

Patricia Guzmán González\*\*  
Edwin Arteaga Padilla\*\*\*

# Prueba pericial en el delito de incesto: mirada desde la perspectiva judicial en la región Caribe\*

Expert test in the crime of incest: look from the judicial perspective in the Caribbean region

*Recibido: 12 de octubre de 2013 / Aceptado: 24 de noviembre de 2013*

## Palabras clave:

Incesto, Perito, Pruebas, Sistema Penal Acusatorio, Valoración de la Prueba.

## Resumen

El presente artículo de investigación se centra fundamentalmente en la valoración de la prueba pericial en procesos penales por el delito de incesto, el cual se hace bajo un análisis de los diversos sistemas de valoración de la prueba, en la cual, se observa rigurosamente la importancia de la prueba científica en el proceso penal, bajo la perspectiva de un sistema acusatorio y con una mirada a la teoría de la pena, de tal suerte que esta propenda por el cumplimiento de los fines de prevención especial y protección al condenado.

## Key words:

Incest, Expert, Testing, Accusatory penal system, Assessment of the Evidence.

## Abstract

The present article of investigation centres fundamentally on the valuation of the expert test on penal processes for the crime of incest, which is done under an analysis of the diverse systems of valuation of the test, in which, is observed rigorously the importance of the scientific test in the penal process, under the perspective of an accusatory system and with a look to the theory of a sorrow, of such luck that this one should tend for the fulfillment of the ends of special prevention and protection to the reprobate.

\* Este artículo se deriva del proyecto “Perspectiva psicojurídica del incesto en la región Caribe”. Iniciado en junio de 2012, el cual se encuentra en ejecución y es financiado por Colciencias y la Universidad Simón Bolívar.

\*\* Abogada, especialista en Pedagogía de las Ciencias de la Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Líder del Grupo Violencia, Criminalidad y Familia en la costa Caribe colombiana. pguzman@unisimonbolivar.edu.co

\*\*\* Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar. Joven Investigador de Colciencias 2010. Investigador del Grupo Violencia, Criminalidad y Familia en la costa Caribe colombiana. Docente del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar. e.arteaga@unisimonbolivar.edu.co

## INTRODUCCIÓN

Existe una relación inescindible entre proceso y prueba. Dependiendo de la concepción que se tenga sobre el proceso se le va a adjudicar una función especial a la prueba. Lo anterior, principalmente cuando se considera que el proceso debe estar orientado a la búsqueda de la verdad, o cuando se considera que su fin es la resolución del conflicto.

Asumida cualquiera de esas dos posturas, la prueba va a cumplir una función dentro del proceso y va a estar sometida a ciertos criterios de valoración. En todo caso, como sostienen algunos doctrinantes, el conocimiento de hechos que tiene lugar en la prueba judicial es imperfecto o relativo (Gascón, 2009). La primera, por ser una razón de tipo institucional al no considerarla como una actividad libre, sino que se desarrolla a través de un más o menos estricto sistema de reglas y cauces institucionales; y por otro lado, por razones epistemológicas, por cuanto el razonamiento probatorio está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente en prejuicios (Gascón, 2009).

Ahora bien, más allá de la discusión acerca del fin que se le atribuya a la prueba o al proceso, lo cierto es que en nuestro actual sistema procesal penal, en lo que se refiere al sistema de valoración probatorio en general y del probatorio particular vigente, todos los medios de comunicación judicial deben ser objeto de apreciación y valoración. El legislador le otorga al

juez precisas facultades para realizar esta tarea cimera de la actividad judicial dentro de ciertos principios y metodología.

### **Valoración de la prueba pericial en el juzgamiento del delito de incesto en un sistema procesal penal**

Un sistema penal de corte acusatorio se caracteriza en esencia por los principios que lo inspiran, los cuales, vale resaltar, no son únicamente, el de la oralidad, sino además, el de concentración, contradicción, publicidad y, quizás el de mayor relevancia, el de inmediación, en el entendido que se constituye en prueba aquella que es incorporada en sede de juicio oral, en presencia del juez de conocimiento y sometido a la contradicción de las partes e intervinientes.

En el anterior Código de Procedimiento Penal (L. 600/2000), existía un modelo que en un solo momento era indispensable la presencia del juez, en la valoración; en tanto que en este nuevo código, se identifican tres momentos en el proceso de adquisición del conocimiento judicial para que el juez pueda expedir sentencia. El primero es el de la producción de la prueba testimonial, propia del interrogatorio y del contrainterrogatorio a cargo de las partes procesales –acusación y defensa técnica que desarrolla el escenario del juicio–, y dos momentos más, a cargo del juez, singular corporativo de la apreciación y valoración, siempre orientados por el “imperativo de establecer la verdad y la justicia” (Rodríguez, 2012, p. 319).

El nuevo sistema deja a un lado el sistema de permanencia de la prueba bajo el entendido que

la labor que adelanta el titular de la acción penal son actos de investigación y solo son actos de prueba, los que se hacen de forma oral y pública en presencia del juez de conocimiento (inmediación) bajo los principios antes anotados. Esto a su vez es un reto para el juez de conocimiento, el cual deberá producir la sentencia basado en las pruebas, directa y personalmente practicadas en sede de juicio oral.

Con base en lo anterior, es posible decir que la actividad probatoria se recapitula en tres momentos importantes en el Derecho. El primero, la conformación del conjunto de elementos de juicio o de pruebas, la valoración de los elementos de juicio o pruebas y la adopción de una decisión sobre los hechos probados (Ferrer, 2009). Vistas así las cosas, la valoración es el elemento que une la prueba con la decisión pues viene siendo la que le permite atribuir un valor dentro del proceso de toma de decisión en un proceso penal.

Circunscribiendo el objeto de nuestro análisis al modelo procesal colombiano, la Ley 906 de 2004 señaló que adquieren tal denominación la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico (L. 906/2004).

En lo relativo a su procedencia, la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados (L. 906/2004. Art. 405), los cuales van a brindar al juez unos elementos de juicio que pueden tener

relevancia o no al momento de decidir sobre los hechos del caso.

