriormente pasados unos dos días en que involucró al progenitor en esos actos impúdicos cuando estaba siendo entrevistado por parte de la sicóloga adscrita al ICBF a donde había sido llevado por la familia materna. Y se añade que todo esto se lo inventó ella con el fin de no perder la custodia ya que sentía temor que el aquí procesado fuera absuelto porque entonces volvería a llevárselo, como así se lo hizo saber al médico forense.

Lamentablemente para los intereses del procesado, la Sala mayoritaria no comparte ninguno de esos motivos que se esgrimen para desconocer la verticalidad y firmeza del testimonio de TAS, y las razones que se tienen son de variada índole. Obsérvese:

Fustigar al menor que porque no hizo referencia a unas manchas en la piel del padre derivadas de una enfermedad, no es admisible. No propiamente porque se dude acerca de la presencia de esa afectación cutánea del justiciable, en cuanto todo indica que ello es cierto e incuso fue estipulado, sino porque: (i) al aquí afectado en ningún momento se le preguntó en forma directa y concreta por esas manchas, sino que se le preguntó de manera genérica acerca de: “¿cómo era el cuerpo del papá?”, y el niño simplemente dijo “no sé”, es decir, se trataba de un cuestionamiento ambiguo que no se sabía bien a qué se estaba haciendo referencia: si el padre era gordo o delgado, negro o blanco, alto o bajito, en fin, un sinnúmero de posibilidades que a lo único que daba lugar era a generar confusión. Es más, la defensa le preguntó: ¿qué diferencia notó en el padre desnudo? y la fiscal se opuso a esa pregunta porque no se estaba precisando a qué diferencia se estaba haciendo alusión, y a continuación el señor defensor no insistió en la pregunta, con lo cual las cosas se quedaron de ese tamaño. En definitiva y sea como fuere, lo cierto es que el niño TAS en ningún momento negó que su padre tuviese esas manchas en la piel; y (ii) se indicó que esa enfermedad la tenía el padre regada por todo el cuerpo, al menos para aquél entonces, ya que la madre del procesado señora ROSMIRA SANTA GRISALES refirió que las tenía en las piernas, en la cintura, en el estómago, en los brazos, en el cuello y en la cabeza, e incluso la testigo LINA MARCELA HENAO SALAZAR -sobrina del procesado- añadió que las mismas le aparecían a su tío “hasta en las manos”. Siendo así, lo que corresponde asegurar es que esa situación de las manchas en la piel del aquí acusado no era un tema oculto porque varios de los que habitaban esa casa se las veían, y, por supuesto, se las tuvo que ver su hijo porque obviamente tenía acceso visual a las manos del papá. Pregonar por tanto una duda en la versión del menor por ese singular punto en discusión, carece de sentido.

Pero es más, si fuera verdad que todo esto fue una “patraña inventada por la madre”, entonces fácil le quedaba ilustrar a TAS acerca de esas manchas que tenía el padre para quedar bien armada la trama durante el juicio, porque el acusado dejó en claro que la madre conocía bien su enfermedad cuando vivieron juntos. Así las cosas, pierde sentido la crítica al menor por el hecho de no querer hablar a ese respecto, ya que esa actitud es indicativa de que la madre, estando en capacidad de hacerlo, no lo aleccionó.

A juicio de la Sala mayoritaria, la afirmación según la cual lo expresado por TAS fue: “implantado a modo de veneno en la mente del niño por parte de la progenitora”, para saciar quien sabe qué venganza en contra de este, no solo es una SUPOSICIÓN SIN SOPORTE PROBATORIO, sino que además constituye una REGLA de interpretación inatendible, porque equivale ni más ni menos a sostener que en TODOS AQUELLOS episodios judiciales en donde un menor abusado sexualmente provenga de un hogar disfuncional, entonces es porque MUY SEGURAMENTE la madre le inyectó esas ideas malévolas al hijo para desquitarse del padre, y eso, sin duda, no puede acolitarse, no porque se niegue que una tal situación pueda en verdad llegar a presentarse en algún caso singular con características patológicas, sino porque de existir no puede ser la regla sino la EXCEPCIÓN.

