

Tunja, 2 de junio del año 2.020.

**Doctor
EYDER PATIÑO CABRERA
MAGISTRADO SALA PENAL
Corte Suprema de Justicia.**

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO No 1100160000552013-00632
CONTRA: NELSON PEÑA ARDILA
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN
CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO
SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO: TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
ASUNTO : ALEGATOS CASACIÓN LEY 906 DEL 2004.

DIEGO FERNANDO OCHOA TORRES, mayor de edad, vecino y residente de la ciudad de Tunja, abogado en ejercicio e identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en calidad de defensor de confianza del ciudadano **NELSON PEÑA ARDILA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 5.771.052 de Sucre-Santander, actuando conforme a lo ordenado por medio auto de fecha 08 de mayo del año 2020, por cual se ordena presentar alegatos dentro del proceso de la referencia por vía escrita, decisión que corresponde a la implementación del acuerdo 020 del 29 de abril del año 2020, decisión que fue notificada al correo electronico del suscrito contacto@ochoatorresabogados.com el día 21 de mayo del presente año otorgando un término común de quince (15) días para lo pertinente, y bajo los estricto señalamientos del traslado en esta clase

de asuntos procedo a indicar de manera muy respetuosa porque se deben acoger los planteamientos que en su oportunidad se expusieron en el recurso de casación interpuesto y admitido, sin que se desborde la sustentación y se involucren nuevos cargos no desarrollados en el recursos de casación.

En este orden de ideas procedere a precisar las tesis expuestas en los dos cargos que se presentaron en la medida en que fueron admitidos, para llamar la atención a la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el porque en el presente caso efectivamente se hace necesario el restablecimiento del derecho material y las garantías fundamentales del procesado; finalidades seleccionadas para acudir al recurso de casación, lo anterior integrando en una solo desarrollo, en atención a que en ambas posturas en últimas persiguen demostrar el porque los medios de prueba practicados a cargo de la acusación no permiten superar la tarifa negativa que trata el inciso segundo del artículo 381 del la ley 906 del año 2.004.

El primer cargo fue edificado por la senda del falso juicio de convicción por que sostenemos que el fallo de primer y segundo grado se sustentó de manera exclusiva con prueba de referencia, para llegar a esta conclusión se demostró que a parte de la prueba "pericial psicologica" y el examen sexologico, que se practicaron en la etapa del juicio oral, las demás pruebas fueron declaraciones previas al juicio oral que no fueron ratificadas por sus deponentes en la medida en que no comparecieron al juicio oral, y en atención a que el denominado dictamen pericial psicologico no cumple con los requisitos epistemicos para entenderlo en esas condición, la condena efectivamente se sustentó en solo prueba de referencia, así como lo ha sostenido la Sala Penal del Corte Suprema de

Justicia dentro del radicado SP 4179-2018, Radicación 47789 del 26 de Septiembre del año 2.018, con ponencia del Honorable Magistrado JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

Enrostrado lo anterior, el asunto medular gira, así como se señalo al momento de la sustentación del recurso de casación, sí en efecto el dictamen pericial psicologico realmente tiene esta entidad y ofrece elementos de conocimiento que permitan dar por superado la prohibición que trata el artículo 351 de la ley 906 del año 2.004 o si por el contrario a lo planteado por el recurrente, los fallos emitidos en las dos instancias con fundamento en esta pericia estan desprovistos de los errores denunciados en el cargo y por esta vía la censura se torna insuficiente para destronar la presunción de acierto y legalidad que los cobija en está instancia.

Consideramos señores magistrados, que el asunto debe observarse a partir de la suficiencia probatoria que deba tener la prueba de cargo para destronar la presunción de inocencia que trata el artículo 7 de la ley 906 del año 2.004, cuando se trata de el informe de base de opinion pericial como prueba complementaria a las prueba de referencia, como se vera en el siguiente acapite.

i. Informe de base de opinion pericial psicologico como prueba complementaria a las prueba de referencia.

Un primer aspecto que debe orientar el correcto razonamiento judicial para entender por superada la prohibición que trata el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 del año 2.004, es verificar la suficiencia probatoria de la prueba complementaria o de corroboración periferica



que en ejercicio de la labor constitucional conforme al artículo 250 de la Constitución Política, le corresponde a la fiscalía como ente acusador acopiar y examinar para así superar la tarifa legal negativa como es la condena exclusiva con base en prueba de referencia.

Ahora bien, un punto medular, es la resolución del evento en que el menor no está disponible para declarar en juicio por su no comparecencia, se acompañan declaraciones previas al juicio oral y se complementa con un dictamen pericial psicológico, el juzgador no debe entender por superada la prohibición del inciso segundo del artículo 381 ibidem, con la sola existencia de dicha prueba (dictamen pericial psicológico) dentro del proceso y su rotulo " prueba pericial ", obviando que esta nominación de este medio de prueba no la convierte de manera automática como tal, sino es deber de verificar si el dictamen cumple los requisitos previstos en los artículos 417 y 420 de la ley 906 del año 2004, además de la confrontación con las reglas de la sana crítica para dar por establecido si en efecto estamos frente a una verdadera prueba pericial o si por el contrario ni si quiera nos encontramos con un mínimo que lo haga entender como tal y por esta vía se quebrante con la regla de prohibición de condena con base exclusiva de la prueba de referencia.