Sin embargo, debe resaltarse que la intervención de los peritos en el juicio oral está sometido a las mismas reglas del testimonio, es decir, el perito comparece al juicio oral, no su informe; es sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes tal y como ocurre con los testigos. Sin embargo, es necesario precisar que, tratándose de peritos, el estatuto procesal dispone las calidades que deben tener, señalando las siguientes:

1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.
2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título (L. 906/2004. Art. 408).

Adicional, la Ley dispuso unas reglas en cuanto se refiere a la valoración de la prueba pericial, lo cual señala lo siguiente: *“Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”* (L. 906/2004. Art. 412).

Un aspecto importante del problema del uso de la ciencia en el Derecho, es que esta frecuentemente representa una fuente de conocimiento y de valoraciones de los hechos de la causa; por

esta razón se habla comúnmente de prueba científica o de evidencia científica. En este orden de ideas surgen diversos problemas, como aquel de la modalidad con la cual la ciencia viene incorporada al proceso a través de la colaboración de expertos. Sin embargo, el verdadero cuestionamiento se da en la valoración que de la prueba científica haga el juez, y en las condiciones a las cuales el juez, sobre la base de estas pruebas pueda llegar a considerar como verdadero el hecho de la causa (Taruffo, 2009, p. 40-41).

En su conclusión, sostiene este autor, que el recurso de la ciencia puede ser útil tanto en el proceso penal como en el civil, pero ciertamente no constituye el remedio para todos los problemas y suscita una serie de cuestiones. El autor plantea que son necesarios modelos conceptuales y lógicos particularmente satisfactorios, frente a los cuales queda todavía mucho por hacer a los juristas y epistemólogos, para afrontar en modo adecuado el problema de la decisión y la correcta utilización de la ciencia en los distintos contextos procesales (Taruffo, 2009, p. 52).

En este sentido y con relación a la función procesal, la peritación como medida es una actividad procesal desarrollada por personas distintas a las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa de aptitudes del común de la gente. La peritación es una actividad procesal por naturaleza porque ocurre siempre en un proceso, con lo cual se dis-

tingue de las actividades similares extraprocesales (Echandía, (s.f.), p. 277, 287, 288, 293, 294).

En el objeto de la peritación, no es cierto que el perito deba limitarse a exponer sus juicios de valor, sin ninguna narración fáctica, porque en ocasiones es necesario que primero observe los hechos que todavía existen o las huellas de los hechos pasados, sobre lo cual expone al juez sus observaciones, para luego adoptar las conclusiones valorativas del caso; de ahí que se habla de la especie de *perito percipiendi*, que necesita fundamentarse en la percepción de los hechos objeto de la prueba o de otros relacionados con ellos (Echandía, (s.f.), p. 277, 287, 288, 293, 294).

Sigue sosteniendo este importante autor que, cualquiera que sea la tesis que se adopte respecto a su naturaleza: medio de prueba o simple manera de auxiliar al juez en el desempeño de sus funciones, no puede haber peritación sobre cuestiones de Derecho ni sobre los efectos jurídicos de los hechos que verifiquen o califiquen los peritos. La peritación tiene por objeto, exclusivamente cuestiones concretas de hechos de la investigación, verificación y calificación técnica, artística o científica de hechos que por sus características técnicas, artísticas o científicas, exijan para su adecuada percepción y valoración (Echandía, (s.f.), p. 277, 287, 288, 293, 294).

Para concluir con el aporte realizado por este maestro colombiano, es importante resaltar que la peritación tiene las siguientes características:

- a) Es una actividad humana, puesto que consiste en la intervención transitoria, en el proceso, de personas que deben realizar ciertos

actos para rendir posteriormente un concepto o dictamen; b) Es una actividad procesal porque debe ocurrir en el curso de un proceso o en diligencias procesales previas o posteriores y complementarias (los conceptos similares que se solicitan y emiten extrajudicialmente, no son jurídicamente peritaciones; c) Es una actividad de personas especialmente calificadas, en razón de su técnica, su ciencia, sus conocimientos, su arte, es decir, de su experiencia en materias que no son conocidas por el común de la gente; d); Debe saber sobre hechos y no sobre cuestiones jurídicas, ni sobre exposiciones abstractas que no incidan en la verificación, la valoración o la interpretación de los hechos del proceso; e) Esos hechos deben ser especiales, en razón a sus condiciones técnicas, artísticas o científicas, es decir, cuya verificación, valoración o interpretación no sea posible con los conocimientos ordinarios de personas medianamente cultas y de jueces cuya preparación es fundamentalmente jurídica; f) Es una declaración de ciencia, porque el perito expone lo que sabe por percepción y por deducción o inducción, de los hechos sobre los cuales versa su dictamen, sin pretender ningún efecto jurídico concreto con su exposición (se diferencia de la declaración de ciencia testimonial, en que esta tiene por objeto el conocimiento que el testigo posee de los hechos que existen en el momento de declarar o que existieron antes, al paso que el perito conceptúa también sobre las causas y los efectos

de tales hechos, y sobre los que se sabe de hechos futuros, en virtud de sus deducciones técnicas o científicas y que en el primero generalmente ha obtenido su conocimiento antes de ser llamado como testigo, por lo cual se solicita su testimonio; g) Esa declaración contiene, además una operación valorativa, porque es especialmente un concepto o dictamen técnico, artístico o científico de lo que el perito deduce sobre la existencia, las características y la apreciación del hecho, o sobre sus causas o efectos y no una simple narración de sus percepciones y h) Es un medio de prueba (Echandía, (s.f.), p. 294-295).

Ahora bien, la prueba científica no implica de ninguna manera que el experto vaya a reemplazar al juez en la toma de decisión, pues al final de cuentas, la función de administrar justicia es irremplazable y ha sido adjudicada, únicamente, al juez de conocimiento en el juicio oral, sin embargo, no se puede descartar, pues el aporte realizado por experto puede tener una trascendencia de vital importancia no solo para el establecimiento de la responsabilidad sino también de la punibilidad.

#### **Eficacia de la prueba pericial como prueba científica para explicar comportamientos delictivos en casos de incesto**

El incesto es una conducta punible que, como antes se ha expuesto, atenta contra el bien jurídico de la familia, la cual, en el caso colombiano, goza de una importante protección de parte del Estado.

