



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., junio 10 de 2020

**Honorables Magistrados
SALA DE CASACION PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.**

CASACIÓN ORAL No. 56.638. Alegatos como no recurrentes.

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes, emito el concepto propio al Ministerio Público dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por el apoderado de la Defensa Técnica en contra de la sentencia de segunda instancia, proferida el día 29 de enero de 2019 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., mediante la cual confirmó la declaración de condena emitida 3 de noviembre de 2016, por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, D.C., en contra del señor NELSON PEÑA ARDILA, imponiéndole la pena principal de ciento cincuenta (150) meses de prisión, en calidad de autor del delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

1. HECHOS

Fueron resumidos por el Tribunal Superior de Bogotá, en los siguientes términos:

“De acuerdo al informe ejecutivo de fecha 27 de noviembre de 2013, suscrito por el patrullero Jefferson Calderón Guarín de la Policía Nacional, da cuenta de la denuncia presentada por Claudia Patricia Montealegre Rivera, quien informa que su menor hija JTPM de doce años de edad para ese momento, le había comentado a su tía Sandra Milena Montealegre que su Padre NELSON PEÑA ARDILA, en varias oportunidades la había besado y le había realizado tocamientos libidinosos en sus partes íntimas, amenazándola con matar a su hermana menor para que no contara lo ocurrido. Así



mismo que veía pornografía en presencia de la menor. Que tales hechos los venía realizando su progenitor desde que ella tenía nueve o diez años de edad”.

2. DE LA DEMANDA DE CASACIÓN:

2.1 CARGO PRIMERO - PRINCIPAL:

Fue propuesta al tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 181 del estatuto procesal penal contenido en la Ley 906 de 2004, argumentando que, la sentencia de segundo grado, que guarda unidad jurídica inescindible con la de primera instancia, se profirió en abierta transgresión a las reglas de producción de la prueba, en lo relacionado con la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 381 de la misma legislación, por haberse fundado esa declaración de responsabilidad penal, de manera exclusiva, en prueba de referencia¹.

Lo anterior, como lo denota la decisión *a quo* en su declaración de condena, la actividad probatoria compilada en la vista pública se circunscribió al dicho de la investigadora GLADIS ROCÍO MISSE BONILLA, el de la psicóloga forense ROCÍO ESMERALDA PÉREZ CELIS y la médico perito GIOVANNA LISA TARALLO ROMO², quienes deponen sobre lo manifestado ante ellas por la menor víctima, la admisibilidad de la prueba de referencia que se encuentra compuesta por el dicho de un menor de edad y su credibilidad, respectivamente³.

Conforme a lo establecido en la sentencia de alzada, el sentido de su declaración dimanó del señalamiento, conforme lo ha definido la jurisprudencia nacional, las atestaciones de los peritos no constituyen dicho de referencia pues, es una expresión de su experticia y en el caso de los psicólogos y los psiquiatras que atienden delitos con el que aquí nos ocupa, estos versan sobre los relatos de los menores⁴.

La valoración médica de la paciente contiene, a título de anamnesis, el relato que la menor realizó al facultativo sobre los hechos, respecto de estos, el perito no posee conocimiento directo alguno. En tanto que, el concepto finalmente emitido por el galeno

¹ Página 10 del escrito de demanda.

² Página 11 ibídem.

³ Página 15.

⁴ Ídem.



refiere a los hallazgos que tal obtiene de su estudio de la paciente y que, en el presente caso, no reportan el hallazgo de señales que permitan fundar la existencia de agresión sexual alguna⁵.

Igual situación observa del dicho de la sicóloga, cuyos elementos de consideración a efectos de la emisión del dictamen lo constituyen, las aseveraciones iniciales de la menor y su ulterior retractación, amén de lo referido en el asunto por la progenitora de la niña. Siendo así que, al haber sido rendida la exposición de la niña por fuera de la sede del juicio, tal debió haber sido objeto de refrendación en el marco del juicio, en orden a superar la prohibición del artículo 381 procesal penal⁶. En el presente caso, lo realmente acotado por la perito, en cuyo dicho se consolidó la sentencia de alzada y la declaración de condena, fue el contenido de una inicial entrevista rendida por la menor quien, posteriormente, ante la profesional que depone, realizó la retractación de esa inicial exposición y una pluralidad de intervenciones que en su conjunto, sólo constituyen prueba de referencia⁷.

