

Bogotá D.C., junio de 2020

h. Magistrado Ponente

Eyder Patiño Cabrera

Corte Suprema de Justicia | Sala de Casación Penal

Sistema Oral Acusatorio

Ciudad

Ref.: (SPA) Memorial | Alegato de no recurrente

Actuación judicial N°. 110016000055 2013 00632 01

Acusado. NELSON PEÑA ARDILA

Delito. Actos Sexuales Abusivos

Víctima. J.T. PEÑA MONTEALEGRE

ADRIANA PÉREZ PARRA, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando como contratista del Sistema Nacional de Defensoría Pública, unidad de víctimas, de una atenta y respetuosa manera, presento alegato de no recurrente, solicitando desde ya, mantener incólume la decisión adoptada en las instancias.

Las razones esenciales son las siguientes:

- El libelista presentó dos argumentos, primero sobre la supuesta existencia de un falso juicio de convicción (fundar la decisión exclusivamente con prueba de referencia) y subsidiariamente, el posible error de hecho por falso raciocinio.
 - o Respecto del error de derecho planteado por el libelista debe reconocerse: (i) En el debate público, oral y concentrado no existen “testimonios adjuntos”; (ii) el Delegado de la Fiscalía obró en forma antitécnica y dejó en evidencia la falta de planeación estratégica; y, (iii) los medios de conocimiento producidos en el juicio oral *-en forma indadecuada-*, en su mayoría son prueba de referencia. Sin embargo, respetuosamente considero *-salvo argumento de autoridad-*, que el dicho de la experta ROCÍO ESMERALDA PÉREZ es prueba directa; sobre esa base, sí existió corroboración periférica, y por tal causa las decisiones de condena no se formaron únicamente con prueba de referencia.

- Respecto a la crítica del raciocinio, humildemente considero que el alegato de casación no tiene la capacidad de resquebrajar el análisis de los juzgadores. Esto es así, pues no se aprecia el error en las reglas de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia, mucho menos en la inferencia realizada

1. Sobre supuesto falso juicio de convicción

Con el fin de desarrollar el primer argumento de oposición, me arrogaré la distinción propedéutica que realizó la h. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹ sobre el testimonio adjunto y la prueba de referencia. Veamos:

La Fiscalía General de la Nación, acorde con el Art. 250 Superior, *“está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”*.

2

En desarrollo de tal mandato, en el curso de la indagación e investigación, los Delegados deben obrar acuciosamente, de tal forma que su planeación estratégica y actos de parte tengan vocación de acierto y prosperidad en la decisión que ponga fin al trámite judicial.

Desde la vigencia de la L.1653/13 *-e incluso antes como se lee en la jurisprudencia-*, el ordenamiento jurídico otorgó al titular de la acción penal múltiples alternativas para garantizar el éxito de las pretensiones en sede de juzgamiento sin someter a la víctima del vejamen, a una revictimización durante el desarrollo del conainterrogatorio.

Entre las opciones, para llevar al Juez la certeza sobre el hecho jurídicamente relevante están: la prueba anticipada, llevar la versión de la víctima como prueba de referencia; y, por último, optar por presentar al menor ofendido en el juicio oral.

En desarrollo de esta última opción, cuando aquél(la) se retracta de los señalamientos inculpativos, se activa la posibilidad de incorporar sus manifestaciones previas como “testimonio adjunto”.

¹ Cfr. SP 934-2020 (Rad. 52045) del 20 de mayo de 2020. Mag. Pon. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Esta figura fue desarrollada por la jurisprudencia, toda vez que: como lo enseña el litigio, con no poca frecuencia sucede que quienes concurren al juicio a rendir testimonio no revalidan los señalamientos que han efectuado en los documentos preparatorios, las modifican sustancialmente o incluso rehúsan su contenido.

Así, el máximo órgano en la jurisdicción ponderó una línea de pensamiento orientada a que, frente a un escenario de retractación o modificación sustancial del contenido del documento preparatorio, se incorpore éste como herramienta de análisis del dicho del testigo. Siempre y cuando se garantice la confrontación y contradicción.

Ahora bien, para que un documento preparatorio pueda incorporarse al juicio oral, se debe argumentar: que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores aserciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la deposición previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos.

Sobre tal petición necesariamente deberá permitirse a la contraparte intervenir para que contradiga el argumento de procedencia.

Respecto de la prueba de referencia. De acuerdo con el Art. 437 de la L.906/04, es *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*.

Como las pruebas de referencia entrañan una limitación del derecho de confrontación, su admisibilidad es excepcional y procede únicamente en los eventos previstos en el Art. 438 ibíd.

Ha dicho la Jurisprudencia², que lo esencial *-a este efecto-*, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa *“por su edad,*

² CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido” o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.

Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última

Sobre tal petición, la parte contra la cual se aduce la prueba deberá necesariamente tener la oportunidad de pronunciarse.

1.1. En el caso en concreto:

- Es claro y no admite duda que la menor J.T. PEÑA MONTEALEGRE, no compareció a juicio oral luego *-por sustracción de materia-*, no es posible desplegar un alegato sobre “testimonio adjunto”
- En el proceso se escucharon los testimonios de la investigadora GLADYS ROCIO MISSE, la perito GIOVANNA LISA TAMALLO y la psicóloga forense ROCÍO ESMERALDA PÉREZ.