En situaciones como esta, considera la Sala mayoritaria que el juzgador debe agudizar los sentidos con miras a establecer si están dadas las características particulares de un asunto de esa naturaleza, privilegiando desde luego, como ya se encuentra decantado a nivel jurisprudencial, el principio PRO INFANS y no el descrédito de la versión del menor con base en suposiciones infundadas.

Para aterrizar todo lo dicho al caso concreto, diremos:

No existe ningún dato procesal que permita sostener que la madre hizo una tal maquinación para preparar a su hijo en contra de su ascendiente. Sería suficiente con decir que la iniciativa de hablar acerca de situaciones indebidas que estaban sucediendo en esa vivienda del papá NO PARTIÓ DE LA MADRE sino directamente del menor. En eso no puede haber discusión alguna porque, desde luego, si esas ideas hubiesen tenido origen en la progenitora, esta no se iba a poner a hablar mal del primo FELIPE, por el contrario, le hubiese inculcado a su hijo una narración que directamente involucrara al padre, no a otro. Y menos se hubiera puesto a explicarle al menor episodios aparentemente tan poco comprometedores desde el punto de vista jurídico penal, como por ejemplo el contar que “el padre andaba desnudo por la casa”, o que “le tomaba fotos desnudo”, porque eso, en principio, hasta podría tornarse irrelevante según qué circunstancias, como quiera que al parecer en ciertos hogares se tiene la malsana costumbre que el baño entre padres e hijos se comparta en esas condiciones, situación en principio indeseable pero que podría no ser calificada como un comportamiento al margen de la ley.

Tampoco hubiera perdido la oportunidad la madre de “inocularle” a su hijo la idea de afirmar que el padre lo accedía carnalmente contra natura, como el acto de mayor perversidad, pero eso, en momento alguno lo llegó a decir TAS. Obsérvese que este se limitó a sostener: que el padre aprovechaba cuando él estaba dormido para quitarle la pijama, él se la volvía a poner y el papá lo volvía a desnudar, “sentía un olor como a huevo podrido”, “le tocaba las bolitas”, “le apretaba el pipi”, lo cual le hacía doler el estómago, “le introducía el dedo por la colita” y cuando iba a hacer popó le quedaba doliendo. E incluso agregó que en alguna ocasión cuando el papá iba al baño “lo ponía a tenerle el pipi” y luego él se lavaba las manos porque le daba fastidio. Nos preguntamos: ¿para qué hablar de olor a huevo podrido?, ¿para qué el rifi rafe con la pijama?, ¿para qué lo del dolor en el estómago?, ¿para qué lo de tenerle el pene al padre justo cuando éste tenía necesidad de ir al baño?, eso estaba demás, sobraba.

Se pregunta la Sala mayoritaria: ¿acaso esas escenas se las inventó la mamá y se lo enseñó o explicó perversamente a su hijo a modo de cartilla para que fuera a decírselo a la psicóloga de Bienestar Familiar y de allí en adelante una y otra vez en contra del padre en todos los momentos en que fuera llamado? desde luego que no creemos semejante proceder, y además qué desgaste, cuando bien pudo enseñarle simplemente que el papá lo penetraba y punto, más sencillo de aprender y más comprometedor para los fines que supuestamente pretendía.

Y si eso fue así, como increíblemente se quiere hacer pensar, entonces el niño TAS es todo un artista en el escenario, porque ante la psicóloga forense también recreó toda esa exposición con gestos en los que daba a entender el fastidio que todas esas prácticas sexuales le generaban, incluido por supuesto la rabia y el deseo de no volver a la casa del papá porque no lo quería; posición extraña si como se sostuvo por el aquí procesado al momento de hacer dejación de su derecho a guardar silencio, su hijo lo amaba y era feliz visitándolo.