Así las cosas, se adentra en la valoración que debe realizarse del dicho de esta profesional, a su juicio en estricto sentido, no constituye una prueba pericial que pueda superar la prohibición del inciso segundo del artículo 386 del estatuto procesal penal, so *pena* de violentar las garantías del procesado⁸.

En consecuencia, solicitó se case la sentencia acusada y se sustituya la misma, mediante la emisión de una determinación de naturaleza absolutoria⁹.

2.2 CARGO SEGUNDO-SUBSIDIARIO

Se postuló el mismo al tenor del numeral tercero del artículo 181 del régimen procesal penal contenido en la Ley 906 de 2004, bajo el señalamiento de haberse incurrido en la sentencia acusada en la violación indirecta de la ley sustancial penal, devenido de la trasgresión de las reglas de apreciación del medio probatorio, por falso raciocinio con quebrantamiento del principio de presunción de inocencia¹⁰.

⁵ Página 21 del documento en estudio.

⁶ Página 22.

⁷ Ídem.

⁸ Página 25.

⁹ Ejusdem.

¹⁰ Página 26.



Lo anterior por cuanto, al juicio, comparecieron como testigos expertos la psicóloga forense ROCÍO ESMERALDA PÉREZ CELIS y la médica perito GIOVANNA LISA TARALLO ROMO¹¹, quienes en sus intervenciones¹², refieren lo narrado por la menor. Consistiendo el error de raciocinio atribuido, en dar por cierto lo relatado por la menor, con fundamento en lo expuesto para ello por la psicóloga forense¹³, con tal conclusión a su juicio se quebrantaron las reglas del raciocinio¹⁴.

Al efecto precisa el demandante¹⁵, conforme a lo reseñado en la sentencia *a quo*¹⁶, coligió la perita forense que la retractación de la menor dimanó de los graves factores económicos que estaba afrontando la familia, como producto del hecho que el procesado se fue de la casa. Conclusión que igualmente atribuye¹⁷ a la sentencia de alzada¹⁸.

A su juicio, el operador judicial apoyándose en la conclusión de la experta, al establecer la asunción de una errónea regla de interpretación judicial según la cual: la retractación en el dicho de una presunta víctima no hace más que corroborar la veracidad de su inicial exposición¹⁹. Pero sin que la perito informara los elementos de juicio, académicos o científicos, en los cuales erigió tal pretendido apotegma, lo que impide realizar un efectivo control de universalidad, “contrastabilidad” y “falsabilidad” de la misma²⁰.

En la demanda se plantea que la reiteración que realizó la menor de su dicho; al momento de la anamnesis, respecto de lo inicialmente expresado en el curso de la entrevista; lo cual denomina como “inducción por repetición²¹”; no garantiza la fiabilidad del dicho del individuo, pues el hecho que un individuo exprese varias veces un mismo hecho, no constituye la aducción en verdad, pues, igualmente, se pueden reiterar o repetir mentiras, vulnerando así los parámetros de ponderación probatoria establecidos en el artículo 404

¹¹ Ídem.

¹² Página 27 a 59 del escrito de demanda.

¹³ Página 60.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Página 60 del libelo.

¹⁶ Refiere a las páginas 10 y 11 de ese pronunciamiento judicial.

¹⁷ Página 61 del escrito de demanda.

¹⁸ Refiere a las páginas 22 y 23 de esta determinación.

¹⁹ Página 62 del escrito demanda.

²⁰ Ídem.

²¹ Página 65.



del régimen adjetivo penal. En conclusión, a dicho tenor solicita, se case la sentencia demandada y, en su reemplazo, se emita una determinación absoluta.

3. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

3.1 AL CARGO PRIMERO:

En referencia a las reglas de producción de la prueba enseña la jurisprudencia²², se entiendo como el “*Conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba.*” Y en cuanto “*Al respeto de las garantías fundamentales que conducen a su aceptación o a su exclusión, dentro de un trámite judicial o administrativo.*” Así las cosas, en materia de dictamen pericial se ha establecido²³, que la base fáctica del dictamen pericial lo constituyen, las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral. De suerte, que la final aducción de aquel al juicio no incorpora por sí mismo, las declaraciones que constituyen su base fáctica.

No obstante, la no aducción al juicio del testimonio de la presunta víctima; no constituye elemento suficiente para desvirtuar, de manera autónoma las potenciales conclusiones de materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del procesado pues, es igualmente necesario, establecer el valor demostrativo de los restantes elementos probatorios allegados al proceso. Pues, al dimanar de éstos la comprobación de la materialidad de la conducta y de responsabilidad penal del procesado, se impone la correlativa declaración judicial esta última.

Del acervo demostrativo efectivamente aportado al juicio en estudio se observa que, conforme lo denota la declaración de condena emitida por el decisor *a quo*²⁴, aspecto sobre el cual resulta coincidente la sentencia *ad quem*, el medio demostrativo allegado al juicio se circunscribe:

²² SP747-2018 del 14 de marzo de 2018, M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, Radicado No. 44.995.

²³ SP358-2020 del 12 de febrero de 2020, M.P. Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA, Radicado No. 53.127.

²⁴ Páginas 10 y 19 de esas determinaciones, respectivamente.



- (i) Al testimonio de la médica forense, GIOVANNNA LISA TARALLO ROMO que se cimienta en el informe de base pericial del 10 de octubre de 2013, cuya anamnesis lo constituye el relato que de los hechos allí realizó la paciente, dando cuenta de la ocurrencia de la conducta y la identidad de su autor²⁵;
- (ii) El testimonio de la funcionaria del C.T.I. GLADIS ROCÍO MISSE BONILLA, con quien se introducen: a) las entrevistas realizadas a la menor los días 11 y 30 de octubre de 2013; entrevistas estas, que en el curso de la primera de las cuales, la menor informó los vejámenes sexuales de los cuales habría sido víctima y, en la restante, realizó retractación o variación que de su primera exposición realizada, negando no sólo la ocurrencia de los hechos sino, atribuyendo su relato precedente a un estado de celos y frustración por el arribo de una hermana menor a quien le demuestran más cariño; b) entrevista de la tía materna de la menor, SANDRA MILENA MONTEALEGRE, quien informó sobre los comentarios que en tal sentido le habría realizado la víctima; c) exposición de la progenitora de la menor quien además precisa, que luego de haber escuchado los relatos de la menor sobre la efectiva ocurrencia de los hechos, procedido luego, a ponderar las circunstancias informadas para los mismos por la infante, concluyendo que tales presuntos momentos de oportunidad para la eventual comisión de la conducta no se habían suscitado, pues el procesado nunca estuvo sólo con la menor y, además, esta, finalmente, reconoció que todo había sido un acto de venganza en contra de aquel.
- (iii) El examen psicológico del 21 de enero de 2014, verificado por la profesional ROCÍO ESMERALDA PÉREZ CELIS, contentivo de los precedentes elementos de consideración e información.

De lo cual, el decisor valoró en atención al principio de libertad probatoria²⁶, habiendo mediado en el juicio la posibilidad discernida a la defensa para el control, contradicción y confrontación de la prueba, que se acogían los criterios de la perita experta. En el sentido de concluir, que la retractación en el dicho de la menor fue el producto único de la presión familiar orientada a la consecución de ese comportamiento,²⁷ pues la entrevista inicial de la infante y la anamnesis del dictamen sexológico, corroboraban tanto la ocurrencia del delito como la identidad del procesado como el ofensor. Tales consideraciones, fueron

²⁵ Página 17 de la sentencia de alzada.

²⁶ Página 23 de la determinación ad quem.