El tipo penal reviste ciertas particularidades que ha despertado la discusión por parte de la doctrina extranjera. Según redactores del Código español, el incesto no es entre nosotros un delito, son unos sujetos activos y otros pasivos, pues ambos partícipes son en principio coautores. El Código no ha definido lo que es cometer incesto, partiendo de la base de que existe una relación carnal, debe dilucidarse si los incestuosos han de ser siempre personas de diferentes sexos, y si los actos entre ellos realizados deben consistir en cúpula normal, o si pueden ser también actos de acceso carnal anormal o de homosexualidad (Pabón, 2004, p. 464).

El bien jurídico ofendido no es la libertad sexual, ni la moralidad pública. Si el incesto se realiza libremente y a sabiendas, tampoco se ofende la honestidad de los partícipes. El carácter delictivo de la relación carnal surge únicamente del parentesco que une a los copartícipes. Ello nos indica, que este delito ha sido concebido como una ofensa al orden de las familias, que aparece afectado de doble manera, primeramente por la posibilidad de engendrar hijos, que de acuerdo con las leyes biológicas pueden ser un factor de degeneración de la familia y aun de la estirpe y enseguida representa un atentado contra las buenas costumbres en forma particularmente chocante al sentimiento familiar (Pabón, 2004, p. 464).

Precisada la tipicidad del acto mismo, el incesto resulta ser un delito instantáneo, no sea de destacar la posibilidad de un delito continuado. En cuanto a los sujetos, si el acto es realizado

voluntariamente por ambas partes, ambas serán autores del delito. Además del acto sexual, se requiere la existencia de una determinada relación de parentesco entre los partícipes. La ley exige además expresamente el conocimiento de la relación de parentesco, exigencia redundante en presencia de las reglas generales en materia de dolo. Si las partes ignoran tal relación, obrarán inculpablemente. Si una de ellas la conoce y la otra no, solamente la primera será punible. Si ambas la saben serán coautores.

Llegando al caso concreto del proceso penal, el dictamen pericial (valoración psicológica y psiquiátrica) es un medio de prueba idóneo para encontrar explicación al comportamiento incestuoso, y a su vez para que le permita el juez tener los elementos de juicio necesarios para determinar la culpabilidad del acusado. Al juez y las partes en el proceso les es imposible precisar en el juicio oral si una persona padece una afección neurológica o psíquica objetivable, y en su caso cuáles sean su etiología y efectos cuando ha cometido varias veces el mismo delito.

Sin perjuicio de lo antes planteado la evidencia psiquiátrica, no solo puede servir de sustento de la responsabilidad sino de la penalidad, pues si no armonizamos lo dispuesto en el artículo 4° del Código Penal, la mera utilización de la evidencia solo sería útil para la responsabilidad, olvidando los fines de prevención especial y protección al condenado, dejando todo a un mero retribucionismo. Por esa razón, el juez no solo debe importarle la responsabilidad, sino que constatada esta, es necesario valorar aspectos

de punibilidad para que pueda cumplir los fines constitucionalmente impuestos.

En todo caso es necesario aclarar que no se está dando un carácter tarifario a la prueba pericial dentro del proceso penal, ya que esta no obliga al juez, de forma directa, a cuál debe ser su decisión, este debe ser valorado por las reglas de la libre valoración de la prueba. Pero debemos tener en cuenta que la valoración de las pruebas es un proceso lógico e intelectual que realiza el juez al momento de fallar. Conlleva especialmente dos acciones: la primera de ellas es la apreciación de la prueba y la segunda la valoración en sentido estricto. Estos expertos deben ser sometidos a contradicción y confrontación, a través de los interrogatorios y contrainterrogatorios, se debe además valorar la idoneidad del perito, los medios utilizados para rendir sus conceptos y el grado de aceptación de estos de parte de la comunidad científica. En todo caso, lo ideal es que la información suministrada por el experto debe ser confiable para el juez.

Es necesario, por tanto, que el juez al momento de valorar la culpabilidad de un inces-tuoso, no solo lo haga desde el punto de vista jurídico sino que se apoye en la mirada de dos ciencias auxiliares como son la Psicología y la Psiquiatría ya que es a través de estas dos últimas las que permiten evaluar el comportamiento del hombre, pues es posible la existencia de trastornos de personalidad, que si bien, no constituye una causal de ausencia de responsabilidad, más concretamente una causal de inculpabilidad, su falta de acreditación dentro del proceso,

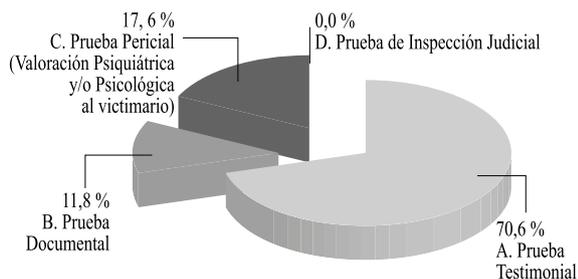
impide que la actuación cumpla con uno de los fines trazados por el Estado, tales como buscar la prevención del delito más allá de su represión, y obviamente, evitar la reincidencia del condenado en este tipo de conductas, en pro de proteger la familia como célula básica del Estado y la sociedad.

Es posible que el procesado se encuentre afectado también por un trastorno mental, esta patología puede definirse como, “cualquier afección que de manera permanente afecte las esferas de la personalidad y cuya intensidad sea tal que suprima o debilite la capacidad del sujeto para insertar su comportamiento en el mundo de los valores o la capacidad de autorregular su conducta conforme a ellos a pesar de tener conciencia de lo que hace” (Agudelo, 1980, p. 55-91).

## RESULTADOS

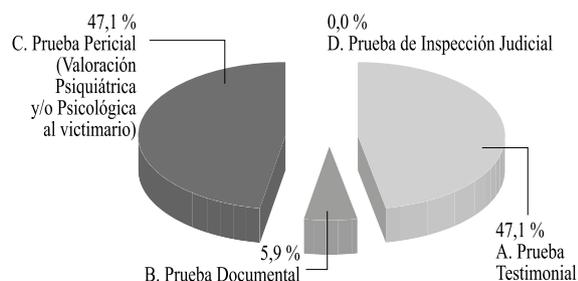
Uno de los objetivos del proyecto de investigación es identificar si en el proceso penal en el sistema acusatorio se tuvo la prueba pericial como medio de prueba para demostrar la responsabilidad del acusado por incesto, el cual fue alcanzado con una encuesta y análisis de sentencias debido a que ninguno de los casos estudiados de incesto (22) fueron enjuiciados dentro del sistema anterior y no el acusatorio. A continuación se muestran los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas a 17 jueces con funciones de conocimiento y de ejecución de penas y medidas de seguridad de las ciudades de Riohacha, Cartagena, Sincelejo y Barranquilla:

**¿A qué medio de prueba cree usted se le otorga mayor valor probatorio al momento de determinar la culpabilidad en la comisión del delito de incesto?**



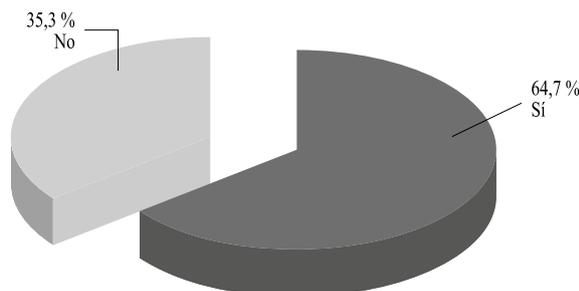
Esta gráfica muestra que el 70,6% de los jueces encuestados consideran que el medio de prueba que tiene mayor valor probatorio en los casos de incesto es la prueba testimonial.

**¿Cuál es el medio probatorio determinante y que le proporciona certeza para la toma de la decisión judicial en el proceso penal por incesto?**



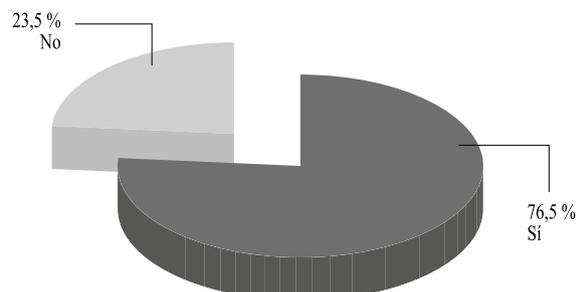
Siendo coherentes los jueces con identificar a la prueba testimonial como la que privilegian al momento de realizar el estudio de la culpabilidad del acusado por incesto siguen considerando este medio de prueba como el que les proporciona certeza para la toma de su decisión al momento de fallar.

**¿La valoración psiquiátrica como prueba pericial del sujeto activo ha sido tomada en cuenta como medio de prueba en procesos por incesto?**



La gráfica muestra que los jueces en su gran mayoría consideran que la valoración psiquiátrica sí es tomada en cuenta en casos por incesto.

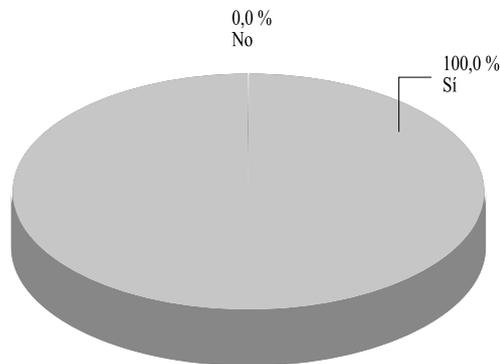
**¿Cree usted que se debe tener como medio de prueba la valoración psiquiátrica (prueba pericial) en delitos de incesto?**



Consideran los jueces que la valoración psiquiátrica como medio prueba pericial sí se debe tener en cuenta dentro de los procesos por incesto.

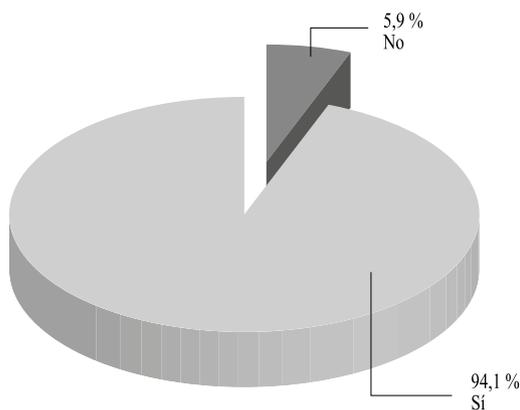
**¿Cree usted que se debe tener como medio de prueba la valoración psiquiátrica (dicta-**

***men pericial psiquiátrico) en delitos de incesto cuando el sujeto activo o agente es reincidente?***



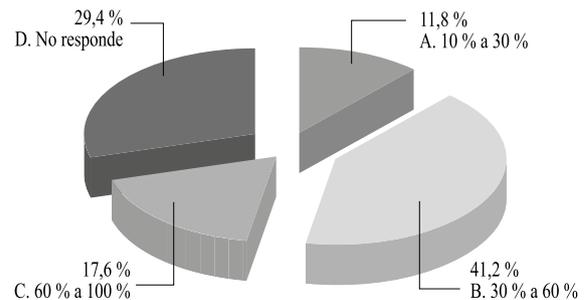
La totalidad de los jueces está de acuerdo en que en casos de reincidencia por incesto la valoración psiquiátrica no debe faltar como medio de prueba dentro del proceso penal por este delito.

***¿Cree usted que exista relación entre los trastornos psiquiátricos y el comportamiento incestuoso?***



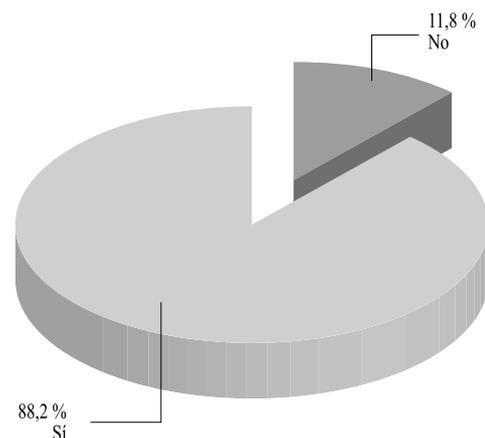
De igual manera consideran los jueces debe existir algún tipo de relación entre el comportamiento incestuoso y un tipo de trastorno que lo induce a cometer el delito.

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



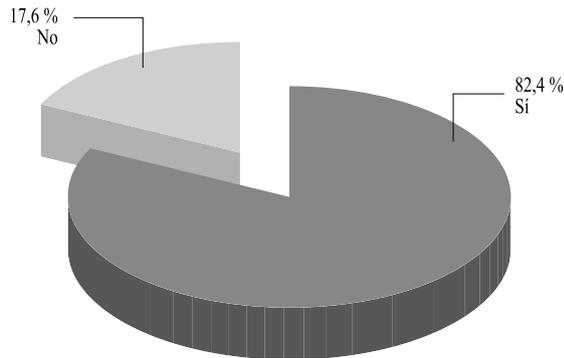
En una escala del 30 al 60 % de convencimiento los jueces le asignan 41,2 % a la valoración psiquiátrica frente a la toma de decisión en casos por incesto.

***¿En el proceso penal seguido por incesto se tiene la evidencia psiquiátrica como medio de prueba?***



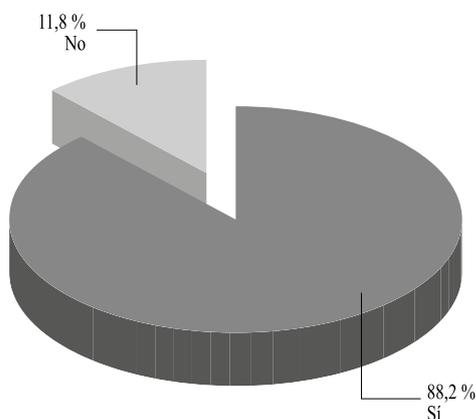
Los jueces afirman que la valoración psiquiátrica como prueba pericial sí se tiene en cuenta en casos de incesto.

**¿Considera usted suficiente para la toma de decisión en un proceso por incesto los medios de prueba diferentes a la prueba pericial (Valoración psiquiátrica del victimario)?**



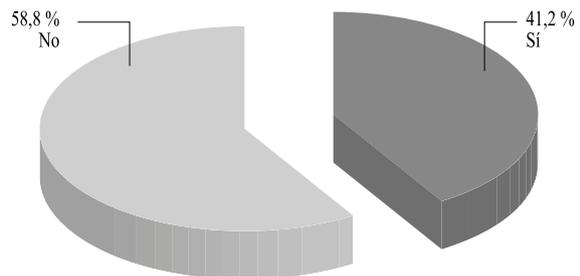
Los jueces consideran que así no exista en el proceso la prueba pericial (valoración psiquiátrica al victimario) los otros medios de prueba que existan son suficientes para ellos tomar la decisión final frente a casos de incesto.

**¿Usted considera que sería conveniente practicarle a quien comete el delito de incesto una valoración psiquiátrica y psicológica independientemente del acervo probatorio obrante en el proceso o como medio de prueba para la toma de decisión?**



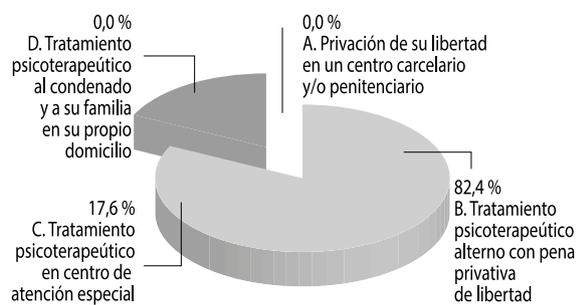
Pero igualmente los jueces opinan que así no esté este medio de prueba (valoración psiquiátrica al victimario) en el proceso lo consideran conveniente al momento de dictar sentencia.

**En caso de incesto ¿el juez en su sentencia ordena tratamiento psiquiátrico o psicoterapia para el condenado y su familia por este delito?**



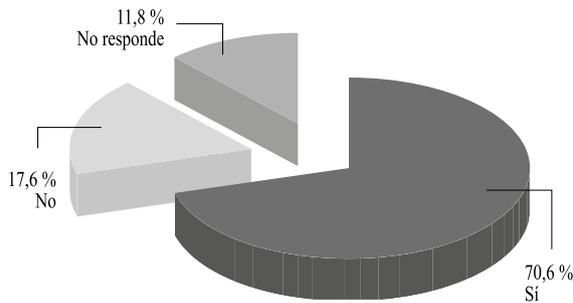
Los jueces en un 58,8 % afirman que sí ordenan tratamiento al condenado y su familia.

**¿Cuál cree usted que debería ser el tratamiento eficaz para el condenado por incesto en aras de su reinserción social?**



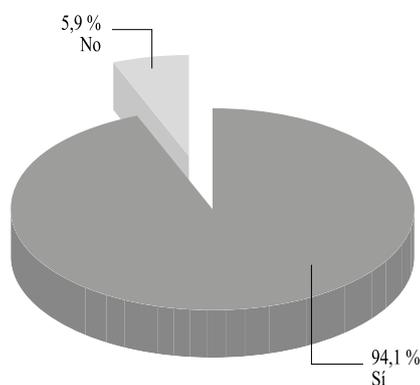
Casi que la totalidad de los jueces encuestados opinan que la pena privativa de la libertad por sí sola no es suficiente para el cumplimiento de los fines de la pena, en especial la reinserción social.

***En caso de haberse ordenado tratamiento psicoterapéutico al condenado por incesto, ¿a este se le realiza y se le hace seguimiento?***



De igual manera los jueces cuando afirman que ordenan el tratamiento a los condenados por incesto le hacen seguimiento para que este se brinde.

***En caso de no haberse realizado ningún tipo de tratamiento psicoterapéutico al condenado por incesto, ¿cree usted que este hecho se convierte en un factor de riesgo para su núcleo familiar una vez se reintegre este a su familia?***



Casi en su totalidad los jueces consideran que es un factor de riesgo el hecho de que el condenado por incesto no reciba tratamiento psi-

coterapéutico y que pone en peligro al núcleo familiar al que pertenezca.

## CONCLUSIONES

En relación al delito de incesto, si bien en la doctrina nacional hay marcada tendencia que aboga por la despenalización de este comportamiento delictivo, el equipo investigador le otorga un gran significado a la protección de la familia como bien jurídico que debe prevalecer frente a los demás que se le atribuyen en concurso a quien comete el delito, puesto que no solo nuestra Constitución la define como la institución básica (CN Art. 5) y núcleo fundamental de la sociedad, por ello debe fortalecerse esta institución infundiendo respeto entre sus miembros, pues este comportamiento más que reprochable y penoso al interior no solo del núcleo familiar sino en la sociedad, reviste consecuencias tan graves que ameritó el estudio para establecer que quien lo comete presenta factores fuertes que lo llevaron a actuar de esa manera con alguien que procreó y que por tanto además de la pena privativa de la libertad requiere por parte del Estado un tratamiento alternativo que a la postre resulta ser para él más eficaz que la misma pena privativa por cuanto más se inclina su comportamiento a factores subjetivos y endógenos que repercuten en sus relaciones interpersonales de esposo, padre e hijo.

Hoy en día se constituye en una lucha de la política pública tratar de mejorar el entorno familiar de los sectores más deprimidos de la sociedad, ese tejido social es el más deteriorado y es el que viene generando aumento de criminali-

dad y violencia de todo tipo, género, sexual y en especial para la familia en el delito de incesto.

Muchos pensarán que este comportamiento merece la pena de muerte o cadena perpetua como lo han querido implementar para delitos atroces y entre ellos los sexuales contra menores de edad pero precisamente la mirada holística e interdisciplinar del delito nos aparta hacia la postura de la severidad de la pena para pensar en tratamientos alternos con mejores resultados para la prevención y la reinserción social sin dejar de lado que el delito merece la pena privativa pero en pabellones especiales, con tratamiento psicoterapéutico y seguimiento estando condenado y después de ello.

La Constitución Nacional además de prohibir la pena de muerte, tratos crueles e inhumanos, es protectora y garante de los derechos humanos y ello iría en contravía del Estado Social de Derecho, y menos donde existe en la actualidad en Colombia una crisis tan grave como la del sistema penal acusatorio y la del sistema carcelario y penitenciario.

Las altas Cortes en Colombia abogan por la penalización del comportamiento en aras de la protección de la familia, igual que en los instrumentos internacionales y son innumerables en la línea jurisprudencial que le dan protección al interés superior de la familia y los delitos que atacan este bien jurídico.

Frente al proceso penal en todas las actuaciones procesales se requiere un alto grado de conciencia por parte del operador judicial para dar respuesta a los graves indicadores de este estudio donde está expuesta la familia y la vida de

un procesado, donde las cifras frías que arroja el sistema van en contravía de la garantía procesal y se encuentran muy por debajo de los estándares probatorios que deben exigírsele a los jueces para condenar. Se vislumbran rezagos de un sistema tarifario en el que no hay diferencia con los siglos XIX y XX por su corte mixto de tendencia inquisitiva a pesar que en la última década en Colombia se hizo una reforma constitucional en el acto legislativo 03 de 2002 que iba a ser más garantista, técnico científico, oral, con celeridad de las actuaciones y abanderando la protección de principios como la dignidad humana y otros humanitarios como el *pro homine*, y todos los recogidos en los instrumentos internacionales. De igual manera los modelos de justicia restaurativa, como la búsqueda de la verdad, justicia y reparación, no repetición de los actos, van en contravía de las últimas modificaciones realizadas al Decreto Reglamentario Ley 906 de 2004 donde se ha reformado el Código de Procedimiento Penal que por lo menos en 23 oportunidades modifica el sentido garantista del sistema penal acusatorio por un eficientismo estatal que no tiene en cuenta al ser humano y mucho menos las garantías.

Los principios como el de *in dubio pro reo* que exige que el juez ha de fallar más allá de toda duda razonable requiere que la Fiscalía deba tener la mayor carga de la prueba dentro del proceso adversativo por cuanto con una duda deberá absolver; por el contrario se invierte la carga de la prueba y el juez en casos de incesto como se observó en resultados de la encuesta aplicada, toma sus decisiones sobre la base de

estándares clásicos tarifarios donde la prueba testimonial es la más importante para ellos muy a pesar de reconocer que existe la valoración conjunta de la prueba pero que si bien la prueba, pericial (valoración psicológica al victimario en incesto) no existe, de igual manera pueden fallar condenándolo. Lo que quiere decir que para los jueces esta prueba no es relevante, ni indispensable para condenar lo que va en contravía de los estándares garantistas y de libertad probatoria que se exigen para el sistema penal acusatorio.

Muy en desacuerdo del equipo investigador de la forma como el proceso penal es conducido en casos de incesto donde la prueba pericial (valoración psicológica al acusado) debe ser determinante para el estudio de su culpabilidad atendiendo a las bondades que esta prueba puede aportar para que el juez en su sentencia pueda conjuntamente con la imposición de la pena privativa de la libertad ordenar tratamiento terapéutico en aras de alcanzar el cumplimiento eficaz de los fines de la pena.

Entonces para determinar la sanción aplicable en el caso de incesto, el legislador debe hacerlo interdisciplinariamente no solo con especialistas en Derecho Penal y Criminología sino también con psicólogos, psiquiatras, sociólogos, trabajadoras sociales, y de este trabajo conjunto debiera emerger el tratamiento que se le debería brindar al incestuoso para su recuperación así como también el trabajo de reconstrucción de su personalidad y de la víctima y la de su núcleo familiar. El interés que el Estado debe salvaguardar es la “familia” y en el incesto ocurre con mayor frecuencia que los casos que se

denuncian; es una conducta que se mira como anormal dentro de lo normal de la realidad pero igualmente se castiga sin tener en cuenta la etiología del delito y de quien lo comete.

En muchas regiones incluyendo la Caribe, el incesto es un comportamiento socialmente admitido dentro de su cultura y costumbres, por ejemplo en los indígenas donde se forman familias con miembros de la misma familia y viceversa, es prohibido conseguir parejas de la cultura blanca o mestiza para conservar su estirpe ancestral. Pero este fenómeno histórico-cultural no se acerca al enfoque del incesto desde la mirada del equipo investigador en este proyecto. Antes por el contrario, este comportamiento debe ser penado y tratado interdisciplinariamente. Y en esta sociedad jamás se justificarían comportamientos iguales a los de las culturas indígenas por el interés superior de la protección de la familia.

La solución radica en un tratamiento alterno con la pena privativa de la libertad muy de acuerdo a la postura de los jueces, y que si bien la norma no lo prevé, el equipo investigador aboga por este en pabellones especiales y con tratamiento diferente a las políticas que hoy aplica el INPEC y que son vigiladas por los jueces de ejecución de penas. Esta psicoterapia debe involucrar a todo el núcleo familiar: en ambos víctima y victimario para disminuir los efectos traumáticos de la relación incestuosa. Con los victimarios se debe trabajar la visualización de cómo enfrentar la sexualidad adulta exenta de violencia. Se debe involucrar necesariamente a la familia, porque el delito atenta contra ella y se dio en su interior

y darle seguimiento permanente y constante al comportamiento del victimario. En todos los casos estudiados, los victimarios han conformado nuevos núcleos familiares y ninguno de ellos ha recibido tratamiento que los prepare en esta nueva familia una vez cumplan con la pena, convirtiéndose en factor de alto riesgo de reincidencia toda vez que el Estado dentro de sus políticas de reinserción social, en ninguno de los casos ha prevenido nuevamente la ofensa o el daño contra la familia y delitos conexos.

En atención al trabajo de campo desarrollado en la región Caribe, se pudo encontrar la realidad que vive la familia frente a los casos de incesto: una vez la madre denuncia el delito se rompe de inmediato el núcleo familiar, la familia se desintegra y el que lo comete inmediatamente recibe el marginamiento y la humillación del grupo familiar que ya no solo se extiende a esposa e hijos sino a familias y amigos de ambos; el reingreso al hogar desaparece, pues la familia no lo perdona ni entiende este comportamiento, y la sociedad ejerce un poder para que el juez lo condene y lo aisle. Una vez el condenado ingresa al centro penitenciario recibe el mismo trato que el resto de condenados por otros delitos, sin ningún tratamiento psicoterapéutico por parte de especialistas como psicólogos o médicos psiquiatras lo que genera en el condenado un trastorno severo depresivo con tendencia al suicidio pues el solo hecho de perder a su familia, repudio de sus hijos y demás familiares, sumado a su privación de la libertad y la vergüenza pública que genera la naturaleza de este delito, donde la guardia penitenciaria y el propio sistema diseñado para

el cumplimiento de la pena discrimina y margina a los condenados por delitos sexuales, y este en particular contra la familia, desencadenando como consecuencia este trastorno depresivo.

Amén de lo anterior, la vida de estos condenados por incesto y otros delitos sexuales se encuentra en peligro inminente por las connotaciones que este comportamiento acarrea para el resto de los reclusos.

Por otro lado, la familia se ve afectada en lo económico y social ya que por lo general los victimarios de este delito son quienes sostienen económicamente a toda la familia y dentro del proyecto se encontró atendiendo al estudio sociodemográfico, que en la mayoría de casos son familias de condiciones económicas bajas, de estratos bajos, sin estudios terminados de secundaria. Uno solo con estudios técnicos. La familia queda sin protección alguna y la hija víctima de incesto termina prostituyéndose o se va del hogar, y la madre buscando nueva pareja lo que genera un círculo de miseria cíclico para el núcleo familiar.

En apariencia, los condenados en su entrevista denotaron tener familias funcionales y armónicas pero una vez revisados los libros de visitas se encontró que estos condenados no son visitados por ellas y aplicado el APGAR familiar a los condenados mostraron esa aparente funcionalidad familiar que termina como uno de los factores predisponentes al delito: la disfuncionalidad familiar tal como se explicó en el correspondiente aparte sobre esta temática.

Es esta la realidad que se vio en los casos de los condenados por este delito en la región

Caribe: todos perdieron por este hecho a sus familias. ¿Pero el legislador o el juez han pensado en ayudar a la familia para evitar su desintegración a través del tratamiento penitenciario eficaz frente a esta conducta humana? En ninguno de los casos se ha dado tratamiento psicoterapéutico alguno ni al condenado ni a su familia. ¿Solo entonces a través de la pena se castiga? Ello requiere de una voluntad estatal traducida en políticas públicas que involucren a todos los sectores y actores que tienen cartas en el asunto: Ministerio de Justicia, INPEC, Defensores, jueces, familias, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y demás entidades.

El tratamiento penitenciario que se imparte a quienes cometen el delito de incesto dista mucho de la función resocializadora de la pena y más aún de la preventiva porque esto empieza desde la forma como es llevado el proceso, como se debe colocar y aplicar la sanción. El Estado debe destinar recursos para el tratamiento en este caso del victimario y su familia, esa es la verdadera protección del bien jurídico.

El proceso penal en cabeza de los jueces de conocimiento como actores principales, si bien en la encuesta y atendiendo a sus resultados están de acuerdo en la importancia de una valoración psicológica del acusado por este delito quedan a la espera de que las partes la tengan en cuenta, quedan supeditados a que la defensa lo haga, pero la defensa considera que la prueba pericial (valoración psicológica al acusado) solamente se hace necesaria cuando favorece su teoría del caso a efectos de demostrar una inimputabilidad o frente a una ausencia de res-

ponsabilidad, o para buscar una circunstancia de menor punibilidad. Pero el juez de conocimiento muy a pesar de la prohibición de la prueba de oficio dado el caso que la defensa no incluya esta prueba podría en su sentencia ordenar tratamiento al condenado, como lo ha hecho frente a casos de violencia intrafamiliar y en delitos sexuales frente a menores con traumas psicológicos derivados del delito.