Habría que decir entonces que la aquí denunciante se puso de acuerdo o se confabuló, no con una sino con dos y hasta con tres psicólogas (la del ICBF, la forense adscrita al INML, y la de la EPS que adelantó las terapias) para armar toda esta trama, un montaje con miras a buscar incluso un fin absurdo, porque lo que se extrae del recurso y de la posición expuesta en la primera ponencia presentada por parte del magistrado YARZGARAY BANDERA, es que la madre se inventó todo esto para no perder la custodia de su hijo. Afirmación extraña, porque: ¿cómo así que la madre va a perder la custodia de su hijo si ella no ha hecho nada malo? Si alguien debía estar preocupado por perder la custodia sería el padre por los desmanes que estaban sucediendo en esa vivienda. Y, desde luego, lo que a la madre la tenía preocupada, según se lo dio a conocer al médico forense RAMÓN ELÍAS SÁNCHEZ ARANGO, era que de pronto el padre fuera absuelto y volviera a llevarse para la casa a TAS con los consabidos resultados perjudiciales para su hijo, afirmación que antes de poner en entredicho la denuncia, da fe que ella estaba convencida que lo dicho por su hijo en contra del padre era verdad, y que por nada del mundo deseaba que estas cosas se volvieran a suceder, lo cual no solo es obvio, entendible y comprensible, sino que lo raro sería que la madre pensara y actuara de manera diferente.

Téngase en cuenta que ningún problema existía entre la pareja, al menos para aquella época, como para pensar que la madre quisiera quitarle las visitas al padre. Antes por el contrario, ellos ya habían superado ciertas crisis -como fue por ejemplo que el padre insistiera en llevarse a la fuerza al niño cuando este apenas tenía escasos tres meses y requería ser amamantado por la madre lactante, a consecuencia de lo cual se vieron en la necesidad de regular visitas-, y ya todo transcurría con normalidad hasta el momento en que se tuvo conocimiento de estos lamentables episodios; es decir, el padre se veía con su hijo en forma cotidiana y en paz, porque en ambos hogares lo querían, e incluso hasta se dice que a la progenitora también se le trataba muy bien en casa de la abuela paterna. Y si eso es así, como está debidamente acreditado, entonces: ¿para qué se iba a poner la madre a armas semejante alboroto sin necesidad?

Queda claro y así lo entiende la Sala mayoritaria, que si la madre reaccionó ofuscada, lo fue única y exclusivamente en el instante de enterarse que el niño estaba siendo objeto de prácticas sexuales en la casa del padre, sin pasársele por la mente que en eso estuviera involucrado el aquí acusado, porque también es sabido que ella se vino a enterar de tal situación porque así se lo puso de presente la sicóloga de Bienestar Familiar a quien le correspondió entrevistar por primera vez a TAS; profesional que explicó en juicio que por intermedio de la aplicación de varios métodos lúdicos que se tienen diseñados para este tipo de eventos, se enteró que además del problema suscitado con el primo FELIPE, también el padre estaba comprometido en tocamientos impúdicos en el cuerpo de su hijo.

Censurarle entonces a la madre que fuera a sacar a su hijo de esa vivienda cuando entendió que el padre no se lo quería devolver, o que se opusiera a que el padre volviera a tener contacto con él, es una posición ilógica, no solo porque esa fue una reacción protectora apenas natural de una madre tan pronto se entera lo que allí le estaba pasando a su TAS -cualquiera en su lugar haría lo mismo, sino que esa posición no la asumió por su propia iniciativa, sino que fueron los funcionarios del ICBF quienes le indicaron que no era conveniente que el niño volviera a la casa del papá, por muy dolorosa que fuera esa posición, ya que, desde luego, primaba el interés superior del menor por sobre toda otra circunstancia.

¿Qué significa lo anterior?: que todos absolutamente todos le creyeron al aquí afectado el relato que estaba contando en contra de su padre, como no podía ser de otra manera, y que nunca absolutamente nunca la madre tuvo razones personales para obrar en la forma en que lo hizo, sino que simple y llanamente ella obró forzada por las circunstancias.

Hasta puede agregarse que si de lograr el supuesto objetivo falso que se le atribuye a la madre se trataba, era suficiente con que el niño se quedara con el relato en donde vinculaba al primo FELIPE, porque esto por sí solo ya justificaba la intervención de los organismos del Estado a efectos de protegerlo al evidenciar que el padre no era persona idónea para cuidar adecuadamente a su hijo. Cabe entonces preguntarse: ¿para qué o qué necesidad tenía la progenitora de agregarle otro episodio más a toda esa trama que de entrada ya era perjudicial?

Recuérdese de todas formas, que la jurisprudencia nacional ha cerrado filas en torno a considerar que es absolutamente normal que en las exposiciones de los menores víctimas de delitos sexuales no todo se diga desde la primera vez, y que ellos a medida que amplían su narrativa con frecuencia añaden otros eventos con similar o mayor incidencia en materia penal. Textualmente se ha expresado:

“[…] Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado**,** especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles **y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información**. ”[[11]](#footnote-11) -subrayas y negrilla de la Sala-.

Quiere decirse con ello que a nivel jurisprudencial no se ha dado cabida a la tesis que contiene el recurso y la inicial ponencia del magistrado disidente, porque no puede tenerse por regla que cuando un menor amplía o agrega información relevante es porque necesariamente está mintiendo o alguien lo manipuló mentalmente para hacerlo.

Adicionalmente, tanto la profesional clínica como la experta forense fueron claras al explicar que el niño sentía temor de hablar en contra de su padre, y que el ambiente terapéutico que se le proporcionó era propicio para desahogarse; en consecuencia, no es correcto hacer caso omiso a ese sentimiento que embargaba a TAS y que le hacía difícil contar lo que le pasaba cuando dormía con el papá. Situación que es cierta y se encuentra confirmada, porque basta decir que el menor siempre manifestó ante todos los funcionarios que lo atendieron, que sentía miedo de regresar al hogar de su padre. Ello sin contar que ANTES de que el niño pusiera en conocimiento lo que le estaba pasando, ya se tenían reportes escolares acerca de su preocupante cambio comportamental -situación que consta en prueba documental referida en juicio incluso por el señor defensor-, porque empezó a asumir una actitud agresiva que era extraña en él, situación que igualmente le notaron en la casa unos seis u ocho meses antes cuando se daba golpes contra los muebles, le daba rabia que lo abrazaran y le dieran besos, y decía que no quería ir donde el papá, sin saberse por qué, aunque aún así le tocaba ir porque venían por él para llevárselo, pero todo ello retornó a la normalidad cuando se le prestó ayuda psicológica y pudo superar esta dificultad, como el mismo menor lo narró a la audiencia.

Debe agregarse sin lugar a dudas, que en el caso concreto la experta forense explicó el fenómeno denominado “proceso de revelación”, es decir, el tránsito que existe entre la ocurrencia del episodio dañoso y el momento en que el agraviado se atreve a contar lo sucedido. Y de lo expuesto se extrae que se trata de una situación muy relativa porque depende de las circunstancias del momento y de la personalidad de cada menor afectado. Así que, hablar acerca del “cómo”, “cuándo” y “por qué” un niño se decide a contar, es una situación altamente subjetiva que no puede marcar ninguna regla a efectos de analizar la verdad o la mentira en un relato acusador.

Finalmente, la Sala mayoritaria no puede pasar por alto las siguientes dos situaciones que de algún modo se intentaron introducir como elementos persuasivos con las pruebas allegadas al juicio por parte de la defensa. La primera de ellas, el pretenderse insinuar que si otros menores a veces también dormían en la cama del hoy procesado y nunca les pasó nada, entre ellos el sobrino STEVEN TREJOS SALAZAR, es porque el acusado no posee esa tendencia pedófila. Empero, una tal afirmación tampoco es válida como regla, en cuanto no por el hecho de que una persona realice prácticas libidinosas con un determinado menor, es porque necesariamente así procederá con todos. Eso depende, por supuesto, única y exclusivamente de la elección que por diversas circunstancias realice el individuo que posee esa inclinación. Y la segunda, es que al momento de declarar en juicio el procesado, tuvo varias salidas que podríamos calificar como desafortunadas y que no pueden menos que edificar un indicio de mentira en su contra, porque: (i) pretendió hacer creer, extrañamente, que su hijo TAS le contó que lo que había pasado con el primo FELIPE: “no era nada, que simplemente era una broma que hizo con la mamá, comentarios que le dijo que hiciera”. Aseveración falsa de toda falsedad, porque como ya se explicó, jamás de los jamases la progenitora se inventó lo sucedido con FELIPE, menos por supuesto iba el menor a hacer ese tipo de aclaraciones, porque de ser así también las habría puesto de presente ante los sendos funcionarios que atendieron este asunto; y (ii) intentó también hacer creer que la oposición de la madre a que él volviera a ver a su hijo a raíz de estos episodios, tenía su razón de ser en el miedo que a ella le surgió que porque: “se dio cuenta que había cometido un error al poner una falsa denuncia”. Afirmación no solo mendaz sino hasta ingenua, porque es claro que la denunciante obró de esa manera porque los funcionarios del ICBF le dijeron que no era conveniente que el papá volviera a tener contacto con el hijo, situación que incluso la tuvo que admitir como cierta el mismo procesado al momento de rendir su testimonio.

Como se aprecia, sobran razones de peso para asegurar que lo que explicó el menor es confiable, creíble, pero ante todo, que no existen pruebas que lo desvirtúen, ni elementos de juicio atendibles que permitan dudar de la ocurrencia de estos episodios, menos aún para adjudicarle a la madre el mal entendido síndrome de alineación parental. Por eso, el Tribunal considera que el funcionario de primera sede no se equivocó al valorar la prueba, y el fallo confutado debe confirmarse.

Se pasa en consecuencia a abordar el segundo tema del debate, esto es, lo atinente a la redosificación punitiva, con respecto a lo cual se dirá:

Cuestionó el apoderado la tasación de la pena que efectuó el a quo, quien le fijo a su cliente una sanción de 134 meses de prisión, al considerar que el mismo erró toda vez que partió de los cuartos medios, no obstante que no le fueron enrostrados al procesado circunstancias de mayor punibilidad y por el contrario, tenía a su favor atenuantes, como lo era la carencia de antecedentes penales.

En efecto, al señor **JWSS** se le formularon cargos por un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de edad, en concurso heterogéneo con incesto, sin circunstancias de mayor punibilidad, no obstante ello, el a quo, en contraposición con lo dispuesto en el canon 61 C.P., partió del cuarto medio para proceder a efectuar la dosificación punitiva, y consideró que la pena más alta sería de 126 meses de prisión, sin haber indicado cuál sería el “otro tanto” pertinente, por tratarse de un concurso homogéneo, a la vez que le incrementó 8 meses por la conducta heterogénea de incesto.

Pues bien, frente a ese particular, debe indicarse que en este asunto se presentó un error judicial, en punto de la dosificación punitiva, en tanto las circunstancias de la ilicitud acá endilgada no le permitían al funcionario judicial haber partido de los cuarto medio de movilidad, sino sujetarse a los límites contemplados en el primer cuarto o cuarto inferior, que para este caso en concreto estarían fijados entre 108 y 120 meses de prisión, a la cual debía incrementarle el otro tanto en relación con el concurso homogéneo, y a su vez el aumento pertinente por la conducta heterogénea de incesto.

En este caso, el sentenciador únicamente tuvo en consideración la pena más alta para el punible contra la libertad y dignidad sexual, a la cual le incrementó 8 meses por el incesto, sin efectuar aumento alguno por el concurso homogéneo; y, en consecuencia, por tratarse de un apelante único y con miras a no quebrantar la *reformatio in pejus*, la Sala en el proceso de redosificación de la pena se encuentra obligado a respetar esa omisión referida al concurso homogéneo, y solo podrá penetrar en lo atinente con el exceso punitivo en cuanto a la elección equivocada dentro del sistema de cuartos.

Si bien pudiera pensarse que la intención del a quo, al haber partido de 126 meses lo era por haber tenido en consideración los límites que le imponía el cuarto mínimo y el incremento por el concurso homogéneo, ello no fue clarificado; antes por el contrario, de lo allí expresado, y como así lo indicó la defensa en su recurso, lo que da a entender es que partió del cuarto medio cuando las circunstancias fácticas y jurídicas se lo impedían.

La conducta de actos sexuales con menor de 14 años contempla una pena que oscila entre 108 y 154 meses de prisión, y el cuarto mínimo está comprendido entre 108 y 120 meses, dentro del cual se ubicará la Sala de conformidad con lo reglado en el art. 61 C.P., ante la carencia de circunstancias de mayor punibilidad, y si atenuantes como lo es la carencia de antecedentes penales del procesado.