²⁷ Página 23 de la sentencia ad quem.



igualmente, la base conceptual sobre la cual se erigió la declaración de condena proferida por el *a quo*²⁸

Así las cosas, es claro, que al juicio no fueron aportados, como elementos testimoniales, ni el dicho de la menor, ni el de su progenitora o el de su tía. Por lo que, en tal materia, evidentemente, el elemento probatorio se circunscribe al antes referido, vale decir, lo narrado en el asunto por la entrevistadora del C.T.I., la médica forense y la psicóloga oficial. En tanto que, resulta evidente, que tales verifican una valoración propia de lo que a ellos les fue dicho por la menor. Circunscribiendo, al efecto, la psicóloga, a concluir que la retractación de la menor fue el producto de una acción familiar para hacerla sentir culpable y obtener dicho resultado.

En estas condiciones, ajeno a consideraciones adicionales sobre la idoneidad de la conclusión emitida por dicha profesional, es claro, que, ciertamente, la sentencia materia del estudio se encuentra fundada, en forma exclusiva, en prueba de referencia, vulnerando así el mandato del inciso segundo del artículo 381 C.P.P. Pues, profundizando en el análisis, tal situación se presentó no sólo sobre el testimonio de la menor presunta víctima, sino que tal irregular condición se hizo extensiva inclusive, a las exposiciones de la progenitora y la tía de la menor²⁹.

Además, prosiguiendo en el estudio del propio elemento de referencia allegado y el dicho de los testigos calificados presentados como fundamento de la acusación, es claro, que no se aportó al plenario un elemento sólido de consideración a cuyo tenor se pueda inferir, de manera razonada, que la menor manifestó toda la verdad en su primera exposición y que a la ulterior retractación procedió como resultado de un acto de indebida presión en su contra. En efecto, fue la propia progenitora la inicial denunciante quien, posteriormente señaló, haber realizado una recapitulación de las versiones que sobre los hechos le fueron informadas por parte de la menor. Arribando así a la conclusión según la cual, simple y llanamente la misma no había permanecido sola en compañía del procesado en

²⁸ Página 9 y siguientes de esa determinación.

²⁹ Al respecto CSJ Rad. 52045 de 20 de mayo de 2020 MP. Dr. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA. En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio.



momentos que permitieran la ocurrencia de los hechos que aquella informaba. Luego de lo cual, es la propia menor quien les manifestó que todo había sido inventado como una retaliación en contra del procesado y ante la actitud asumida por el mismo en presencia de una nueva hija.

Conforme a dichas consideraciones, la declaración de condena en cuestión se fundó exclusivamente en medio probatorio de referencia y el restante medio demostrativo adosado al plenario –que participa de la misma naturaleza- no tiene el alcance demostrativo propio a vencer la reclamada presunción de inocencia del encartado. Además, los peritos si bien reprodujeron el dicho de la menor, ellos no presenciaron ninguno de esos hechos y dentro de las conclusiones de los expertos no se expuso elemento de consideración que permitiera concluir que el dicho de la menor hubiera tenido ocurrencia, tales como vestigios o secuelas, cambios de personalidad o actitud que permitan aproximarse más a concluir que en efecto el hecho ocurrió.

Al contrario, la perito Giovanna L. Tarallo Romo de Medicina Legal en su informe concluyó: “menor traída bajo sospechas de delito sexual, sin huellas externas de trauma reciente que permitan fundamentar una incapacidad médico legal, himen anular integro no elástico ano de forma y tono normales, no presenta signos clínicos sugestivos de infecciones de transmisión sexual. Se sugiere valoración y apoyo psicológico³⁰. Y un símil mas frente a lo expuesto por la psicóloga Rocío Pérez, quien luego de la entrevista a la menor su conclusión, se fundó no en lo observado y encontrado en la menor entrevistada sino en la confrontación de dos entrevistas contrarias de ésta para señalar que: “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.”, pero no se precisó la fuente científica ni su grado de confiabilidad, siendo ello insuficiente para tener el grado de certeza que demanda una sentencia condenatoria.