Indudablemente, testigos de referencia; pero con una gran salvedad, la última deponente tiene una condición compuesta: Referencial y directa, de **referencia** en lo que atañe a la información que recabó en el proceso de indagación y que sirvió de insumo para su concepto forense y **directo** en aquello que conceptuó al interior del juicio oral con acatamiento de las previsiones del Art. 16 Ibíd. y demás normas relacionadas con el interrogatorio cruzado y la pericia forense.

- Ahora, si bien es cierto las partes en contienda *-e intervinientes-* incorporaron de manera inadecuada las pruebas de referencia; es inocultable que la defensa técnica que representó los intereses de PEÑA ARDILA no realizó objeción alguna, mucho menos solicitó el uso de la palabra para dejar constancia de su desaprobación. Es más, desistió del caudal de descargo que le había sido autorizado en la preparatoria.

Véase como en el instante en que el juzgador de primera instancia aceptó el pedimento del Delegado e ingresó las “evidencias” de referencia, el togado que tenía a su cargo la defensa técnica ¡Guardó silencio!

Lo anterior, permite establecer el consentimiento y aceptación táctica de procedimiento empleado e ingreso de las pruebas de referencia.

- No sobra anotar que para la fecha en que se realizó el juicio oral (26 de septiembre de 2016) no se conocía la decisión SP606-2017 pues esta fue publicada en noviembre de aquella anualidad.
- Sobre el dicho de la psicóloga forense ROCÍO ESMERALDA PÉREZ, sin entrar a transcribir su contenido *-pues reposa en los registros y en la decisión del A-quem-*, se debe destacar que su dicho claramente tiene dos etapas: La primera, la base fáctica o insumo de la pericia, caracterizado por el análisis global de los sucesos que llegaron a su conocimiento; y, segundo, el concepto pericial forense, el cual confirmó la existencia de la “conducta” penalmente relevante, desplegada por el acusado.

En palabras del Tribunal:

“Culmina la valoración con la siguiente conclusión ”...Acerca de los hechos en estudio, se encuentra que la menor se retractó de su dicho inicial y según lo encontrado en la literatura se debe tener en cuenta que la retractación más allá de desmentir el relato inicial, lo confirma”

Luego humildemente considero *-salvo argumento de autoridad-*, que no existió un falso juicio de convicción.

Por el contrario, en legal forma quedó demostrado, más allá de toda duda, que PEÑA ARDILA, desplegó comportamientos inapropiados sobre la humanidad de J.T. PEÑA MONTEALEGRE.

No de otra forma se armonizan los dichos referenciales de GLADYS ROCIO MISSE y GIOVANNA LISA TAMALLO con el testimonio directo de la psicóloga forense ROCÍO ESMERALDA PÉREZ³.

³ “En el ámbito de los dictámenes emitidos por los psicólogos, debe precisarse lo siguiente: (i) si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la... existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, esto es, el perito puede constituir el “vehículo” para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido. En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es “testigo directo”, tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del Art. 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario

2. Sobre error de hecho por falso juicio de raciocinio

Modestamente considero que el alegato residual no tiene la capacidad de resquebrajar el análisis de los juzgadores y por tal causa será muy lacónica la oposición

- El libelista, tomó la declaración de algunos testigos y los transcribió en extenso;
- Criticó al A-quem, pues en su criterio no es posible alegar: “[S]iempre que un menor se retracta lo que hace es confirmar la inicial incriminación”;
- Citó un apartado de Karl Raimund Popper y a partir de éste desestimó la conclusión de condena de las instancias.

De lo expuesto, no es posible establecer si el aparente desatino de los juzgadores fue sobre la lógica del argumento, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia

Omitió el libelista que la retratación *-ha sido dicho la Corte-*, no destruye *per se* lo afirmado por el testigo arrepentido 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.

para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: (i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon; (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del "síndrome del niño abusado" o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base "técnico-científica" suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera." (CSJ SP2709-2018, rad. 50637, reiterada en CSJ SP, 9 oct. 2019, rad. 50825.).

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 desarrollo de la idea que precede, nótese como la psicóloga forense ROCÍO ESMERALDA PÉREZ claramente aclaró que la retratación J.T. PEÑA MONTEALEGRE al interior de la entrevista psicológico-forense obedeció a los parámetros de desasosiego soportados por su progenitora al no tener el ingreso económico que proveía PEÑA ARDILA

Luego, sí fue expuesto, desde la psicología como ciencia que estudia la conducta y los procesos mentales, la conclusión del razonamiento y en consecuencia fue correctamente apropiada la idea por el A-quem al momento de confirmar el fallo condenatorio.

3. Para concluir, solicito comedidamente a la h. Corte Suprema de Justicia confirme integralmente la condena emitida

Recibiré las comunicaciones que la actuación demande en la carrera 13 # 29-19, Office House 317, Parque Central Empresarial Bavaria, en la ciudad de Bogotá D.C., correos electrónicos adrperez@defensoria.edu.co o adriana.perez.parra@gmail.com y teléfono móvil (+57) 315 3079092

Con todo comedimiento,



Adriana Pérez Parra

CC. N°. 63.553.019 expedida en Bucaramanga (Santander)
TP. N°. 166.027 expedida por el C. S. de la J.