

La prueba pericial psicológica en procesos penales por el delito de incesto en Barranquilla¹

The psychological assessment as proof in criminal proceedings for the crime of incest in Barranquilla

JAIRO ENAMORADO ESTRADA

*Abogado, Magister en Derecho Procesal, Doctorando en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas.
Docente de la Universidad Simón Bolívar.
jenamorado@unisimonbolivar.edu.co
Calle 54 # 53-59, Barranquilla, Atlántico
Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia*

SANDRA DIAZ RINCON

*Abogada, Filósofa, Candidata a Magister en Derecho Penal.
Docente de la Universidad Simón Bolívar. Barranquilla.
sdiaz28@unisimonbolivar.edu.co*

CLAUDIA LLINAS TORRES

*Abogada, Magister en Derecho Administrativo, Doctoranda en Educación.
Docente de la Universidad Simón Bolívar. Barranquilla.
cllinas5@unisimonbolivar.edu.co*

DAVID ANIBAL GUERRA

*Abogado, Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia,
Doctorando en Ciencias Políticas.
Docente de la Universidad Simón Bolívar. Barranquilla.
danibal@unisimonbolivar.edu.co*

RAFAEL OYAGA

*Abogado, Magister en Ciencias Ambientales, Doctor en Ciencias de la Educación.
Docente de la Corporación Universitaria de la Costa. Barranquilla.
royaga1@hotmail.com*

Para citar este artículo:

Enamorado Estrada, J et al (2017). La prueba pericial psicológica en procesos penales por el delito de incesto en Barranquilla. *Justicia Juris*, 13 (1), 12 - 26

Recibido: Enero 4 de 2016
Aceptado: Febrero 16 de 2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v13i1.1516>

¹ Artículo derivado del proyecto de investigación científica denominado "El delito de incesto y su valoración judicial". Filiación institucional: Universidad Simón Bolívar.

RESUMEN

En el proceso penal la prueba pericial es uno de los medios de prueba que mayor soporte probatorio brinda al juez para tomar una decisión bajo las reglas de la lógica y la sana crítica orientada a lograr un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado. En relación con el delito de incesto, la prueba pericial de la valoración psicológica de la víctima se torna importante para demostrar las consecuencias psicológicas de esta frente al acceso carnal o el abuso sexual por parte del victimario, quien, para estos casos, es cualificado. Sin embargo, en relación con el victimario, el tratamiento y valoración de la prueba pericial de la valoración psicológica a favor de este, es inexistente y excluye la posibilidad de que en el proceso penal y bajo los lineamientos de los fines de la pena se ordene el tratamiento psicoterapéutico al condenado. En relación con los jueces de la ciudad de Barranquilla competentes para conocer del delito de incesto, a través de este artículo derivado de una investigación científica, se evidenciará la valoración de la prueba pericial psicológica del victimario para la toma de la decisión judicial.

Palabras clave: *Incesto, prueba pericial, valoración psicológica, víctima, victimario.*

ABSTRACT

In the criminal proceedings, the expert evidence is one of the means of proof that provides more support to the judge to decide under the rules of logic and rational criticism aimed at achieving a knowledge beyond any reasonable doubt about the crime and the criminal responsibility of the accused. In relation to the crime of incest, expert evidence of psychological assessment of the victim becomes important to demonstrate the psychological consequences of this face to the sexual access or sexual abuse by the perpetrator, who in these cases, is qualified. However, in relation to the perpetrator, the treatment and evaluation of the expert's evidence of the psychological assessment in favor of this one is non-existent and it excludes the possibility that in the criminal proceedings and under the guidelines of the purposes of the sentence, Psychotherapeutic treatment of the condemned. In relation to the judges competent to know the crime of incest in the city of Barranquilla, through this article derived from a scientific investigation, it will be evidenced the assessment of the psychological expert's evidence of the perpetrator to make the judicial decision.

Key words: *Expert test, incest, offender, psychological assessment, victim.*

Introducción

El incesto es uno de los delitos tipificados dentro el Código Penal Colombiano (Artículo 237) perteneciente a los delitos contra la familia. Este se comete cuando un sujeto activo calificado en razón de parentesco realiza acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana (Soto, 2016).

Pese a que el incesto es un delito que no contempla o no hace parte de los delitos con las penas más gravosas, si es posible que la misma pueda incrementarse en los eventos en los cuales el delito se comete en modalidad de concurso heterogéneo de conducta punible con el delito de acceso carnal violento. Pues, en principio, para la comisión del delito de incesto no se requiere que la conducta se cometa a través de violencia, ya que la misma, puede darse, a su vez, por el mutuo consentimiento entre los parientes calificados como sujeto activo

y pasivo de la conducta punible (Gonzales, 2013).

Para muchos estudiosos del derecho penal, el delito de incesto debe ser despenalizado debido a que existen generalmente existen otros tipos penales con penas superiores en donde se encuadra perfectamente este comportamiento (Cabrera, 2016). En otras palabras, la conducta no afecta el ordenamiento jurídico en sí, y por tal motivo, es una conducta que subsidiariamente debe dejarse a los asuntos de la moral.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia (1998) en la Sentencia C-404 estudia la demanda interpuesta contra el artículo 259 del decreto 100 de 1980 (código penal de la época) que tipificaba el delito de incesto y, en su decisión la Corte declara exequible la norma, atendiendo a:

La tabla comparativa de las penas asignadas en el actual código a los delitos relacionados con la violencia sexual. Se presentaron ade-

más de algunos datos del Instituto de Medicina Legal sobre incesto de 2005 y se anotó la ausencia de mayor información por las dificultades para la presentación de demandas relacionadas, casos concretos denunciados en los Foros del año 2007 y por Amnistía Internacional en los cuáles es evidente que este es un problema que no se presenta independiente sino que está inmerso en la problemática social vigente en el país relacionada con problemas de género y de violencia política e intrafamiliar (Sección VIII).

En el proceso penal, la prueba pericial es uno de los medios que más ha servido de soporte probatorio en un amplio margen de casos, para determinar la comisión del delito de incesto; es decir, se convierte en una prueba fundamental para demostrar el acceso carnal u otro acto sexual del victimario frente a la víctima, la cual, entre otros eventos, puede ser inducida en error al momento de realizarse la conducta.

Concretamente, la prueba pericial de valoración psicológica recae y se lleva a cabo en la víctima, pero, en lo que atañe al victimario, los jueces de la ciudad de Barranquilla dentro del periodo comprendido en los años 2013 y 2014 poco valor le atribuyeron a tal prueba pericial para tener en cuenta las circunstancias que llevaron al victimario a realizar un acto reprochable por la ley penal y, que en el evento de la imposición de la pena, se opten por elegir bajo los lineamientos de los fines de la pena el tratamiento psicoterapéutico al condenado.

En otras palabras, al analizar un caso en el cual se debata la comisión del delito de incesto, este debe ser visto desde varias aristas en lo penal, esto es, no observar únicamente si dentro de la tipicidad de la conducta se cumplen con los requisitos del tipo objetivo (responsabilidad objetiva) para el caso concreto, sino, también, los requisitos del tipo subjetivo (responsabilidad subjetiva). Desde esta perspectiva, existe la posibilidad que frente a este delito desde la tipicidad subjetiva se pueda demostrar que la conducta fue realizada con la ausencia de las modalidades de la conducta punible y, en consecuencia, indagar sobre la influencia de aspectos psiquiátricos o psicológicos del victimario que pueden tornarse relevantes a la hora de imponer una sanción penal.