En presencia de estas condiciones procesales y demostrativas, el cargo atribuido está llamado a prosperar

³⁰ Folios 18 y 19 fallo del Tribunal.



3.2 AL CARGO SEGUNDO:

Acorde con los parámetros sustanciales fundantes de su aducción, observa esta representación del Ministerio Público, que del curso de la declaración de condena emitida contra el señor NELSON PEÑA ARDILA³¹, ciertamente, no se observa la enunciación de los parámetros fácticos y científicos. Conforme la conclusión pericial, la retractación final de la infante, ciertamente, es el producto de una indebida presión familiar en orden a lograr ese espurio resultado. En tanto, tampoco se aportaron por la aludida perito, los elementos conceptuales sobre los cuales erige, de manera debidamente sustentada y ponderada dicha conclusión.

En efecto, de la transcripción del testimonio de la perito se observa³², que la misma expuso haber fundado sus conclusiones en las aseveraciones previas de la progenitora de la menor, así como en el relativo de la menor –verificado en cámara Gesell-, el informe pericial de clínica forense y el testimonio de la señora SANDRA MILENA MONTEALEGRE –tía de la infante-. Luego de lo cual indicó³³, conforme a la literatura científica que la retractación puede ser el producto de un acto de revelación de situaciones como las expresadas por la menor –que hacen relación a una difícil situación económica y familiar-, que irrogan sentimientos de culpa y propenden por retornar a la normalidad. En consecuencia, tal acto de retractación lejos de desmentir el relato inicial, corroboran lo dicho en esa oportunidad³⁴.

No obstante, fue la propia perito quien señaló que su conclusión era posible, pero sin señalar grado alguno de alta probabilidad de la misma, tampoco, denotó la base científica en la cual la apoya tal certidumbre. Esto sin contar con el hecho que, fundándose el concepto pericial en su aspecto fáctico en el dicho de la menor y sus familiares, quienes no deponen en el juicio, sus conclusiones se erigen dimanadas, estrictamente, de prueba de referencia pues, se itera, las exposiciones a las que ella alude y sobre las cuales emite su dictamen –de posibilidad-, no fueron allegadas al juicio.

Todo lo anterior con el agravante según el cual, aunado a tales falencias, no se informan por la testigo los precisos preceptos científicos a cuyo tenor se deba concluir, con

³¹ Página 22 y siguientes de la sentencia de alzada y 10 de la sentencia a quo.

³² Página 33 del libelo.

³³ Página 39.

³⁴ Página 40.



fundamento, en los elementos demostrativos aportados, en grado ausente de duda razonable, que la final retractación de la menor es contraria a lo realmente acaecido y que la misma no corresponde a la realidad que ella misma informa, que es en la cual sustenta su cambio de postura procesal.

Del tenor del concepto pericial emitido no se informa, de manera aun medianamente razonada, por qué motivo y con qué precisos fundamentos objetivos o científicos se confiere entera credibilidad a unas iniciales afirmaciones inculpatorias y se rechazan o descalifican las ulteriores afirmaciones exculpatorias. En estas condiciones, denotada la ausencia de señalamiento en la sentencia materia del estudio, de los postulados lógicos y científicos en los cuales se fundó la conclusión de suficiencia científica en la materia de la pericia emitida, pues, el propio concepto no hace relación a dichos aspectos.

Necesario resulta concluir, que la inferencia de razonabilidad que sobre dicha materia realizó el juzgador fue contraria al deber de ponderación del medio probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, la ciencia o la técnica que rigen la respectiva materia. En tanto que, por hallarse fundada la declaración de condena, precisamente, en el indebido mérito suasorio conferido a ese elemento demostrativo, la conclusión a la cual debió arribarse es no haberse vencido la presunción de inocencia consagrada en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, que como garantía procesal del acusado establece nuestro texto constitucional.

Con las anteriores precisiones se solicita a la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, casar la sentencia y proferir en favor de Nelson Peña Ardila, sentencia absolutoria.

Cordialmente,

PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal