



**Retractación del testimonio, como consecuencia del síndrome de alienación parental en niños y niñas de 5 a 7 años víctimas del delito de actos sexuales con menor de 14 años (art. 209 del C.P.).**

Autor(es)

Juliana Fernández Gómez

Juan Sebastián Muñoz Fernández

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Magíster en Derecho Procesal Penal

Asesor

Roberth Augusto Uribe Álvarez

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal

Medellín, Antioquia, Colombia

2021

## **RETRACTACIÓN DEL TESTIMONIO, COMO CONSECUENCIA DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL, EN NIÑOS Y NIÑAS DE 5 A 7 AÑOS VÍCTIMAS DEL DELITO DE ACTOS SEXUALES DIVERSOS AL ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 AÑOS (ART. 209 DEL C.P.).**

Juliana Fernández<sup>1</sup> y Juan Sebastián Muñoz<sup>2</sup>

### **RESUMEN**

Cuando se habla del testimonio de los niños y niñas en las esferas del derecho penal, se torna frecuente el fenómeno de la retractación en el caso de los delitos de connotación sexual, dejando en manos del juzgador un limitado trabajo dialéctico a la hora de encontrar el motivo de su arrepentimiento, sin que se haya reconocido como un problema multicausal y con diferentes enfoques de impacto. Así las cosas, es necesario profundizar en la clarificación del tema con la finalidad de ofrecer criterios para su identificación y posterior análisis al interior del Juicio Oral, particularmente en los casos en que una figura significativa de amor «*llámese progenitores o abuelos*» manipula el testimonio del niño o niña para que actúe en contra o en favor de otra persona «*usualmente, uno de los progenitores,*», el cual, puede responder a una construcción de los hechos que se utiliza para distorsionar la realidad fáctica, situación conocida como síndrome de alienación parental, tema que toma especial relevancia cuando hablamos del testimonio de los menores.

### **ABSTRACT**

When talking about the testimony of children in the areas of criminal law, the phenomenon of retraction becomes frequent in the case of crimes of sexual connotation, leaving a limited dialectical work in the hands of the judge when it comes to finding the right reason for their repentance, without being recognized as a multi-causal problem and with different impact approaches. Thus, it is necessary to deepen the clarification of the subject in order to offer criteria for its identification and subsequent analysis within the Oral Trial, particularly in cases in which a significant figure of love "be called parents or grandparents" manipulates the testimony of the child to act against or in favor of another person "usually, one of the parents," which can respond to a construction of the facts that is used to distort the factual reality, a situation known as syndrome of Parental alienation, a topic that takes on special relevance when we talk about the testimony of minors.

**PALABRAS CLAVE:** Síndrome de alienación parental, Retracción; delitos sexuales.

---

<sup>1</sup> Abogada titulada, especialista en Derecho procesal penal y candidata a Magíster en Derecho procesal penal y teoría del delito. Psicóloga titulada. Actualmente, abogada del equipo de litigio y protección jurídica de la comisión Colombiana de Juristas.

<sup>2</sup> Abogado titulado, especialista en Derecho procesal penal y candidato a Magíster en Derecho procesal penal y teoría del delito. Actualmente funcionario judicial de la Rama Judicial del Poder público.

**KEY WORDS:** Parental alienation syndrome, Retraction; sexual offenses.

## INTRODUCCIÓN

Con este trabajo nos proponemos analizar una de las causas de la retractación del testimonio realizada por niños de 5 a 7 años en sede de juicio oral: el síndrome de alienación parental [en adelante SAP].

En concordancia con ese objetivo, de modo preliminar, se comenzará por analizar las etapas del proceso penal colombiano para dar contexto al escrito (i). Luego, se definirá de acuerdo con la postura de la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, qué es la retractación y cuales son las alternativas jurídicas para abordar este fenómeno jurídico (ii).

Seguidamente, se definirá y contextualizará la etiología y el pronóstico del SAP y, a renglón seguido, se analizará la relación entre

la retractación del testimonio del niño o niña de 5 a 7 como consecuencia del SAP (iii).

Finalmente, se abordará el estudio de dos casos con el objetivo de brindar herramientas de análisis psico-jurídicas en este tipo de asuntos: ambos en los cuales nos centraremos en la mentira para favorecer<sup>3</sup> al investigado (iv).

## 1.CUESTIONES PRELIMINARES

### 1.1 El proceso penal colombiano

De una forma general, puede indicarse y en eso concordamos con la postura de (Ruíz, 2016), que “un proceso penal es una sucesión de etapas ordenadas que persiguen un fin.” Desglosando esta idea, puede indicarse que la legislación penal colombiana, ha estatuido un nombre

---

<sup>3</sup> Caso 1, (Betancourt, 2020, pág. 84)  
Caso 2, (Betancourt, 2020, pág. 87)

para esas etapas, que es el de las audiencias preliminares, audiencia de acusación, audiencia preparatoria y audiencia de juicio oral.

En lo que respecta a las audiencias preliminares, se tiene que las mismas tienen lugar cuando acaecen unos hechos jurídicamente relevantes, hechos que generan la noticia criminal, que no es otra cosa que el impacto de lo fenomenológico en el ordenamiento jurídico-penal. De esta manera, esa noticia criminal es corroborada por información periférica que es recolectada por parte de la policía judicial.

En consecuencia, con estas actividades la fiscalía acude al juez de control de garantías con unas solicitudes, que en el caso de la violencia sexual pueden ser variadas pero que aquí no serán tratadas a profundidad, teniendo en cuenta que la cuestión objeto de estudio nos lleva a centrarnos en la audiencia de juicio oral.

Es importante hacer estas distinciones antes de adentrarnos en el estudio del problema, teniendo en cuenta que si bien estas líneas son escritas por abogados, es innegable el impacto que estas pueden generar en otras esferas del conocimiento.

Se tiene que la fiscalía cuando realiza el acto de comunicación de los cargos «audiencia de imputación», tiene en los casos de violencia sexual un fin constitucional que proteger y una inferencia razonable de autoría y participación que demostrar apoyada en conceptos multidisciplinarios, lo que significa en términos coloquiales que tiene un boceto del proceso penal.

En consecuencia, esa inferencia razonable de autoría o participación se fortalece en el periodo de tiempo denominado «investigación», logrando así convertirse en una probabilidad de verdad, que no es otra cosa que un boceto más elaborado que se expone en la audiencia de acusación, escenario procesal en el cual se inicia la búsqueda de la verdad probada judicialmente.

Es de resaltar que en un sistema jurídico penal de partes como el nuestro, dicha audiencia es la oportunidad para que el procesado se entere de la información que posee la fiscalía y pueda tomar decisiones frente a la misma.

Ahora bien, la audiencia preparatoria es el escenario en donde tanto la fiscalía como la defensa enseñan sus elementos y dan luces sobre la verdad que pretenden probar. Tal y como puede advertirse, se habla de dos verdades, de dos narraciones con pretensión de verdad (teorías del caso), puesto que la verdad absoluta es imposible de obtener en un sistema falible como el jurídico penal.

De forma subsiguiente y luego de superada la etapa procesal de la audiencia preparatoria, las partes se disponen a adaptar los elementos materiales o evidencias con vocación de prueba a sus respectivas teorías del caso y las debaten ante el juez, un tercero independiente e imparcial.

Es precisamente en este escenario donde ocurre, de modo formal, la retractación del testimonio del niño o niña, puesto que en la génesis del proceso se encuentran, en el caso de los delitos sexuales, huellas físicas y huellas mnémicas que hablan de un episodio de abuso.

Con las huellas físicas no existe discusión, pues la ciencia enseña que determinadas huellas subsisten de forma exclusiva si el delito se cometió (piénsese, en los delitos sexuales, por ejemplo, en las muestras biológicas que permanecen en las cavidades del cuerpo de la víctima o los desgarros que se sufren en órganos genitales); *contrario sensu* ocurre con relación a las huellas mnémicas, donde el terreno se vuelve mucho más nebuloso, pues en el infante se torna difícil distinguir entre la huella mnémica, la implantación de huella mnémica o falso recuerdo y la fantasía infantil.

Este trabajo se circunscribe a dilucidar en parte ese terreno, pues en los eventos del acto sexual abusivo con

menor de 14 años, no existen huellas físicas que hablen del abuso, o por lo menos, es imposible rastrearlas si no es con la ayuda del afectado o afectada.

Significa lo anterior, que en este tipo de eventos la atención se circunscribe de forma focalizada al «dicho» del menor de edad, manifestación que es corroborada de forma periférica con la prueba técnica pericial y los testimonios que del hecho se tengan.

Ocurre en la práctica que luego de que la fiscalía es informada de la noticia criminal y despliega todos los actos investigativos requeridos, impulsa la causa penal y, en el juicio oral, la víctima menor de edad se retracta de su testimonio aduciendo que mintió, manifestación que puede entenderse desde dos perspectivas: la primera, que miente para favorecer; la segunda, que miente para incriminar. En este entendido y bajo los supuestos descritos, se configura el síndrome de alienación parental, en adelante SAP como concepto relevante en materia probatoria.

## **1.2 El delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.**

En la legislación penal colombiana el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años se encuentra consagrado en el artículo 209 del C.P y dice que:

*“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”*

Este tipo penal requiere para su configuración, en primer lugar, de un sujeto activo, que para el caso que nos convoca es una persona mayor de edad, que de forma libre, consciente y voluntaria decide realizar en el cuerpo de un niño o niña actos de naturaleza libidinosa.

Tales actos, por su naturaleza lasciva, se circunscriben a diversas practicas sexuales que no involucran la penetración, de ahí que los mismos,

en la mayoría de las ocasiones no dejen un rastro físico visible como ocurre con los besos apasionados, los tocamientos lujuriosos, las succiones leves en determinadas partes corporales, rozamientos con los genitales u otros objetos en las zonas erógenas, etc.

Así mismo, este *nomen iuris* requiere que el rango de edad de la víctima no supere los 14 años, toda vez que resulta ser un factor importante a la hora de condicionar el testimonio del menor, debido a sus condiciones de madurez psíquica y los procesos de razonamiento, los cuales pueden verse distorsionados con mayor facilidad dependiendo de su edad.

### **1.3. A modo de ejemplo, dos casos<sup>4</sup>**

#### **1.3.1. Caso CPD**

Siguiendo a Betancourt (Betancourt, 2020), se tiene que una niña de 7 años de edad fue sometida a prácticas sexuales como fellatio y cunnilingus,

por parte del compañero sentimental de su madre, quien se ganó la confianza de la niña con obsequios, halagos y acompañándola en sus horas de soledad (era muy descuidada por su abuela).

Después de 5 meses de abusos aproximadamente, la niña le manifestó a su abuela que era la novia de Fabián y se habían casado (sostenían relaciones sexuales). Ese mismo día, aquella denunció los hechos ante la fiscalía y esta, en desarrollo de su programa metodológico, ordenó la entrevista por psicología de aquella niña, la cual hizo un relato pormenorizado de los vejámenes sexuales a los que fue sometida.

Posteriormente y en sede de juicio oral, la niña se retractó de sus manifestaciones y explicó que había aprendido esas prácticas porque una compañera suya llevaba una revista al plantel educativo en el que estudiaban.

---

<sup>4</sup> Betancourt, 2020.

Finalmente, de acuerdo con la disciplina científica de la kinestésica infantil, se pudo advertir que la niña había sido manipulada por su madre y su abuela a fin de retractarse de sus dichos y con el objetivo de que Fabián “el proveedor del hogar” no fuera a la cárcel.

### **1.3.2 Caso R.**

Un par de primos de 6 y 7 años respectivamente, comenzaron a jugar mientras eran observados en el patio escolar por su maestra de primaria. Luego de un altercado que tuvieron por quien ganó el juego, empezaron a insultarse y el más joven le decía al otro “tú eres el mozo de R”. La profesora al percatarse de la situación llamó a los dos niños y les pidió una explicación sobre lo sucedido y éstos al unísono le indicaron que R le manipulaba el ano al mayor por encima de la ropa y luego le daba un yogurt y un bombón.

Luego de la activación del código fucsia y la entrevista con psicología, los niños se sostuvieron en afirmar lo

antes dicho a su docente. Sin embargo, en sede de juicio oral se retractaron de sus dichos y manifestaron que todo era un juego pero que les entendieron mal.

Sin embargo, en sede de apelación luego de una concienzuda valoración probatoria se pudo determinar, que los niños habían sido manipulados por su abuela a fin de no testificar en contra de su tío.

## **2. RETRACTACIÓN DEL TESTIMONIO Y SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL [SAP].**

### **2.1. Retracción del testimonio.**

Antes de comenzar con el análisis del tema de la retractación del testigo en estrado judicial es importante destacar, de acuerdo con lo normado en el artículo 379 del C.P.P que: *“el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.”*

De conformidad con lo precedente, se tiene que el legislador fue claro en indicar que, por regla general, solamente es prueba lo que se debate en juicio oral. Sin embargo, la jurisprudencia dictada por nuestro órgano de cierre ha interpretado el dicho del legislador y ha permitido de forma excepcional que se incorporen al plexo probatorio declaraciones rendidas con anterioridad al juicio oral, en cuatro supuestos: i) prueba de referencia como medio de conocimiento; ii) refrescamiento de memoria; iii) impugnación de credibilidad y iv) testimonio adjunto o complementario como medio de conocimiento. (SP.CSJ. Rad. 49509 del 17 de julio de 2019).

En este trabajo, nos centraremos en el último supuesto teniendo en cuenta que el tema que nos ocupa es la retractación, cuyo significado ha sido definido por RAE<sup>5</sup> como “revocar expresamente lo que se ha dicho”.

Bajo estas premisas, el hecho de desdecirse encaja en el supuesto de testimonio adjunto o complementario como medio de prueba, puesto que en este evento la parte que solicitó la práctica del testimonio se ve enfrentada al cambio de versión en el juicio oral.

Es necesario indicar, que para que prospere la solicitud de incorporación de una declaración previa al juicio oral bajo el supuesto de testimonio adjunto o complementario como medio de conocimiento, se deben cumplir unos requisitos como son i) que se solicite su introducción por la parte que pidió su práctica; ii) que el testigo haya cambiado su versión en el juicio oral; y, iii) que el testigo esté disponible.

Bajo este prisma, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación N° 22240 del 23 de agosto de 2006, indicó que:

*“...La retractación, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido*

---

<sup>5</sup> Real academia española.

*en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un **motivo** para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso.”*

En ese entendido, se puede extraer de las sentencias 44950 del 25 de enero de 2017 y 50637 del 11 de julio de 2018, emitidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

de Justicia, la regla general que opera en este tipo de asuntos, según la cuál el juez debe hacer una valoración cuidadosa de las manifestaciones realizadas por el testigo en sede de juicio oral y cotejarlas con la exposición que este mismo testigo habría brindado en diligencias previas; a petición de la parte que la haya solicitado.

Sin embargo, la pregunta que surge de este planteamiento es: ¿cómo se realiza el análisis de correspondencia entre la manifestación previa del testigo y la entregada en el juicio oral?

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 44564 del 5 de diciembre de 2018 con ponencia del magistrado José Francisco Acuña Vizcaya indica que:

*“El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga analizar el asunto bajo el entendido de que:*

1. *No puede asumirse a priori, que la primera o última versión merece especial credibilidad. Bajo el único criterio de factor temporal.*
2. *El juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de las dos merece credibilidad.*
3. *Ante la ocurrencia de dos versiones antagónicas el juez tiene la obligación de motivar suficientemente porque se otorga mayor credibilidad a una de ellas o restarles valor suasorio a todas.*
4. *Ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica.*
5. *La parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrar al juez la información necesaria para que este pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa de impugnar la credibilidad del testigo.*
6. *La prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan este tipo de situaciones.”*

Ahora bien, entendida entonces la retractación dentro de la legislación penal en general, es necesario analizar la retractación del testimonio de los niños y niñas en edades de 5 a 7 años, la cuestión objeto de estudio.

Este análisis tiene sentido que parta de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 11 de julio de 2018, radicado N°. 50627, se indica frente a los declarantes niños víctimas que:

*“1. La fiscalía cuenta con múltiples opciones para el manejo del testimonio de las víctimas menores de edad.*

*2. Cada una de esas posibilidades está sometida a los requisitos y limitaciones allí referidos que deben ser considerados en la planeación de los casos.*

*3. El ordenamiento jurídico es más laxo cuando se trata de la incorporación de este tipo de declaraciones a título de prueba de referencia.*

*4. Para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a*

*manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio – testimonio adjunto-, es requisito indispensable, que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo.*

*5. Estas oportunidades deben garantizarse, incluso con las limitaciones inherentes a la práctica del testimonio de menores.*

*6. Si esto último no es posible, por la indisponibilidad del testigo o por cualquier otra razón, la declaración anterior tendrá el carácter de prueba de referencia”.*

Ahora bien, definido el concepto jurídico de la retractación se expondrá a continuación como el SAP puede presentarse como una de las causas de abjuración del testimonio de los niños de 5 a 7 años, iniciando por una breve definición desde la disciplina de la psicología.

## **2.2. Aspectos básicos del Síndrome de Alienación Parental [SAP].**

Parafraseando a Bolaños (Bolaños, 2002), el SAP fue propuesto inicialmente por el médico psiquiatra Richard A. Gardner en 1985, quien observó en algunos de sus pacientes ciertos síntomas, tales como: campañas de denigración, explicaciones frívolas para el desprecio de uno de los progenitores, presencia de argumentos prestados, entre otros; que lo llevaron a estructurar su teoría con el apoyo innegable de la teoría del «conflicto de lealtades», esbozado por Borszomengy – Nagy en 1973; teorías en las cuales se describe el fenómeno de la «lealtad escindida» dentro de una dinámica familiar, en la que -en palabras de Borszomengy–Nagy (1973)-:

*“el hijo tiene que asumir incondicionalmente su lealtad hacia alguno de sus progenitores en desmedro de la del otro”.*

Por su parte, Anna Freud en su libro *El yo y los mecanismos de defensa* (1980), describió mecanismos a través

de los cuales, la tensión existente entre los estadios psíquicos (Ello, Yo y SuperYo) se veía compensada, con la finalidad de preservar el equilibrio psíquico entre estas prenombradas instancias, lo cual se podía realizar en forma adecuada o de forma patológica.

De este modo, Anna Freud formula, entre otros mecanismos defensivos, el de «introyección» y el de «formación reactiva»; mecanismos de defensa que explican el inicio del funcionamiento del SAP; pues, cuando se habla de la introyección, se hace referencia a la forma en la que, en este caso, un infante absorbe lo que una figura de amor representa y se convierte en el deseo de esta figura de amor.

En relación con la formación reactiva descrita por Anna Freud, se debe entender que el deseo del sujeto es reprimido por la consciencia, estructura psíquica que ubica en un lugar desagradable -de acuerdo con los diques impuestos por la cultura, es decir, la vergüenza, la moralidad o el

asco-; el deseo del sujeto y lo obliga a enmascararlo en un contrasíntoma.

De otra parte, la teoría psicológica cognitivo-conductual hace una exposición clara y en nuestro sentir mucho más adecuada del fenómeno que se pretende explicar, pues indica más allá de lo práctico, una respuesta a los interrogantes del qué, porqué y para qué del SAP.

En ese sentido, (Young, 1999) explica la existencia de los llamados «esquemas mentales» de acuerdo con la teoría del profesor y psiquiatra Aarón T. Beck, agregando que estos tipos de pensamientos pueden dividirse en dos grandes ramas, a la primera de las cuales denominó los «Esquemas tempranos inadaptados» (en adelante ETI).

Explicaron Young&Klosco en el año 2007, que los ETI son patrones que se inician desde una temprana edad, con la finalidad de auto-sabotear los pensamientos y emociones del ser humano, con la pretensión de dar

respuesta a los esquemas que fundamentan la psique del sujeto.

Teniendo claro lo anterior, pueden señalarse como características de los ETI, de acuerdo con lo citado por Young (1999) los siguientes:

1. Son verdades absolutas sobre el sujeto.
2. Se mantienen a lo largo del tiempo y no es fácil su modificación.
3. Son disfuncionales porque inciden de forma negativa en la calidad de vida.
4. Se activan con facilidad -no están siempre en nuestra consciencia- y vienen cargados de altos niveles emocionales.
5. Se originan a partir de la interacción con experiencias nocivas, interacciones dolorosas y disfuncionales con los miembros de la familia o cuidadores de la infancia.

Teniendo clara la respuesta a la génesis de los ETI y cómo se forman, abordaremos entonces la incidencia de estos ETI en el SAP. Retomando a Young (1999), los esquemas

tempranos inadaptados son dieciocho y se agrupan en cinco dominios, lo que significa que un esquema se compone de varios pensamientos y que cada pensamiento, obedece a distintas causas como se describió en líneas antecedentes.

Estos dominios fueron expuestos por Young (1999) en un instrumento al que designó «Cuestionario de esquemas». El primer dominio expuesto por Young se denomina «Desconexión y rechazo» y se compone de pensamientos tales como abandono, desconfianza, privación emocional defectuosidad y aislamiento.

Continuando con Young (1999), el segundo dominio se llama «Baja autonomía y autoeficacia», caracterizado por ideas de dependencia, vulnerabilidad al peligro, apego inmaduro independiente y fracaso.

El tercer dominio propuesto por Young se denomina «Límites insuficientes», y está compuesto por ideas de

grandiosidad e insuficiente autocontrol.

El cuarto dominio descrito por Young se llama «Restricción emocional», que se compone de pensamientos de subyugación, autosacrificio y búsqueda de aprobación.

Finalmente, el quinto dominio se denomina «Estándares inflexibles» y se agrupan en este pensamiento del tipo negatividad, inhibición emocional, metas inalcanzables y castigo.

Ahora bien, claro ya el tema de los ETI y antes de explicar la incidencia de los mismos en el SAP, se requiere aplicar la teoría de los grupos sociales propuesta inicialmente por el filósofo griego Aristóteles, quien con su frase “El hombre es un ser social por naturaleza”, dio los primeros pasos hacia la aproximación de la definición de un grupo primario, que es el caracterizado por uniones de afecto, compromiso, solidaridad entre otros.

Así las cosas, se tiene claro que cuando hablamos de SAP, estamos

hablando de que este síndrome se compone de esquemas de pensamiento como subyugación, autosacrificio y búsqueda de aprobación, esquemas que no son desde ningún punto de vista funcionales, y que se encuentran catalogados dentro del dominio de ETI denominado Restricción emocional; esquemas que tienen como base un conflicto no resuelto, generado en el contexto familiar.

A manera de colofón, de forma sucinta se dirá que el precitado SAP hace referencia a un conjunto de signos y síntomas que resultan de la manipulación de una de las figuras significativas de amor en contra o en favor de otra figura significativa; lo que genera como consecuencia, la transformación de los recuerdos del niño o niña de forma negativa y, de esta manera, se afecta gravemente no solo su psique, sino también sus efigies de amor.

Dentro de este contexto, definido qué es y por qué se presenta el SAP, pasamos a advertir que este síndrome

es un fenómeno bidireccional, pues frente al mismo cabe pensar, de un lado, que se configura cuando una figura representativa conculca gravemente la libertad y formación sexual del niño o niña y la otra efigie que debería proporcionar estabilidad y protección al infante, realiza una alianza con el victimario para favorecerlo, en desmedro de los intereses superiores y prevalentes del niño o niña; quien luego de ser interrogado sobre el porqué de su comportamiento debe indicar al interrogador con un lenguaje que no les propio que nada sucede.

En el caso en el que se atreva a hablar indicará luego de iniciado el proceso penal, por orden y chantaje emocional de una figura de afecto, que aquellos signos que le eran evidentes fueron producto de sus invenciones y fantasías.

De otro lado, la otra cara del SAP se advierte cuando el niño o niña es usado como un arma por una de las figuras de apego con la finalidad de

herir a otra efigie de amor a través de falsas alegaciones de abuso sexual.

### **3. EL SAP, UNO DE LOS MOTIVOS DE LA RETRACTACIÓN DEL TESTIGO MENOR DE 5 A 7 AÑOS VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL.**

#### **3.1 La necesidad de identificar el Síndrome de Alienación Parental [SAP].**

Teniendo en cuenta que el juez no dispone de todos los conocimientos técnicos y científicos previos para investigar y valorar los hechos, debe recurrir a la sana crítica y elementos propios del sentido común, pues no puede improvisarse como psicólogo, debiendo recurrir necesariamente al peritaje psicológico como conocimiento científico fiable para valorar las pruebas correctamente y poderse pronunciar sobre los hechos. Pues cada uno de nosotros es claramente un extranjero en casi cualquier lugar sobre la tierra; del mismo modo, cada uno de nosotros es medio o totalmente analfabeto en casi

todos los ámbitos del conocimiento. (Enzensberger, 2004).

Hoy en día la psicología nos brinda nuevas e inexploradas posibilidades en el campo probatorio, especialmente cuando los recientes estudios sobre el carácter epistémico o científico de la prueba conllevan nuevas tendencias racionalistas probatorias, debiendo incorporarse a la vanguardia jurisdiccional, modificando las estructuras propias de la prueba judicial, no solo desde la óptica de su práctica, sino desde su propio abordaje.

Debido a que el resultado depende de varios factores que en muchas ocasiones no pueden presentarse de manera física (dependiendo del caso en concreto), el déficit de la eficacia valorativa destaca en este tipo de procesos y es más común de lo que se cree; por ello, el mayor obstáculo a la hora de evidenciar la retractación por parte del niño o niña entre los 5 a 7 años de edad en uno o varios aspectos de su declaración, se centra en la dificultad para describir vivencias y su limitada capacidad lingüística,

haciendo inexacto el relato del menor en los puntos que pueden considerarse medulares, por lo cual, en muchos casos, las falencias argumentales pueden llegar a desfigurar la veracidad del relato en desmedro de los intereses prevalentes del menor.

En consecuencia, existe una estrecha relación entre el juicio y el error, toda vez que, el grado de confirmación lógica de los elementos de prueba disponibles (testimonio del menor) atribuye a cada enunciado relacionado con los hechos, cierto grado de relatividad frente a la veracidad de su ocurrencia, pues, aunque su resultado puede llegar a ser probable, este depende de la valoración del juez, correspondiente a sus conocimientos previos sobre la materia que se está tratando.

Es claro que, cuando se trata de casos de abuso sexual, existen elementos y circunstancias que condicionan la estructura misma del proceso -cómo se conoce-, evidenciándose las falencias de un sistema penal que, aunado a una política criminal

deficiente y un tratamiento penal de tendencia populista de las conductas que afectan a los niños y niñas, involucran, en la mayoría de los casos, sentencias atentatorias de las garantías, no solo del menor, sino también del procesado.

Ahora bien, dentro de la potestad entregada al juez a la hora de valorar la prueba, deberá imperar su capacidad para evidenciar, dentro de la narración del menor, si en efecto existe o no SAP y las consecuencias que derivan en caso de existir retractación (supuesto que complejiza aún más las decisiones del operador judicial en la sentencia), sensibilizándolo gracias a su valoración cualitativa.

Es por ello que, en este tipo de casos, se justifica el por qué se hace necesario e indispensable la reglamentación y regulación del SAP como método relevante dentro del proceso penal, no solo a la hora de abordar el testimonio del menor, sino especialmente cuando se dimensiona como un supuesto de transgresión a los derechos del menor por parte de

aquellas figuras afectivas, no solo por el agresor sexual, sino por quien o quienes le obligan a omitir tal episodio, tergiversando la realidad de los hechos, dejando una carga valorativa al juez sin tener las herramientas necesarias para hacerlo, debiendo entonces contar, en el mejor de los casos, con la ayuda de expertos en la materia, situación que puede cambiar ostensiblemente el curso del proceso.

Si consideramos el producto de las influencias que se ejercen sobre el actuar del niño o niña en juicio, en efecto será evidente el trastorno psicoafectivo generado por uno de los progenitores, siendo fundamental establecer los esquemas que definen estas estructuras mentales, lo cual sirve para filtrar y evaluar la información que llega del niño o niña, basado en estos esquemas, se podrá establecer si en efecto existe retractación o realmente se orienta a sí mismo en relación a los hechos, pudiendo identificar el síndrome de alienación, lo cual evidentemente será el insumo necesario para proporcionar una sentencia que abarque la totalidad

de las circunstancias que rodearon no solo la producción de los hechos, sino las circunstancias especiales por las cuales atraviesa el menor declarante a raíz del suceso.

De ahí que, el mundo del derecho no ha de ser concebido sin un adecuado sistema probatorio, no puede haber derecho sin prueba, el derecho procesal se basa en hechos que han de ser edificados o fundamentados sobre cimientos probatorios, es una relación estrecha entre los hechos y la conclusión judicial de su ocurrencia como pruebas (hechos probados), ya que todo actuar humano conlleva una consecuencia que injiere en su entorno, consecuencia que es la que se aporta para acceder a la búsqueda de la pretensión procesal.

El fin del derecho probatorio es llevar a un razonamiento justificado el fallo judicial, basándose en la capacidad probatoria de cada parte, esto no es más que la persuasión hacia el ente fallador según argumentos cimentados en la interpretación probatoria racional, esto es, siempre

que sea posible basada en criterios científicos.

En todo caso, la importancia de lo que aquí se estudia radica en la efectiva determinación del SAP en la persona del menor que decide retractar su manifestación en contra del padre sospechoso, por lo que debe ser evaluado cada aspecto concreto en busca de sus características propias, para así entrar a definir y diferenciar las causas relativas a su retractación, pues no puede confundirse la manipulación simple con aquella desencadenada desde este síndrome, siendo necesario entonces la determinación de cada aspecto distintivo para así determinar la magnitud de la retractación y su relación con los hechos jurídicamente relevantes.

### **3.2. Identificación de señales del SAP.**

Lo primero que se debe tener en cuenta en este tipo de asuntos es el tema atinente a la kinésica infantil, entendida ésta según la RAE como un

conjunto de gestos, postura y movimientos corporales, que forman parte del lenguaje no verbal.

En el caso de los niños ésta disciplina ha sido de capital importancia para el entendimiento del testimonio en general. Sin embargo, en este trabajo comulgamos con la postura que ofrece (Betancourt, 2020), cuando señalan que ésta disciplina por si sola no ofrece muchos elementos a la hora de determinar la veracidad o mendacidad de un testimonio, pues los criterios como mirada hacía abajo o hacía la izquierda, no necesariamente están implicados con la mentira, sino que pueden obedecer a criterios y a formas de personalidad y en el caso de los niños, puede obedecer a otros factores como el cansancio, la falta de entrenamiento de habilidades sociales, la falta de atención etc.

Otro aspecto que compartimos, pero de forma parcial con (Betancourt, 2020) es el hecho de que la mentira tiene un propósito que en los niños obedece a varios índoles, por ejemplo; justificante (para eludir un castigo),

asociado a criterios de pertenencia a grupos; fantasías... pero, en lo que disentimos es en el hecho de que el niño a los dos años miente; pues la mentira necesita inexorablemente del desarrollo del lenguaje, y en algunas oportunidades a esta edad, los niños no hablan.

Así las cosas, la primera cuestión para tener en cuenta es la kinésica donde particularmente debe observarse con detenimiento la postura corporal que asume el declarante menor de edad cuando se le indaga por su nombre, sus actividades... pues en esta medida se pueden advertir bruscos cambios en la postura, inquietud motora, cambio en el tono de la voz, lo que nos puede permitir entender su discurso más allá incluso de lo que se está escuchando.

La segunda cuestión que debe capturar nuestra atención cuando escuchamos un testimonio de un niño o niña, es el tipo de lenguaje que usa el infante, pues a esa edad el lenguaje no es muy elaborado, pues lo usual es que utilicen frases compuestas por 6

palabras aproximadamente y su léxico aproximado es de 6000 palabras; así que si el infante utiliza en su relato palabras que no son acordes a su edad y a su contexto, tenemos que concentrarnos mucho más en su dicho.

En tercer lugar, es necesario ahondar en el contexto del infante, en especial de su familia para entender los conflictos que dentro del núcleo se suscitan frente al tema relacional; pues esta herramienta nos permite tomar decisiones de cara al patrón de mendacidad o a la explicación de la retractación del testimonio.

En cuarto lugar, hay que indagar sobre regalos dádivas o algún tipo de ofrecimiento al niño o a sus progenitores, pues como conocedores de la teoría cognitiva conductual sabemos que es posible aprender comportamientos y conductas a cambio de refuerzos positivos.

En esta parte es necesario que nos detengamos un poco, pues preguntar de forma escueta si el entrevistado ha

recibido algún regalo por declarar esto o aquello, es una pregunta que con anterioridad ha podido ser ensayada por una figura alienante y el niño o niña; así lo que recomendamos es que antes de realizar este tipo de preguntas ajustemos el interrogatorio a advertir los intereses del niño, a las actividades placenteras que ha realizado últimamente; si ha tenido más atención por parte de sus cuidadores de la que le dispensaban.

De esta manera, se puede advertir si previo al juicio oral, ocurrieron eventos de reforzamiento positivo (regalos o dádivas) en el niño que lo lleven a retractarse del testimonio.

Finalmente, el interrogador y las personas que escuchan el dicho del menor deben prestar importancia al tono de voz, que como ya se dijo puede verse afectado cuando el niño miente. Así un tono de voz enérgico que de una pregunta a otra cambia por una voz pasiva, es un síntoma claro de que algo no está bien.

Por otra parte, es recomendable que antes de ingresar a la cámara Gessel, se establezca una compenetración entre el entrevistador y el entrevistado a fin de transmitirle seguridad al niño.

Se recomienda también disponer aparte de un equipo interdisciplinario especialista en el tema, tener un espacio acondicionado con juguetes, títeres, marcadores y pinturas, porque la expresión infantil y el relato de los hechos bien puede hacerse vía juego de roles o a través de la explicación que el niño le dé a un dibujo, pues existen significados que le resultan al infante vergonzosos o atemorizantes y estas emociones desaparecen en el juego de roles o en los dibujos lo que permite tener una reconstrucción de los hechos sin invadir y sin revictimizar al entrevistado.

### **3.3. Identificación del propósito del SAP.**

Como se dijo en renglones antecedentes, la mentira siempre tiene una finalidad; que en el caso que nos ocupa es favorecer a una figura

representativa de amor, de ahí precisamente la importancia de contar con un informe psicosocial, para advertir las variables que pueden estar influyendo en la toma de una decisión tan importante como la de proteger a un niño o niña de una agresión sexual y retirarlo del lado de unos agentes que no son garantes de sus derechos fundamentales.

## **4. Variables del SAP.**

### **4.1. Correlación económica entre víctima y victimario.**

En palabras de Ricardo y Nancy De la Pava, en su texto *Credibilidad del Testimonio del Menor Abusado Sexualmente*, se explica que la frecuencia en la retractación de los niños se debe en la mayoría de las veces a la alienación parental que deviene de su manipulación testimonial, en ocasiones por amenazas de los mismos adultos interesados en las resultas del proceso, o incluso por necesidad de la progenitora cuando el abusador es proveedor económico del hogar.

Tal situación se torna de especial relevancia, teniendo en cuenta que la ocurrencia de este tipo de conductas se da en espacios privados en los que solo intervienen la víctima y su agresor, lo que conlleva a un escaso acervo probatorio que demuestre que en efecto los hechos si ocurrieron, pues solo se cuenta con el testimonio del agredido, por lo cual, es él quien conoce de los hechos, mismos que solo llegan ser percibidos por un tercero a través de un primer relato dictado por la propia víctima.

Es en este momento que dicho tercero emprende una ponderación entre lo moralmente correcto y las demandas económicas que se ciernen sobre el proveedor del hogar, dejando de lado las obligaciones morales y optando por el camino del perdón, lo que conlleva una futura distorsión de los hechos, en grave afectación de los intereses del menor.

De ahí que exista una relación constante entre el SAP y la capacidad adquisitiva del núcleo familiar, pues

existe una relación de dependencia no solo afectiva, sino también financiera que termina por dotar de poder suasorio a quien ostenta la calidad de proveedor, por encima de la credibilidad del menor víctima y la necesidad punitiva de quien termina por aceptar la conducta, o en otros casos, optar por la inverosimilitud de los hechos y por ende los dichos del menor, lo cual conlleva ineludiblemente a una alienación pasiva en la cual, se mina su verosimilitud en pro de la conservación económica.

#### **4.2 Distorsión entre afecto y lujuria.**

Se discute también, tratándose de conductas que no dejan huellas en el cuerpo de la víctima, al descartar el uso de la fuerza o violencia, la cuestión del aprovechamiento de las condiciones de inmadurez dadas por la edad de la víctima quien, imposibilitada para comprender la trascendencia del evento en su vida, termina por distorsionar la valoración de las acciones evidentemente libidinosas por afectivas.

Y es que, la importancia de este tipo de esquemas de la retractación puede llegar a ser extremadamente estable y duradero, pues, justamente son elaborados durante la etapa de la infancia que va entre los 5 a 7 años, sirviendo como determinantes del procesamiento de experiencias que, a pesar de ser disfuncionales conforme a la realidad, resultan bastante difíciles de percibir.

## **5. CONCLUSIONES.**

Los relatos de los niños, desde una perspectiva jurídica, siempre se verán inmersos en la dicotomía de la asignación de credibilidad superlativa o menguada según los criterios de inmadurez e inexperiencia sexual, conforme a los cuales se valora su capacidad de percibir la realidad; sin embargo, surge trascendental determinar el estado de conciencia del menor con el fin de establecer hasta qué punto edifica parámetros del juicio de valor, es decir, si es consiente entre lo que está bien y mal, para desde ahí,

diferenciar los valores que le han sido inculcados desde su núcleo familiar.

Refulge esencial, entonces, poder determinar hasta qué punto puede considerarse como retractación la intención del menor a no entregar su declaración al interior del juicio oral, una vez se ha puesto en marcha el engranaje judicial, lo cual podrá constituir un llamado reflexivo como consecuencia a la culpa, que lo induce a desistir de la pretensión inculpatoria, caso en el cual, se perfeccionaría uno de los eventos para la procedencia de la prueba de referencia, esto es, que la víctima sea menor de 18 años y sea sujeto pasivo de un delito sexual.

Ha de puntualizarse que, el sistema acusatorio se funda en la idea de estimar como pruebas solo aquellas que son practicadas en desarrollo del juicio oral, conforme a los principios de inmediación, contradicción, confrontación y publicidad, no obstante, de forma excepcional se permite la utilización de declaraciones recibidas por fuera de ese escenario, como por ejemplo, cuando se permite

la incorporación de la declaración precedente al juicio que hace un menor víctima de un delito atentatorio de su integridad, libertad y formación sexual, sin desconocer que esta no deja de ser una prueba de referencia.

Sin embargo, según su naturaleza, dicha prueba normalmente ingresa mediante quien la recibió, en ese sentido, su valoración se encuentra supeditada a la contradicción realizada a quien no percibió los hechos por sí mismo, salvó haber escuchado al menor, situación que demanda en él, un conocimiento mínimo en kinésica infantil para así identificar la coincidencia de la narración con la realidad y el contexto desde el cual se extrapola, pues no puede olvidarse que el lenguaje de los adultos dista del entendimiento de los niños, y viceversa.

Resulta entonces que el examen de los relatos de los niños, visto desde su gestualidad, coherencia con la realidad, silencios, respuestas monosílabas y hasta vergüenza, en tratándose de experiencias

traumáticas como lo es una agresión sexual, deberá evaluarse bajo el tamiz de cualquier indicio de alienación parental como estricta especificación técnica, para de ahí examinar la posible manipulación testimonial, referente en si han instalado hechos o palabras en su memoria, los cuales no son afines a la edad del menor.

Otro aspecto que emana de vital importancia es indagar, hasta qué punto la negativa del menor por no deponer en juicio puede ser vista desde su derecho a no declarar en contra de sus familiares próximos conforme el art. 33 de la Constitución Política, por lo que, de activarse dicha garantía, operaría desde todas las etapas de la actuación judicial, de manera que, inmediatamente quedarían revestidas todas las demás testificaciones que se hubieran dado con anterioridad.

El anterior predicamento surge debido a la tensión de dos derechos constitucionales como lo son: el derecho prevalente del niño víctima y la posibilidad de no declarar en contra de su pariente, en tanto destila

evidente la dificultad por contextualizar al menor respecto de si su voluntad la de incriminar a uno de sus padres o parientes cercanos, caso en el cual, se ha optado por prescindir de dicha formalidad y otorgar plena validez al testimonio del niño, sin embargo, ¿tal concepción también puede interpretarse de manera opuesta o contraria, asignando su negativa a comparecer como su derecho a no incriminarlo?.

Es verdad que falta un gran camino por recorrer en el estudio de la retractación de los menores víctimas de abuso sexual por motivos de SAP; empero, la posibilidad de identificar el SAP en la declaración del infante y la importancia de la inclusión y la positiva ponderación de las ciencias psicológicas en el proceso penal, equiparables con las demás ciencias, puede entenderse como un veraz y efectivo método de prueba que permita evidenciar este tipo de huellas y plantear un informe admisible al juicio.

Lo anterior, atendiendo a la necesidad del juez para evidenciar los indicadores que se muestran por parte del menor que declara, determinando así en caso de existir retractación un elemento de capital importancia a la hora de abordar la prueba en su conjunto, a diferencia de la inexistencia de esta experticia, lo cual arrojaría incertidumbre en su valoración, y, con ello, un margen probatorio inadecuado para la resolución del caso conforme al estándar de prueba que descarte cualquier duda razonable.

## Bibliografía

- Association, A. P. (2014). Dsm V. España: Panamericana.
- al., A. F. (2017). Consecuencias Penales de la Retracción del menor de edad frente a los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años. Medellín.
- al., E. R. (2005). Neurociencia y conducta. En E. R. al., *Neurociencia y conducta* (págs. 671 - 742). España: Pearson.
- Auto, 52158 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 30 de 09 de 2020).
- Auto, 53530 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 30 de 09 de 2020).
- Auto, 54288 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 18 de 11 de 2020).
- Auto, 55008 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 28 de 10 de 2020).
- Betancourt, R. d. (2020). Credibilidad del testimonio del menor abusado sexualmente. Medellín: Ibañez.
- Colazo, P. D. (31 de Mayo de 2011). Abuso sexual infantil. Retracción y credibilidad del testimonio infantil.
- Colombia, C. d. (2004). Código de procedimiento penal. Legis.
- Colombia, C. d. (2006). Código de la infancia y la adolescencia. Legis.
- Colombiana, C. d. (2000). Código Penal . Legis.
- Constituyente, A. N. (1991). Constitución política de Colombia. Colombia.
- Coon, D. (328 - 355). Psicología. Thomson.
- Coon, D. (s.f.). Psicología. México: Thomson.
- Gómez, I. V. (2019). Extractos jurisprudencia Penal. Librería jurídica Sánchez .
- Gómez, I. V. (s.f.). Extractos de jurisprudencia penal. Librería Jurídica Sánchez.
- Jiménez, M. G. (s.f.). Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio.



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito**  
**Informe final de investigación**

Uribe, Maria Isabel (2015). Síndrome de alienación parental. Valoración probatoria del dictamen pericial, Colombia: Universidad de Antioquia-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Sentencia, 46832 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 07 de 06 de 2017).

Sentencia, 46992 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 23 de 05 de 2018).

Sentencia, 47323 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 08 de 05 de 2019).

Sentencia, 47856 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 14 de 10 de 2020).

Sentencia, 49006 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 25 de 11 de 2020).

Sentencia, 49282 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 26 de 08 de 2020).

Sentencia, 52045 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 20 de 05 de 2020).

sentencia, 52261 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 20 de 01 de 2021).

Sentencia, 52268 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 09 de 09 de 2020).

sentencia, 52590 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 24 de 03 de 2021).

Sentencia, 53151 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 11 de 11 de 2020).

Sentencia, 54380 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 14 de 10 de 2020).

Sentencia, 54816 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 02 de 12 de 2020).

Sentencia, 55325 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 02 de 09 de 2020).

Sentencia, 56209 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 28 de 10 de 2020).

Sentencia, 56638 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 28 de 10 de 2020).

Sentencia, 56919 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 21 de 10 de 2020).

Sentencia, 56919 (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal 21 de 10 de 2020).

(s.f.).