Medios de Prueba

Los medios de prueba son instrumentos en virtud de los cuales el funcionario judicial verifica el contenido de las afirmaciones expuestas por las partes dentro de un proceso (Peyrano, 2015); para

Parra (2007) los medios de prueba son:

Los instrumentos y órganos que le suministran al juez el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba: la declaración de parte (confesión o testimonio de parte, según se narren los hechos que le causen perjuicio al confesante o que por lo menos favorezcan a la contraparte y aun cuando no se presente la anterior circunstancia), el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y los indicios. (p.281).

Los medios de prueba son variados y funcionan como el conducto a través del cual el juez tiene contacto con los hechos de una *litis* (realidad que se expone), motivo por el cual, los medios de prueba llevan al juez a la certeza de algo que se somete a su conocimiento. En otros términos, probar implica suministrar al funcionario judicial el conocimiento de cualquier hecho que, para efectos de su actividad, le permiten tomar una decisión motivada frente al fondo de la controversia.

Como consecuencia de lo anterior, los medios probatorios tienen vital conexión con los principios que rigen la actividad procesal y que se anteponen a cualquier norma posterior del ordenamiento procesal específico (López, 2015); es decir, son principios rectores del proceso que el juez debe observar a fin de velar cabalmente por el debido proceso y el correcto acceso a la administración de la justicia.

Dentro de los principios que figuran como reguladores de los medios de prueba, Parra (2007) expone los siguientes:

(i) necesidad de la prueba, en virtud del cual se impone al funcionario judicial tomar decisiones con fundamento en hechos debidamente acreditados; (ii) inmediación, que procura tener como pruebas las practicadas y controvertidas en presencia del funcionario judicial, sin que le sea permitido suplirlas con su conocimiento personal; (iii) utilidad, pues no deben decretarse pruebas que no sirvan porque versen sobre hechos imposibles, exista prohibición legal de probar o se trate de hechos notorios; (iv) conducencia, dado que debe estar encaminada a demostrar el asunto que es objeto de decisión; (v) eficacia, en cuanto resulta ineficaz una probanza que aunque apunte a hechos pertinentes, carece en sí de poder de convicción: la inconducencia se refiere a hechos sin relación con el asunto debatido, la ineficacia legal mira a determinados hechos a los que la ley niega valor probato-

rio"; (vi) persuasión racional, que como su nombre lo indica no puede consistir en otra cosa que en el convencimiento por medio de la razón, difiere del sistema de tarifa legal en que da mayor margen al raciocinio para controvertir en uno u otro sentido, desechar en todo o en parte una conclusión o adherir a ella. En tanto la tarifa impone al juez la conclusión, la persuasión racional la deduce por lógica o dialéctica"; y (vii) obtención coactiva que procura proteger la lealtad de las partes intervinientes y el interés general que asiste en la búsqueda de la verdad sobre los hechos materia de debate, al imponer la obligación a cualquier persona de contribuir eficazmente a la práctica de cualquier medio de prueba. (pp. 6, 9, 10, 22, 72, 73, 76).

Así las cosas, no cabe duda que es deber del funcionario judicial valorar la legalidad de la prueba, aspecto que toca tanto su aducción, por quien tenga facultad procesal para hacerlo como la ausencia de vicios.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 175 establece que son medios de prueba la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, y cualquiera otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez. -el Art.165 del Código General del Proceso establece, además, la confesión y los informes-.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) en su artículo 382 se refiere a los medios de conocimiento y señala como tales: la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Estructura del proceso penal en Colombia

La actual estructura procesal del derecho penal en Colombia fue introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, el cual fuera desarrollado por la ley 906 de 2004. En palabras de la Fiscalía General de la Nación (2007):

En esta nueva estructura se mantuvo la distinción entre la fase de investigación y la de juzgamiento, se preponderó la importancia de ésta última, en la que en realidad se produce la prueba con estricto cumplimiento de los principios propios del sistema acusatorio, esto es, oralidad, publicidad, contradicción, con-

centración e intermediación, con respeto de las garantías fundamentales, especialmente la de dignidad humana. La base del sistema penal oral acusatorio se encuentra en los principios rectores y las normas que integran su estructura. Los principios rectores tienen contenido prevalente y, a través de ellos, se reflejan las pretensiones democráticas del Estado Social y de Derecho, especialmente en cuanto a las garantías de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, con lo que se impone una interpretación constitucional de las instituciones de orden procesal (p.21).

En otras palabras, las normas rectoras en la ley 906 de 2004 demarcan la naturaleza, características y reglas de juego desde la óptica constitucional, incorporando, además, los estándares internacionales en Derechos Humanos de conformidad con el artículo 3 de la ley 906 de 2004 y el respeto de los derechos fundamentales en el desarrollo de la actuación procesal. "Desde el enfoque procesal constitucional, resulta determinante la estructura del sistema penal colombiano, en tanto fundamenta todas las instituciones que de él hacen parte" (Londoño, 2007, p.14).

En efecto, al diferenciarse a las partes de los intervinientes, el rol, las facultades y deberes de estos en el proceso penal, se demarcan las reglas del debido proceso y se esclarece el contenido de cada acto procesal. Por ello, se entiende que las funciones del juez de control de garantías son distintas de las que ejerce el juez de conocimiento, bajo ese entendido, los estadios procesales en los que estos intervienen dependen de los actos que ejecuta el titular de la acción penal; por ejemplo: si lo que busca el fiscal delegado es cimentar la inferencia razonable en la comisión de una conducta punible, el acto a seguir es que se formule imputación, en tanto, que si lo que busca el fiscal delegado es afirmar con probabilidad de verdad la ocurrencia del hecho, en conclusión, debe proceder a acusar. En el primer evento, el juez que interviene es el de control de garantías, quien decide el asunto como juez constitucional. En el segundo evento, interviene el juez de conocimiento ante el cual tienen que desarrollarse todas las etapas de juicio: formulación de acusación, audiencia preparatoria y juicio oral.

La formulación de acusación es el procedimiento a través del cual se materializa la función de acusación radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Se trata de un acto discrecional en el cual el fiscal afirma con probabilidad de verdad la ocurrencia de hechos en circunstancias de modo, tiempo y lugar que revisten las características de delito y, con ello, concreta la acción penal ante el juez de conocimiento. Este procedimiento si bien es facultativo del fiscal, depende de los elementos materiales de prueba y evidencia física que este tenga en

su poder y que logre recopilar en fase de investigación. En esta etapa del proceso, se desarrollan varias cuestiones a saber: i) lo relacionado con las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, ii) la lectura del escrito de acusación con los requisitos del mismo, iii) el descubrimiento probatorio en cabeza de la fiscalía; ello implica la enunciación, descubrimiento y suministro de todos los elementos materiales probatorios que se encuentran consignados en el escrito de acusación.

Terminada esta audiencia, y luego de haberse estipulado fecha, se lleva a cabo la audiencia preparatoria. En esta, las partes deben manifestar sus observaciones frente al proceso de descubrimiento probatorio que se inició desde la audiencia de formulación de acusación, así como el que se realiza por fuera de esta, en caso de que no, el juez está en la obligación de rechazarlo. En esta diligencia es en la que la defensa debe realizar su descubrimiento total de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida con que cuente y que pretenda hacer valer en juicio. Seguidamente, las partes deben manifestar si existe alguna estipulación probatoria o interés en realizarla.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia (2015) esta diligencia se explica así:

De tiempo atrás esta corporación se ha ocupado de analizar los temas que deben abordarse en la audiencia preparatoria, según la reglamentación legal de esta fase del proceso. Se ha resaltado que dichos tópicos pueden afrontarse en el siguiente orden: (i) observaciones correspondientes al descubrimiento probatorio ordenado en sede de la audiencia de formulación de acusación; (ii) descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física en poder de la defensa, siempre y cuando pretenda hacerlos valer en el juicio; (iii) la fiscalía y la defensa enuncian la totalidad de medios probatorios que llevarán a juicio; (iv) se abre un espacio para que las partes discutan acerca de la posibilidad de realizar estipulaciones probatorias; (v) es una nueva oportunidad para que el procesado se allane a los cargos; (vi) el juez decide acerca de la licitud y pertinencia de las pruebas, así como el orden en el cual se presentarán durante el juicio; (vii) es la última oportunidad para que el querellante pueda desistir de la querrela (art. 76, Ley 906 de 2004); (viii) la defensa puede solicitar al Juez se decrete la conexidad (Parágrafo, art. 51 ibídem); (ix) Se fija la fecha de realización de la audiencia del juicio oral (p.42).

En relación con el juicio oral, esta es la “parte sustancial del proceso, cuyo final es la sentencia condenatoria o absolutoria. Las características del juicio oral a la luz de la ley 906 de 2004 son: público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio y concentrado” (Villegas, 2008, p.37).

La prueba pericial en la etapa del juicio

De conformidad con la estructura y etapas del proceso penal bajo los lineamientos de la ley 906 de 2004, “todas las pruebas que se descubrieron, enunciaron y solicitaron en audiencia preparatoria (el descubrimiento en esta etapa corresponde a la defensa, la enunciación y solicitud a las partes por igual) deben ser practicadas en la audiencia pública del juicio oral bajo la dirección del juez” (Bastidas, 2010), con el fin de garantizar el principio de inmediación, el cual es, un principio rector característico de este sistema que impone al juez la obligación de decidir sobre lo probado en su presencia y no sobre lo que haya sido demostrado por fuera del proceso, antes o después de él. Adquiere por tanto la connotación de prueba lo que el juez ha visto, oído, presenciado, captado de manera directa lo que lo conllevará a emitir su sentencia (Corte Suprema de Justicia [CSJ], 2012).

La inmediación exige en la voz de la Corte Constitucional de Colombia (2011) que:

El juez deba tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, esto es, con los sujetos del mismo y con su contenido o materia. La violación de este principio implica la violación del principio del debido proceso, que garantiza a toda persona imputada o acusada, a ser procesada o juzgada de acuerdo a procedimientos y formas propias de cada juicio. (Sección 5.3).

De lo anterior se colige que, la inmediación del juez en el conocimiento en el ámbito de los procesos judiciales “es quizás uno de los componentes que más caracteriza el proceso penal, pues se trata de un ámbito institucional y burocrático en el que se considera que en la figura del juez hace eclosión, oficialmente, la decisión sobre los hechos” (López y Jaramillo, 2016).

“Esta exigencia es expresión del carácter colaborativo del proceso judicial”. (Dwyer, 2008, p. 22), máxime, si se tiene en cuenta que el proceso penal en la etapa de juicio oral es el escenario en donde prima el interés de las partes por probar su teoría del caso sobre cada una de sus posturas, afirmaciones y apreciaciones respecto de la veracidad de los hechos para lograr la convicción del juez y, por

esto, es necesario contar con la opinión de expertos sobre un área de conocimiento que facilite una comprensión más científica sobre lo debatido a fin de guardar este principio.

Así las cosas, es válido afirmar que “la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados” (Sierra, 2008, p. 172).

Bajo este supuesto, el dictamen pericial según Quintero (2010) puede ser entendido como:

un medio probatorio de carácter personal en el cual está contenida una declaración de ciencia o conocimiento; realizada por una persona con especial experticia y conocimientos en ciencia, arte o técnica y que se practica dentro del proceso para llevarle al juez el conocimiento de unos hechos. (p. 65).

En su criterio López y Jaramillo (2015) afirman que:

Respecto al concepto de prueba pericial hay que mencionar que ha sido polémico porque, a veces, se ha entendido como auxiliar del juez y, en otros casos, como medio de prueba; en consonancia con esta discusión, también se ha cuestionado sobre si su centro de atención es el conocimiento especializado o el sujeto experto. La pericia como medio de prueba es algo que se encuentra claramente establecido en el art. 382 del CPP/2004; sin embargo, el tema es polémico puesto que hay autores que sostienen lo contrario; por ejemplo, el argentino Machado (1995) asume que el perito no está destinado a establecer medios de prueba, sino a brindar al juez elementos de apreciación. (p.488).

Para la Corte Constitucional de Colombia (2006) “la prueba pericial es la que 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” (Sección III).

En lo que atañe en este marco teórico sobre prueba pericial, se toma como referente teórico lo expuesto por Pabón (2010) quien desde el punto de vista etimológico afirma que el término “pericia proviene del latín *peritia*, de experiencia, de habilidad, de destreza; así como, la palabra perito tiene su origen en *peritus* que significa experimentado, y se le atribuye a la persona con mucha práctica, habilidad y destreza” (p.308). Además, señala que la pericia se le puede observar con un sentido lato,

amplio, genérico dentro de las ciencias periciales y también desde un punto de vista específico que tiene que ver con el ámbito jurídico de la materia que se trate.

Para el tratadista Pabón (2010) la peritación se puede definir como “una secuencia de actos racionales e intelectuales que requieren especialización, orientada a la obtención de dictámenes, opiniones o conclusiones que exigen maestría tanto en su elaboración como en su interpretación y aplicación” (p. 36).

En un sentido funcional -momento dinámico y finalidad-, la peritación se puede definir como una secuencia de actos racionales e intelectuales que requieren especialización, orientada a la obtención de dictámenes, opiniones o conclusiones que exigen maestría tanto en su elaboración como en su interpretación y aplicación.

Contemporáneamente, es extraordinario el avance del valor social, jurídico y económico de la peritación; prácticamente todas las actividades y campos del conocimiento exigen a los coasociados la permanente presencia, asesoría, concepto y consejo de expertos en las más diversas materias, todo lo cual ha producido una revalorización de la labor pericial y de sus elementos constitutivos.

Para el doctrinante González (1975) pericia es “toda declaración rendida ante autoridad por persona que posee alguna preparación especial adquirida en el ejercicio de una profesión, arte u oficio, con exclusión de la que por otro concepto interviene en la averiguación penal” (p. 134).

En ese mismo sentido, Colín (como se citó en Arboleda, 2011) preceptúa que:

La peritación, en el derecho de procedimientos penales, es el acto procedimental en el que el técnico o especialista en un arte o ciencia, previo examen de una persona, de una conducta o hecho, o cosa, emite un dictamen conteniendo su parecer y los razonamientos técnicos sobre la materia en la que se ha pedido su intervención”, deviene del concepto anterior, que en el dictamen pericial se emite un concepto técnico o especializado, sobre hechos relacionados con el proceso, cuyo dictamen debe estar debidamente sustentado, para lo cual es necesario que el perito tenga conocimientos, técnicos, científicos o artísticos (p.452).

Por su parte, para Parra (2007) la prueba pericial busca:

Incorporar al proceso algunos componentes de orden científicos, artísticos y técnicos, expresados por expertos en temas relacionados con la litis, con el fin de proporcionarle mayor claridad al juez de conocimiento; Así mismo, afirma el tratadista que, no obstante, el juez posea la pericia necesaria o los conocimientos especializados sobre la materia es necesario practicar la prueba porque de lo contrario sería como si el juez se atreviese a fallar sin necesidad de testigos, de pruebas documentales, o sin ningún medio de conocimiento, en atención a que conoce los hechos que se investigan.

De otra parte, el doctrinante Espitia (2010) enseña que “la pericia tiene la función de aportar al juez los conocimientos técnicos que éste no tiene, por lo que prevalece el elemento “juicio” (bajo el aspecto técnico) sobre el elemento “verificación” (p. 308). De acuerdo al anterior concepto del doctor Espitia se desprende que la pericia busca aportar los conocimientos técnicos que el juez no tiene, mientras que para el doctor Parra Quijano, es irrelevante que el juez posea o no los conocimientos técnicos, dado que, de todas maneras deberá acudir al experto para que emita el dictamen requerido.

De lo anterior se desprende que la importancia de la prueba pericial dentro de los procesos jurisdiccionales “se ha logrado gracias a los avances que arrojan la ciencia y la tecnología” (Quintero, 2010), las cuales, como ciencias auxiliares al Derecho, pueden arrojar luz sobre un caso para que de esta manera exista una debida valoración desde el punto de vista histórico y procesal de lo acontecido. Pues, en principio, las partes buscan probar una verdad histórica, pero, el juez, valora esa verdad histórica a través de la verdad procesal, esto es, lo que se demuestra en el proceso.

Ahora bien, en relación con la naturaleza de la prueba pericial, la Corte Constitucional (2006) ha afirmado que esta puede ser catalogada en dos posturas:

- a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.
- b) Y, en segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial 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. Mientras los medios de prueba

introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso. (Sección III).

En referencia a su valor probatorio el mismo tribunal (2011) ha sido del criterio que:

(...) la prueba pericial es una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la prueba pericial como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez. Conforme con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1°), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quién lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso.

Efectivamente, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que debe ser un tercero ajeno a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2°); v) el dictamen pericial debe ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción

por la contraparte. En todo caso, el dictamen pericial debe someterse al procedimiento establecido en la ley para que la contraparte ejerza su derecho de defensa mediante la contradicción del mismo, la cual puede consistir en la objeción por error grave o en la solicitud de aclaración, complementación o adición.

La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. (Sección III).

Ahora bien, dentro la normatividad procesal penal se puede decir como bien lo señala Jaramillo (2015):

La valoración de la prueba pericial de manera alguna es potestativa para el juez, sino que es racional y debidamente motivada. La valoración racional busca evitar, como dice Gascón (1999), las posturas subjetivistas que implican un intuicionismo en el que la decisión judicial se convierte en una actividad irracional e incontrolable (p. 38). En términos de Ferrer (2007) tal valoración no puede reducirse a un estado mental que caprichosamente adquiera el juez; no se trata simplemente de que el juez esté persuadido o convencido ya que, por el contrario, él está sometido tanto a la racionalidad como a las reglas jurídicas que regulan la decisión (p. 488).

En relación con la regulación de la prueba pericial, la ley 906 de 2004 determina el proceso de elaboración y presentación de los informes derivados de las experticias solicitadas por las partes y de ello se desprende que:

i) el servicio de peritos es prestado 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, ii) las investigaciones y análisis del perito deben estar consignadas en un informe que debe estar firmado por quienes hubieren intervenido en la parte que les corresponda, iii) el informe debe rendirse bajo gravedad de juramento, iv) la pericia debe ser realizada por quien tenga título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica, arte o por personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque carezca de título, v) los peritos deben comparecer al juicio oral y público, para ser interrogados y

contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia, vi) la declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba.

Es decir, se está en frente a un medio de prueba legítimo, reglado y, por ende, sujeto a contradicción por las partes y a la inmediación por el juez.

Como correlato de lo anterior, se puede afirmar que los medios de prueba deben ser apreciados de forma conjunta. Ahora bien, en relación con el delito de incesto, la prueba pericial de valoración psicológica del victimario y la apreciación conjunta de este delito por los jueces penales en la ciudad de Barranquilla, se detectó en el análisis de la información de esta investigación que en la práctica probatoria, el juez falla con base en los testimonios de los declarantes ofrecidos por las partes, estos son: los testigos de cargo y los testigos descargo de la fiscalía y la defensa, respectivamente. Mayoritariamente, los jueces penales de la ciudad de Barranquilla, ven el testimonio como la prueba técnica idónea y exclusiva.

A su vez, se detectó que el juez y las partes que intervienen en este tipo de procesos no se pronuncian frente a los factores subjetivos, por ejemplo, los rasgos de personalidad del individuo que hacen que actúe de una determinada forma y que no son descubiertos o detallados por la prueba pericial (psicológica).

Estos factores se estudian desde la psicología y la psiquiatría forense y, en muchos de los casos, el sujeto activo de esta conducta es declarado culpable y recluido en un centro carcelario sin importar su salud mental o la incidencia de los rasgos de la personalidad en su comportamiento delictivo. Estos aspectos "son valorados a través de otra prueba pericial como lo es la valoración psicológica y psiquiátrica" (Guzmán et al 2006), la cual se insiste en este estudio es fundamental a la hora de analizar este delito.

En lo que atañe a la reincidencia del comportamiento delictuoso y la prueba pericial (valoración psicológica y psiquiátrica) como medio de prueba para encontrar explicación a este comportamiento, y a su vez para que le permita al juez tener los elementos de juicio necesarios para determinar la culpabilidad del acusado, para las partes en el proceso penal, es imposible precisar, en el juicio oral, si una persona padece una afección neurológica o psíquica objetivable, y en el caso de la reincidencia

del delito de incesto, los testimonios no suplirían lo señalado toda vez que ésta facilita la determinación de la autoría de la conducta, pero no explica el porqué del comportamiento reiterativo.

Esta cuestión es de gran relevancia en atención a que para efectos de la responsabilidad penal, la responsabilidad objetiva esta prescrita, de tal suerte que no basta con que se cumplan las condiciones de ley para afirmar la comisión de un delito, sino que, es necesario observar dentro de la tipicidad si el agente activo de la conducta obró en torno a una modalidad de conducta punible para así ver y probar la tipicidad desde el punto de vista subjetivo. Máxime, cuando el Código de Procedimiento Penal establece como fines de la prueba despejar las dudas razonables, los hechos del caso, las circunstancias materia del juicio y lo referente a la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe; seguidamente, el mismo código puntualiza en que 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.

Por lo anterior, es que los estudiosos del Derecho Procesal entran en polémica al tratar el propósito, la naturaleza jurídica y la función de la prueba pericial como medio de prueba, del perito como auxiliar o colaborador técnico del juzgador, o como figura mixta, que aúna simultáneamente ambos caracteres.

En el sistema penal acusatorio, ni el fiscal ni el juez tienen conocimiento directo de los hechos. En este sentido, es el fiscal el llamado a través de las evidencias físicas e información legalmente obtenida y el juez a través de las pruebas practicadas en el juicio oral a conocer de tales hechos. Ocurre en el cotidiano quehacer jurídico que en algunos de los procesos penales deba ser necesaria la intervención de expertos para el logro del esclarecimiento de esos hechos, entonces es cuando surge la necesidad de la prueba pericial como medio de prueba cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, en este caso en un proceso penal por incesto cuando opere la reincidencia.

En el proceso penal tradicionalmente, ya sea bajo las ideas jurídicas de civil y Common Law, es común referenciar de dos pretendidos estándares de prueba: la íntima convicción y el más allá de toda duda razonable. “Estas posturas resultan insatisfactorias por varias razones. Ambas comparten vaguedades y el criterio sostenido en las creencias del operador judicial como elementos justificantes. Es

decir, se está frente a estándares subjetivos” (Ferrer, 2007).

Al abordar el tema del grado de convicción en el Derecho Penal, en el sistema penal colombiano, se enfoca en la teoría de origen anglosajón, constitutiva de la regla para la declaración de culpabilidad penal, de exigir de la prueba más allá de toda duda razonable, sin existir una delimitación clara de su alcance. En referencia al estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, obedece conforme lo expone Taruffo (2011b):

A razones de naturaleza ética o ética política, afirmando que el juez al momento de condenar al inculpado haya alcanzado la “certeza” de su culpabilidad; caso contrario, el inculpado deberá ser absuelto todas las veces que emerjan “dudas razonables”, muy a pesar que el acervo probatorio esté en su contra. En el sistema del estándar de probabilidad prevalente queda muy por debajo del estándar de más allá de toda duda razonable, este último tiene un estándar probatorio particularmente elevado, en razón del garantismo a favor de los inculpados. Ahora bien, la adopción de un estándar de prueba así elevado, dentro de la justificación ética fundamental no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de Common Law, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal (pp. 117 y 118).

Necesidad de la Prueba

Según Pabón (2010):

En nuestra normativa de procedimiento penal la procedencia de la prueba pericial tiene pertinencia cuando sea “necesaria para efectuar valoraciones; así lo establece el artículo 405 del C.P.P”. el criterio de necesidad implica no solo la conveniencia de la prueba sino también la imprescindibilidad de la misma, por tanto, cuando la pericia es necesaria no se debería evadir su práctica porque de lo contrario se generaría un “gravísimo riesgo para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba (p. 60).

La prueba en el proceso penal acusatorio está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes sin intervención judicial. En el

proceso penal el acusador utiliza la prueba con el objeto de demostrar la culpabilidad del acusado y por parte del defensor para demostrar la inocencia del mismo, es decir, desvirtuar la culpabilidad respecto del delito que se le atribuye. Una de esas pruebas y quizá de mayor utilidad en los procesos por incesto es la prueba pericial (valoración física y psicológica de la víctima).

La eficacia de la prueba pericial, en este proyecto se focaliza desde la óptica del Derecho Procesal. Por lo que se sustenta, frente al entendido de prueba, como lo resalta Forero (2007)

Se reputa como tal el resultado del procedimiento probatorio, o sea, el convencimiento al que llega el juez a través de los medios de pruebas. Siguiendo a Alfredo Forero Romero, la científicidad de la prueba, en el campo procesal, está llamada a verse como resultado de la prueba, constituyéndose por la valoración a la cual llega el juez acerca de la existencia e inexistencia del *factum probandum*.(p. 2).

Ante lo anterior, se rescata la interpretación de J. Guasp (1977), que hace sobre la eficacia de la prueba, en el campo procesal:

El juez al sentenciar, tiene que contar con datos lógicos que le inspiran el sentido de su decisión, pero no cualquier clase de datos de este carácter, sino con aquellos que sean o, por lo menos, le parezcan convincentes, respecto a su exactitud y certeza (p. 388).

El convencimiento a que ha de llegar el operador judicial, después de transitar por las etapas procesales, debe estar sólidamente sustentado, en las pruebas legalmente descubiertas en el proceso.

Se concluye que la eficacia de la prueba está determinada como la aptitud o poder de convencimiento que tienen los medios probatorios, que orientan la decisión del juez en el fallo. Y esta eficacia, en el terreno procesal, está dinamizada porque tiene una función de obrar por y para determinar un derecho o un hecho, bajo criterios que otorgan certeza y convicción, que permiten la realización de los fines de la administración de justicia.

Por lo expuesto, tal como afirma Forero (2007):

Se hace necesario diferenciar el fin de la prueba y el fin de la eficacia de la prueba. En el primer caso, se tiene como cierto, que el fin de la prueba es llevar credibilidad en la plena demostración jurídica de un hecho y en segundo término, el fin de la eficacia, es lo relacionado a la prueba con el proceso judicial en sí, es el establecer cómo emerge la prueba en el proce-

so, de dónde viene, analizar la prueba como resultado de las operaciones mentales subjetivas del juzgador, es decir, establecer la aptitud o ineptitud del medio probatorio (p. 4).

El aporte de la pericia, en la eficacia de la prueba, está dado por unos elementos técnicos, científicos o artísticos aportados por una persona, que cimientan al convencimiento del operador judicial en la sentencia. "Estos elementos aportan unos conocimientos que dilucidan parte o el total de la controversia, llevando a la mente del funcionario sucesos que dan nuevas luces al debate" (Parra, 2007, p.632).

En ese sentido Pabón (2006) considera que:

La prueba pericial centra su eficacia en la determinación exacta del hecho técnico, en cumplimiento de los ritos legales para su formulación (medio de prueba) y surgimiento (prueba) en el debate o proceso como tal. La prueba pericial no se debe limitar a las explicaciones y puntualidades técnicas o científicas propias del arte, comprendidas entre los principios y reglas que dominan la disciplina, conceptuando relaciones de oposición o similitud entre las propuestas de los intervinientes en el proceso, sino que debe asegurar el vínculo con la realidad social y la propuesta defendida (p. 38).

Este medio probatorio en muchos casos, en especial en la prueba pericial (valoración psicológica), dentro de un proceso penal tiene una connotación que determina la eficacia del sistema, es decir, varía la naturaleza del perito dejando de ser auxiliar de justicia, para convertirse en un verdadero determinante sujeto de la decisión, porque en la complejidad del asunto enjuiciado en el proceso penal, el fallo queda dependiendo única y exclusivamente de la pericia; en la práctica se convierte el dictamen en una verdadera sentencia, lo que le arroja al perito un protagonismo probatorio extremo.

Sistemas de valoración de la prueba.

Sobre este tema afirma Taruffo (2009a):

Para la valoración de la prueba existen diversos métodos entre los que se rescatan históricamente, el sistema de la prueba legal que existió por siglos en Europa; y para finales del siglo XVIII fue sustituido por el principio de la libre convicción del juez, según el cual tiene el poder de valorar discrecionalmente la prueba, de establecer la credibilidad y de derivar conclusiones en torno a la veracidad o falsedad de los enunciados que se refieren a los hechos de la causa (p. 41).

El desarrollo de este principio, tiene una connotación subjetivista muy destacada, que se encuentra en cabeza del administrador de justicia, confundiendo fuertemente con un poder absoluto que en muchas ocasiones es arbitrario e incontrolable, que riñe con los aspectos más simples de la moral. Estos sistemas se alejan considerablemente de la concepción del proceso como búsqueda de la verdad, tomándolo como único instrumento para convencer al juez conforme a las pretensiones de cada una de las partes. Se produce así la convicción psicológica que el juzgador referente a la certeza o falsedad de un dato procesal, desarrollada por la función de la prueba.

Guasp (1977) sostiene que:

Entre los sistemas de la prueba libre y de la prueba tasada jurídicamente no hay ningún criterio intermedio; en particular la persuasión racional, que vincula la apreciación de la prueba a las reglas de la sana crítica no hay más que dos soluciones posibles: sumisión o desvinculación a las reglas del Derecho (p.388).

Ya frente a las concepciones que sustentan que la prueba debe estar orientada a la consecución de la verdad, o aquellas que admiten que debe estar primaria y exclusivamente orientada a la resolución del conflicto, conforme lo sostiene Gascón (2009):

Existen dos tipos de razones que determinan que el conocimiento de los hechos obtenido por la prueba judicial es imperfecto o relativo. Uno de ellos es el institucional, donde se dice que la práctica de la prueba judicial, no es una actividad libre, sino que se produce a través de uno sistema de regla que limitan dicho objetivo. Otra razón, es la epistemológica; que vienen hacer las inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente en prejuicios. Concluyéndose que los resultados de la prueba sólo pueden ser expresados en términos de probabilidad. Se tiene entonces, bajo estas directrices, que los resultados de la prueba esbozados en la decisión final no pueden tenerse como verdaderos, sino como una hipótesis, que el conglomerado acepta como verdadero, sin necesidad de entrar a descalificar la decisión. Se limitan únicamente a aprobar la decisión, porque alcance un grado de probabilidad de certeza que justifica la posición asumida (p. 17).

En el actual sistema penal colombiano, rige el principio de valoración mixta o conjunta de la prueba, conforme al artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 373 de la misma normativa, perfilan que ningún medio de prueba es de carácter obligatorio o vinculante, quiero ello decir, que el juez mantiene su libre, racional y autónomo discernimiento al momento de fallar o juzgar sin que dicho ejercicio mental sea reemplazo por un medio de prueba dominante.

Aun así, se harán reflexiones sobre los básicos sistemas de valoración de la prueba: tarifa legal y libre apreciación de la prueba. Este último, es el de mayor aplicación en los sistemas procesales, por tener una connotación de progresista y humanista, entregándole al operador judicial “una mayor independencia respecto al resto de los poderes, lo que le imprime al proceso valorativo de los medios de prueba una mejor adaptación social frente a cada caso específico, lo que le otorga ventajas frente a la prueba tarifada” (Pabón, 2007, p. 309).

Los sistemas de valoración de la prueba están determinados así:

- a.- Sistema del íntimo convencimiento o de la libre convicción.
- b.- Sistema de la tarifa legal o de la prueba legal.

En el libre arbitrio del juez, se circunscribe el sistema del íntimo convencimiento o de la libre convicción, porque es éste, quien selecciona o escoge la prueba y le imprime el valor que a bien tenga consideración al momento de fallar, lo que a manera de crítica, genera un sistema de capricho judicial dirigido por la voluntad única del juez; como bien los expone el tratadista Leonel Gustavo Cáceres que “en la libre convicción, “ el juez está facultado para estimar las pruebas de manera libre, no observa restricción ni sujeción a la norma legal, la motivación está fincada en su discurso íntimo, luego no está obligado a esbozar su motivación”.

“En este sentido no se debe confundir la libre convicción con la libre valoración de la prueba, pues está última comporta formar su convicción usando la lógica y las reglas de la experiencia”.

“Este sistema presenta el criterio del juez desligado de la atadura legal, fundada en una valoración personal. El sentido de la íntima convicción posibilita al juez para no exponer su motivación, lo que imposibilita la impugnación de los fallos (Zarazo, 2010, p. 32).

Por su parte, Parra (2007) sostiene que el sistema de libre convicción, presenta las siguientes ventajas:

a.- La crítica razonada de la prueba la debe hacer el juez.- Se obliga al operador judicial a la utilización de todas aquellas otras ciencias y técnicas auxiliares del Derecho, como son las reglas de la experiencia, la lógica, la historia, la sicología, la sociología, e inclusive la imaginación, para lograr una decisión final más acertada al anhelo de la administración de justicia, valorando la prueba conforme a la narración de los hechos confrontados con el caso concreto.

b.- El juez debe motivar sobre la prueba.- El administrador de justicia, deberá efectuar razonamientos, donde explique el acogimiento de la prueba, en desarrollo del principio de contradicción y de debida defensa.

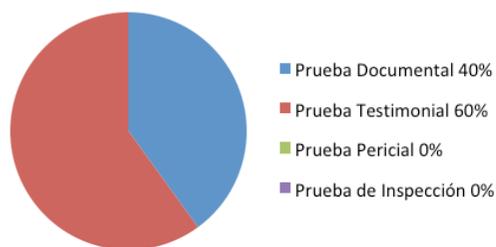
El segundo sistema el de tarifa legal o de la prueba legal y como su nombre lo indica, es la ley de acuerdo a este sistema la que viene a establecer el valor de los medios de prueba, lo que conduce a una frialdad en la decisión aptada en el fallo, en razón a que el ejercicio de juzgamiento está sometido a la rigidez de la norma, lo que se traduce como resultado en una verdad formal.(p. 303).

Resultados

A continuación se muestran los resultados obtenidos luego de aplicar la técnica de la encuesta a jueces penales del circuito de Barranquilla. El instrumento de medición utilizado fue un cuestionario de seis preguntas:

1. ¿Cuáles son los medios de prueba presentes en los casos de incesto de acuerdo a su experiencia como juez?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Prueba Documental	2	40%
Prueba Testimonial	3	60%
Prueba Pericial	0	0%
Prueba de Inspección	0	0%
Total	5	100%

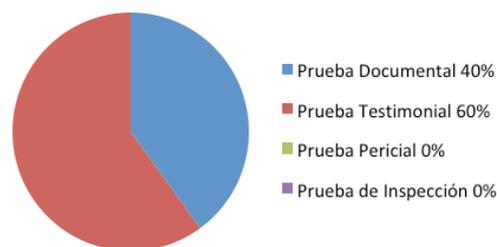


Gráficas 1

Gráficas 1 y 2: En estas gráficas se puede observar que los jueces encuestados comentaron lo que se ha expuesto en el presente trabajo, respecto a la aplicación de la prueba testimonial como factor principal que se encuentra presente en los casos de incesto en la ciudad de Barranquilla. Alcanza este medio de prueba un relevante porcentaje tenido en cuenta por los administradores de justicia.

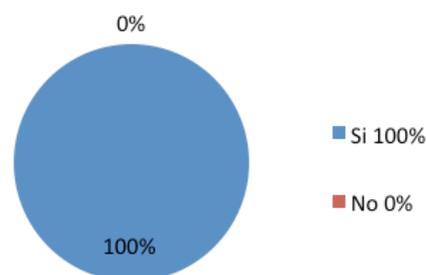
2. ¿Cuál es el medio probatorio que le proporciona, luego de la valoración en conjunto, mayor grado de convencimiento para la toma por incesto?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Prueba Documental	2	40%
Prueba Testimonial	3	60%
Prueba Pericial	0	0%
Prueba de Inspección	0	0%
Total	5	100%



Gráficas 2

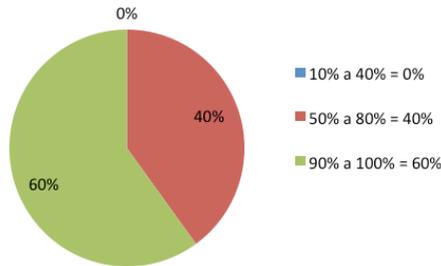
3. ¿Considera usted pertinente y conducente la prueba pericial (valoración psicológica o psiquiátrica) para determinar culpabilidad del acusado en casos de incesto?



Gráfica 3. El 100% de los jueces penales de Barranquilla que fueron encuestados, coinciden en que es pertinente y conducente la aplicación de la prueba pericial (valoración psicológica o psiquiátrica) para determinar la culpabilidad del acusado en casos de incesto.

4. ¿Qué porcentaje de convencimiento le proporciona la valoración psiquiátrica del victimario para la toma de decisión final en actuaciones penales por incesto?

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
10% a 40%	0	0%
50% a 80%	2	40%
90% a 100%	3	60%
Total	5	100%



Grafica 4: En esta grafica se observa que el 60% de los jueces encuestados, considera que la valoración psiquiátrica del victimario les aporta un amplio margen de convencimiento, en porcentajes oscilados entre 90% y 100% para la toma de la decisión final en el delito de incesto. Un 40% de los encuestados consideró que el convencimiento que les aporta dicha prueba se encuentra entre el 50% y 80%.

Conclusiones

En la visita realizada por el grupo investigador en la Penitenciaría El Bosque de la ciudad de Barranquilla-Colombia-, se tuvo la posibilidad de entrevistar a los condenados que allí se encuentran recluidos por el delito de incesto; en estas visitas fue nuestro interés ahondar respecto al tema del tratamiento que reciben los reclusos una vez son condenados, pero sobre todo, conocer de manera específica si éstos recibieron la aplicación de la prueba pericial (valoración psicológica o psiquiátrica) durante el desarrollo de su juicio o si han recibido en su proceso de resocialización algún tratamiento que vaya encaminado a conocer las causas por las cuales se produjo la conducta delictuosa de incesto.

Se pudo determinar que en la mayoría de los procesos de este tipo, se desconoce por completo la aplicación de la prueba pericial como un medio de prueba idóneo y eficaz que lleve a determinar los factores subjetivos o rasgos de personalidad del individuo que hacen que este actúe de una determinada forma, además se pudo evidenciar que la prueba pericial (valoración psicológica del acusado por incesto) no está presente dentro del proceso penal y con este estudio se pudo confirmar que efectivamente este medio de prueba sigue estando ausente en el proceso penal por incesto.

En los casos estudiados (3), el sujeto activo de esta conducta fue declarado culpable y recluido en un centro carcelario sin importar su salud mental o la incidencia de los rasgos de la personalidad en su comportamiento delictivo.

Para este grupo investigador resultó de sumo interés poder corroborar a través de los casos estudiados en la Penitenciaría el Bosque y de las sentencias analizadas que dentro del proceso penal no existe la prueba pericial (valoración psicológica del acusado) en casos de incesto y resultaría de mucho provecho que este medio de prueba esté presente enfocado hacia quien comete el delito en aras de que el juez al momento de imponer la pena pueda así mismo incorporar un tratamiento alternativo como sería el tratamiento psicológico cuando el condenado lo requiera a efectos de la consecución de los fines de la pena que establece el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Muy a pesar de encontrar tratadistas que señalan la importancia de la valoración de la prueba pericial dentro de un proceso penal, como es el caso del maestro Devis Echandia, que establece la valoración o apreciación de la prueba pericial como aquella operación que tiene como fin conocer el merito o el valor conviccional que pueda deducirse de su contenido y el Doctor Varela, conceptualiza la valoración o evaluación de la prueba pericial, constituye un acto de trascendental importancia dentro del proceso y de la etapa preparatoria, dado que el resultado que se obtenga a través de él dependerá la suerte del juicio que tanto se puede traducir en la condena como en la absolución del condenado, así como también la justa reparación del daño sufrido o de pérdida.

Este proyecto de investigación, estableció la importancia de la valoración de este medio de prueba, debido a que le permite al juez determinar la veracidad de los hechos ocurridos, puesto que en nuestro sistema penal acusatorio está no tiene conocimiento directo de los hechos, sino a través del fiscal, quien a través de las evidencias físicas y la información legalmente obtenida, expuestas en el juicio, conoce de los hechos, además de las pruebas que se practican dentro del juicio oral. De manera que esta valoración que realice el juez le permita esgrimir hasta que punto, este medio de conocimiento es veraz para constituir una base firme que le permita acreditar los hechos objeto de debate dentro del juicio.

En esta investigación, estableció la importancia de la valoración de este medio de prueba permitiéndole al juez tener certeza y veracidad de los hechos ocurridos, puesto que nuestro sistema acusatorio no tiene acceso directo de los hechos, si no

a través del fiscal quien es que introduce todo el acervo probatorio con evidencias físicas y posteriormente expuesta en el juicio lo que le permite al juez hacer un razonamiento lógico de la construcción de los hechos que se debaten dentro del proceso que se surte.

Pese a que existen otros medios de prueba y además el principio de libertad probatoria no se procura allegar al proceso algunas pruebas que apunten a estudiar con mayor profundidad la culpabilidad que constituye el tercer presupuesto del delito y que guarda relación con los aspectos psíquicos del sujeto infractor como es la prueba pericial psicológica o psiquiátrica para detectar en casos de reincidencia ciertas patologías entre ellos trastornos de personalidad que permiten al juez estudiar de mejor manera la culpabilidad de los sujetos acusados en estos casos. Por cuanto de acuerdo a los resultados obtenidos se evidencia que el juez al momento de determinar responsabilidad penal lo hace en atención a la actividad física desatendiendo la ilustración que le puede prestar la psicología para establecer también este aspecto para que el estudio de la culpabilidad se haga de manera integral porque ello conduciría a que el juez al peligro de condenar con base en una responsabilidad puramente objetiva o de ejecutar un tratamiento penitenciario que no reportaría ninguna utilidad práctica por cuanto al sujeto que se le detecte a través de una pericia psicológica o psiquiátrica un trastorno de personalidad, con su privación de libertad no se contribuiría a mejorar su situación sino que se requeriría de una medida alterna para el logro de su rehabilitación.

Si los que intervienen como partes en el proceso, concretamente la defensa no le dan la importancia a este medio de prueba (pericia psicológica) para lograr obtener una decisión más correcta y adecuada y en beneficio de los intereses de su representado con menor razón el fiscal se verá forzado a que a este medio de prueba se le de una mayor utilidad práctica.

No pretende el equipo investigador orientarse a que las partes o el juez se inclinen por la inimputabilidad del acusado sino por conllevar al juez que frente a la toma de la decisión se tenga en cuenta no solo la imposición de la privación de la libertad sino que ésta sea paralela a un tratamiento proporcionado por una psicóloga y una psiquiatra supervisado por el juez de ejecución de penas donde se siga un control y seguimiento que permitan mostrar mejoría en la salud mental del acusado.

Si se parte de que el fin del proceso es resolver un conflicto de manera justa para obtener por tanto una decisión justa entendida como la orientada por las reglas de la lógica y la racionalidad, y que esta

decisión debe estar soportada por la valoración racional de la prueba debe entonces también traerse a colación que el fin de la prueba es la búsqueda de la verdad y que según el reconocido tratadista Michelle Taruffo en los sistemas adversativos el fin del proceso es llegar a preacuerdos y negociaciones pero también en estos sistemas el juez debe tener la facultad oficiosa de la prueba para llegar a hallar la verdad, pero muy distante del fin que se persigue en el proceso a través de la prueba es que a las partes solo les interesa ganar, situación que se vislumbra a través del análisis de los audios de audiencias de imputación de cargos, de imposición de medida de aseguramiento, individualización de la pena y de lecturas de fallo que permiten concluir que en los casos por falsedad material en documentos y uso de documento falso no se llega a hallar la verdad porque se está presentando que cuando se realiza la adecuación típica frente a los hechos éstos se adecúan al tipo de uso de documento falso en su gran mayoría pero la imputación se hace bajo el delito de falsedad material en documento en donde no se llega a demostrar que el autor haya falsificado el documento, lo que solo se llega a demostrar es que el documento es falso a través del informe pericial.

Con base en lo anterior, este estudio conlleva un trabajo de campo en el que se miran las tensiones procesales existentes entre la decisión judicial y los hechos en términos de valoración probatoria, situación que es muy grave porque pareciese que el operador judicial no ha mejorado sus estándares de valoración probatoria en la decisión judicial, igual que en el proceso escritural bajo el régimen de tarifa legal, a pesar que hoy día debe darse una valoración conjunta de la prueba encaminada a valorar bajo otro sistema probatorio mas holístico diferente al del proceso civil, laboral o administrativo porque la decisión en materia penal debe tener un estándar más alto que las otras áreas de conocimiento del derecho ordinario.

La prueba pericial de valoración psicológica, en el delito objeto de estudio en esta investigación constituye un elemento probatorio importante en la argumentación que tendrá el juez al momento de emitir su sentencia pero caber resaltar que este tipo de pruebas no son solicitadas por las partes en este caso la defensa, lo que conlleva a que el juez no tenga en cuenta este medio de prueba al momento de tomar su decisión.

Conforme a los resultados obtenidos del proyecto de investigación "Importancia de la prueba pericial en el delito de incesto en la ciudad de Barranquilla 2013 - 2014", se constata que la prueba pericial valoración (psicológica del condenado por incesto) no

está presente en el proceso que se le sigue y con esta investigación se confirma que este medio de prueba sigue estando fuera del proceso penal que se les adelantó a la población objeto de estudio, por tanto no fue incluida en la etapa de juicio, mucho menos objeto de valoración por parte del juez.

Con esta investigación se resalta que la prueba pericial (valoración psicológica y psiquiátrica), se constituye como el medio de prueba más idóneo y expedito para adecuar las conductas que conlleve al juez a adoptar una decisión más correcta y adecuada, en beneficio de los intereses del condenado y así brindarle un adecuado tratamiento que propenda por la eficaz reinserción social y prevención del delito.

Referencias

- Bastidas, Y. R. (2010). *Sistema acusatorio colombiano*. Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Caballero, M; González, S y Saadeh, M (2006) *Las representaciones sociales sobre el abuso sexual con énfasis en el Incesto*, CONACMI, Guatemala. Disponible en <http://www.pami-guatemala.org/Documentos/Incesto.pdf>
- Cabrera Dávila, J. F. (2016). *La Despenalización del Aborto a Consecuencia de la Figura de Incesto* disponible en <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/17255/1/1/Jason%20Fernando%20Cabrera%20D%c3%a1vila.pdf>
- Climent, C. (1999). *La Prueba Penal*. Valencia, España, Tirant Lo Blanch.
- Colin, G. citado en Arboleda, M (2011). *Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Colombia.: Editorial Leyer.
- Córdova, R (2005). Conceptuación del retracto de la víctima en casos de abuso sexual Intrafamiliar. MSW, ACSW Cuarta Conferencia de Trabajo Social Forense, UPR Humacao.
- Disponible en: http://www.ramajudicial.pr/Miscel/Conferencial/PDF/3_14-julio-05-El-Retracto%201_1.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia T-796*, Bogotá, Colombia, Magistrado ponente.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-250*, Bogotá, Colombia, Magistrado ponente.: Dr. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-288*, Bogotá, Colombia, Magistrado ponente.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Suprema de Justicia (2012). *Sentencia de treinta (12) de diciembre*. Bogotá, Colombia, Magistrado ponente.: Dr. Gustavo Malo Fernández.
- Corte Suprema de Justicia (2015). *Sentencia de treinta (30) de septiembre*, Bogotá, Colombia, Magistrado ponente.: Dra. Patricia Salazar Cuellar.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Bogotá, Colombia.: Legis.
- Ferrer, J. (2007). *Los estándares de la prueba en el proceso penal español*. Madrid, España.: Universidad de Alcalá.
- Forero, A. (2007). *La eficacia de la prueba en derecho*. Bogotá, Colombia.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Gascon, M. (2009). *Proceso, prueba y estándar: Valoración racional, grado de probabilidad y estándares de prueba objetivos*. Lima, Perú. Editorial Ara.
- Gonzalez, A. (1975). *El procedimiento penal mexicano*, D.F, México.: Porrúa.
- González, P. G., & Padilla, E. A. (2013). *Prueba pericial en el delito de incesto: mirada desde la perspectiva judicial en la región Caribe*. Justicia 18(24).
- Guasp, J. (1977). *Derecho procesal civil*. Madrid, España. Editorial: S.L. CIVITAS Ediciones
- Guzmán, P et al (2006). *Estudio sobre adolescentes homicidas y los factores criminógenos en falsedad documental*. Barranquilla, Colombia.: Universidad Simón Bolívar.
- Jaramillo, L. B. R. (2015). La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico. *Revista*, 45(123), 481.
- Londoño, J. Á. et al. *Estructura del proceso penal*. Bogotá, Colombia.
- López, M. F. (2015). *El Juez Civil y el Hecho Incierto. Un Estudio desde la Perspectiva de los Principios de Facilidad y Disponibilidad Probatoria*. *Derecho & Sociedad*, (38), 176-184.
- López, Y. M., & Jaramillo, L. B. R. (2016). *La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología*. *Estudios de Derecho*, 72(160).
- Ortiz Flórez, D. A., & Castañeda Aguirre, N. G. (2015). *Dictámenes periciales en delitos sexuales dentro de la legislación Colombiana* (Master's thesis, Universidad Libre).
- Pabón, P. A. (2010). *La Prueba Pericial Sistema Acusatorio*, Bogotá, Colombia.: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá, Colombia, ediciones del profesional LTDA.
- Peyrano, J. W. (2015). *Sobre la prueba científica*. *IUS ET VERITAS*, 17(35), 108-113.
- Quintero, A. M. (2010). *Pruebas psicosociales en derecho de infancia, adolescencia y familia*. Medellín, Colombia, Universidad de Antioquia.
- Sierra, L. F. B. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá, Colombia, Fiscalía General de la Nación.
- Soto, I. P. (2016). *El incesto como tabú y la liberación de la víctima*. *Athenea digital*, 16(3), 285-300. Disponible en <http://athenea-digital.net/article/viewFile/v16-n3-pavez/1966-pdf-es>
- Taruffo, M. (2009a). *Proceso, pruebas y estándares: Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. Lima, Perú.: Ara Editores.
- Taruffo, M. (2011b). *Precedente y jurisprudencia: Nuevas tendencias del derecho probatorio*. Bogotá, Colombia.: Universidad de Los Andes.
- Villegas, A. (2008). *El juicio oral en el proceso penal acusatorio*, Bogotá, Colombia, Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A.
- Zarazo, L. (2010). *La sana crítica Como sistema de valoración probatoria en materia penal*, Bogotá, Colombia.: Editorial Ibañez.