Igualmente, el juez de ejecución de penas frente a esta orden del juez de conocimiento debe hacer seguimiento pero en la realidad el juez de ejecución de penas solo se limita a vigilar el cumplimiento de la pena como en el común de los casos dejando de lado el seguimiento a este tratamiento que es indispensable para el cumplimiento de los fines de la pena. Pero ninguno de los jueces de manera autónoma en los casos analizados lo hizo, en contravía del rol constitucional y del deber ser en este Estado Social de Derecho donde el intérprete de la norma debe crear derecho y dar respuesta a las expectativas sociales donde cada vez se evidencia el deterioro de la familia como la máxima unidad a proteger de la sociedad.

Por otro lado, el INPEC, como institución garante para el cumplimiento de los fines de la pena y muy a pesar de aplicar lo normado en el Código Penitenciario y Carcelario encontramos que muchas de las cárceles no cuentan con psicólogos, menos con médicos psiquiatras por insuficiencia de recursos para ello, o con uno o dos psicólogos que no cubren la demanda de atención a los condenados, al ingresar al centro les es aplicado el IVIC, instrumento muy pare-

cido al MINI con el que se trabajó este estudio que arroja diagnóstico de patologías o trastornos psiquiátricos que también fueron estudiados y en la mayoría de ellos. Los condenados por incesto a su ingreso mostraron trastornos en su personalidad que de entrada daba pie para un mínimo tratamiento por parte de especialistas en esta área (psicólogos, psiquiatras), las trabajadoras sociales se daban a la búsqueda de los familiares de los condenados para trabajar con ellos secuelas frente al delito y contaban que los familiares desaparecían. Por ocasión de este delito sobreviene en el condenado un trastorno depresivo severo y en algunos casos el mismo condenado pidió al equipo investigador ayuda para tratamiento por tener ideas suicidas y de inmediato esta situación se puso en conocimiento de los directores de cárceles.

Frente a los casos de incesto se podría pensar en pabellones especiales con la misma finalidad con personal especializado en salud mental; en estos casos le compete al juez de ejecución de penas previo dictamen de Medicina Legal solicitar el tratamiento y realizarle seguimiento.

De igual manera, el artículo 145 de la Ley 65 de 1993, predica la necesidad de crear un Consejo de Evaluación y Tratamiento, el cual debe estar conformado por grupos interdisciplinarios atendiendo a las necesidades del tratamiento penitenciario. En estos grupos deben participar abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del cuerpo de custodia y vigilancia. Este tratamiento debe ajustarse tam-

bién a las guías científicas que el INPEC maneja para este fin en atención a los tratados internacionales de derechos humanos.

En atención a lo observado en el trabajo de campo en las cárceles de la región Caribe y en especial en las entrevistas realizadas a los directores nos indicaron que si bien la norma lo establece, la falta de presupuesto que se asigna a cada centro carcelario es insuficiente para trabajar interdisciplinariamente con los condenados donde en el mejor de los casos este cuenta con dos psicólogas y una trabajadora social porque en su gran mayoría ni médico psiquiatra hay, y se atienden a rondas muy esporádicas que estos profesionales realizan a los centros carcelarios en aras de brindar tratamiento psicoterapéutico a quien lo requiera.

Por otro lado, se necesita de la conformación de un Consejo Superior de Política Criminal, el cual se convierte en organismo asesor del Gobierno Nacional para la implementación de la política criminal del país y con recursos asignados para su ejecución y que de igual manera que lo expuesto en párrafos anteriores no se da en el caso de las cárceles de la región Caribe, amén que en este comité participa personal del INPEC en cabeza de su director.

Para el cumplimiento de esta propuesta, se requiere de la creación de una Comisión de seguimiento a las condiciones de reclusión del sistema penitenciario y carcelario con funciones y facultades, entre ellas para convertirse en el órgano asesor del Consejo Superior de la Política Criminal y de las autoridades penitenciarias en materia de política penitenciaria y carcelaria. De

igual forma, se debe brindar tratamiento psico-terapéutico al condenado que lo necesita y seguimiento a quien lo recibe ya que por el solo hecho de estar privado de su libertad, requiere de terapia que lo prepare para devolverlo a la sociedad en aras de esa reinserción social y de la prevención como fines supremos de la pena. Solo se mira con buenos ojos que la conformación de esta comisión incluye dos académicos con experiencia reconocida en prisiones o en la defensa de los derechos humanos de la población reclusa pero se le debe sumar que sean también investigadores de estas problemáticas y que puedan proponer soluciones idóneas y eficaces como el caso de este estudio con seria preocupación para el cumplimiento eficaz de los fines de la pena que no olvida que quien está privado de la libertad es un ser humano.

Queda claro también en este trabajo, la necesidad de elaborar un programa de resocialización y reintegración social que deberá implementarse y ejecutarse en todos los centros carcelarios y penitenciarios del país, el cual debe incluir componentes de bienestar social del interno, educación, deporte, cultura, emprendimiento y trabajo con enfoque diferencial, pero se deja de lado la salud mental que se ve afectada en todos los casos de incesto estudiados y se hace la salvedad que así como en estos casos en muchos otros delitos está presente esta afectación psicológica por las consecuencias que el comportamiento delictivo trae a quien lo comete.

Se espera que esto no se convierta solo en retórica o letra muerta sin aplicación a la grave crisis por la que atraviesan las cárceles de nuestro país.

## REFERENCIAS

- Agudelo, N. (1980). *El trastorno mental como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal*. Nuevo Foro Penal. 55-91. Colombia. L. 906/2004. Código Penal.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-239/1996. M. P. C. Gaviria.
- Echandía, D. (s.f.). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II, sexta edición, Editorial Temis. p. 277, 287, 288, 293, 294.
- Ferrer, J. (2009). *El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el Derecho*. Perú: ARA Editores.
- Gascón, M. (2009). *Sobre la posibilidad de formular estándares objetivos de prueba*. Perú: ARA Editores.
- Pabón, P. (2004). *Delitos contra la familia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. 464.
- Rodríguez, O. (2012). *Y su práctica en el juicio oral y público*. Tercera edición. Editorial Temis S.A., p. 319.
- Taruffo, M. (2009). *Conocimiento científico y criterios de la Prueba Judicial*. Perú: ARA Editores.