Así las cosas, acorde con las circunstancias en que se presentó el hecho, que indican que en efecto la conducta en que incurrió el acá procesado es de suma gravedad al haber atentado contra el bien jurídico de la libertad e integridad sexual de un menor de 14 años, considera la Corporación que la pena a imponer al mismo debe ser el punto medio de ese primer cuarto mínimo de movilidad, esto es, de 114 meses de prisión. A dicho monto, deberá incrementarse los 8 meses a los que hizo alusión el a quo por el concurso heterogéneo con el delito de incesto, a consecuencia de lo cual la pena quedará finalmente en un monto de 122 meses -que coincide con lo solicitado por la defensa-. En igual lapso, se fijará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia de condena emitida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Descongestión de Dosquebradas -hoy Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas- en contra del señor **JWSS**, en tanto **SE MODIFICA** el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia, en el sentido de declarar que la pena privativa de la libertad que se le impone al mismo será equivalente a 122 meses de prisión, y en igual término se fijará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Con salvamento de voto

1. ARTÍCULO 2o DE LOS PRINCIPIOS GENERALES. Los psicólogos que ejerzan su profesión en Colombia se regirán por los siguientes principios universales: 5. Confidencialidad. Los psicólogos tienen una obligación básica respecto a la confidencialidad de la información obtenida de las personas en el desarrollo de su trabajo como psicólogos. Revelarán tal información a los demás solo con el consentimiento de la persona o del representante legal de la persona, excepto en aquellas circunstancias particulares en que no hacerlo llevaría a un evidente daño a la persona u a otros. Los psicólogos informarán a sus usuarios de las limitaciones legales de la confidencialidad. [↑](#footnote-ref-1)
2. Se citó en ese sentido como precedente jurisprudencial, apartes de la providencia CSJ SP 9 may. 2018, Rad. 50958. [↑](#footnote-ref-2)
3. Las que han sido denominadas como ciencias blandas o humanas. [↑](#footnote-ref-3)
4. Acerca de esa situación citó pasajes doctrinarios tomados de SANCINETTI, MARCELO A. (2.012). De la insuficiencia del testimonio único, con especial referencia al abuso sexual. Revista de Derecho Penal #41, Oct.-Dic./2Q12. Legis Editores. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ SP, 25 sept. 2013, Rad.40455. [↑](#footnote-ref-5)
6. Para lo cual se citan las siguientes providencias de la Sala de Casación Penal: CSJ SP, 25 sept. 2013, Rad. 40.455; CSJ AP, 25 may. 2016, Rad 46938; CSJ SP, 3 ago. 2016, Rad. 45258, y CSJ SP, 9 may. 2018, Rad. 50958. [↑](#footnote-ref-6)
7. Las que por operar a favor de los intereses del Procesado, se les debe denominar como “contraindicios”. [↑](#footnote-ref-7)
8. A este respecto se cita el precedente CSJ. AP 28 oct. 2015, Rad. 42783 [↑](#footnote-ref-8)
9. Acerca del valor probatorio de la anamnesis como prueba de referencia, se trajo a colación lo dicho por la Corte en CSJ SP, 16 may. 2018. Rad. 48284. [↑](#footnote-ref-9)
10. En la inicial ponencia se sostuvo como argumento para no creer al menor victima, lo siguiente: “[…] resulta sospechoso que dicha actitud silente no la conservó al responder a las preguntas que la Fiscalía le formuló sobre lo acontecido, donde ahí sí fue conteste y locuaz”. Pero si se miran bien los registros, se hallará que esa aseveración no es cierta, porque la realidad enseña que el niño también fue evasivo a todo aquello que se refiriera a la casa del padre a donde no quería volver. Textualmente en los registros del juicio, concretamente al comienzo del interrogatorio de la señora fiscal entre los minutos 23:20 al 25:45, se escucha: “[…] (sabes donde vive tu papá?) no (sabes con quién vive tu papá?) no (cómo se llaman tus abulitos por parte de tu mamá?) MARINA y GERMÀN (y tus abuelitos por parte de tu papá cómo se llaman?) no sé, no me acuerdo (tu vas a visitar a tu papá?) no (y a tu abuelita por parte de tu papá?) no (recuerdas cuándo fue la última vez que fuiste a la casa de tu abuelita paterna?) no, porque cuando eso yo estaba muy pequeño (por qué no has vuelto a visitar a tu abuelita por parte de tu papá?) por miedo (y por qué no quieres?) por miedo de todo lo que pasó (y qué fue lo que pasó?) […]” [↑](#footnote-ref-10)
11. C.S.J., casación penal del 23-06-10, radicación 33010. [↑](#footnote-ref-11)