Lo anterior no solo permite desde el punto de vista de la técnica casacional la construcción del cargo por la vía del falso juicio de convicción donde no se confronta el dictamen desde las reglas de apreciación o valoración de la prueba (errores de hecho como los falsos juicios de identidad con sus respectivas especies o los errores en el raciocinio), sino lo que se hace por esta vía es señalar a la corte que ni si quiera la denominada prueba pericial cumple con los requisitos establecidos por el legislador establecidos en el artículo 417 ibidem, para



entenderse como tal y por ende no se supera la prohibición que trata el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 del año 2.004.

Sin embargo como se anticipo, al estar orientados los dos cargos a demostrar la insuficiencia probatoria de la prueba complementaria (prueba pericial psicologica y examen sexologico) para dar por superada la prohibición del inciso segundo del articulo 381 de la ley 906 del año 2.004, procedió a enrostrar desde la censura casacional el porque los citados medios de prueba no tienen la entidad suficiente para dar por acreditada la materialidad de la conducta.

Un primer punto a precisar es que la menor no cambio su versión inicial ante el juez de conocimiento ya que no comparecio al juicio oral a declarar, sino el cambio de su incriminación lo realizo ante la psicologa forense ROCIO PEREZ en la etapa investigativa. De las diligencias practicadas se acredita que la entonces menor rindio su versión inicial ante de la investigadora de la fiscalia GLADYS ROCIO MISSE quien recepciono entrevista bajo el protocolo SATAC, como ella mismo lo advirtio en el escenario del juicio oral, no realizó una valoración sobre lo que la menor le narró, su objeto solamente fue recopilar la información que la presunta victima le contó, sumado a lo anterior la anamesis que consigné GIOVANNA LISA TARALLO ROMO, quien realizo la valoración sexologica a la menor, la menor tambien expuso la versión de los hechos donde señalo que el procesado ejerció actos lasivos sobre su humanidad, sin embargo como lo aceptó la perito en el escenario del juicio oral la base factica de su dictamen tuvo como proposito hacer un examen sexologico sobre la menor más no dictaminar sobre lo narrado por ella en la anamesis.



De lo anterior se concluye que fue en el escenario de investigación donde la menor explicó el porque de la inicial incriminación no correspondio según lo narró posteriormente ante la psicologa ROCIO PEREZ, a la verdad de los hechos a quien le contextualizo los motivos que la llevaron inicialmente a realizar los señalamientos sobre su progenitor.

Lo anterior pone de presente que la fiscalia tenía desde la etapa investigativa conocimiento claro y suficiente sobre el cambio de versión de la menor, y esta circunstancia obligaba en virtud del principio *pro in fans* en haber acopiado o desarrollado una actividad investigativa que permitiera corroborar la hipótesis acusatoria, como por ejemplo lo ha precisado la corte dentro de la SP 934-2020, Radicación 52045 del 20 de mayo del año 2020, con ponencia del señor magistrado JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, esta omisión de haber actuado diligentemente en el acopio de información que permitiera superar la prohibición que trata el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 del año 2.004, se evidencia cuando la fiscalia de manera equivocada entendio como suficiente la practica de la prueba pericial psicologica como si fuera una suerte de depositario de la verdad sin que en efecto se detuviera a observar que los informes bases de opinion pericial psicologicos no son suficiente por si solos para demostrar la veracidad del contenido de la declaración de un menor, si no que son los parametros de la valoración en conjunto de los medios de prueba que hacen posible demostrar mas alla de toda duda razonable las hipótesis factuales propuesta por los adversarios.

Precisado lo anterior, si la fiscalia opto por depositar toda su estrategia probatoria en un medio de prueba que de por si tiene serias limitaciones epistemicas como es la psicologia forense ya que ninguna prueba que se practique dentro de esta disciplina al día de hoy ha llegado demostrar



con criterios de falsabilidad, universalidad, contrastación empírica y replica que una persona puede o no decir la verdad sobre su declaración, que entre otros es un ámbito que el legislador ha previsto de manera exclusiva a juez de conocimiento; no en vano se llama juez de conocimiento, a pesar de lo anterior, y en todo caso como escogio soportar su teoría del caso con la citada prueba pericial, era su obligación haber agotado los trámites previstos en el artículo 417 de la ley 906 del año 2004, el cual impone el "deber" a las partes cuando se trata de estas experticias, de acudir a dicho procedimiento para el examen de este medio de prueba, omisión que en efecto conspira en contra de la prosperidad de la pretensión punitiva a quien le corresponde dentro del sistema adversarial examinar en debida forma los medios de prueba con los que pretende respaldar su teoría del caso.

Así las cosas revisado el registro de audio de la sesión del juicio oral, en efecto la perito no explicó los principios científicos o técnicos en los que se fundamentó su análisis y el grado de aceptación, cuando se le indagó sobre si en los exámenes se utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o certeza, señaló haber utilizado técnica de probabilidad pero no especificó en que consistió, al respecto la profesional de la psicología señaló:

"FISCAL: gracias doctora su pericia es de carácter probabilístico o de certeza TESTIGO 2: probabilidad su señoría FISCAL: bien si usted pudiera decir que en grado numérico la probabilidad es factible calificar TESTIGO 2: nosotros como no empleamos acá algo cualitativo sino algo cuantitativo no podemos tasarla en cuanto a números sin embargo lo que hemos podido conocer acerca de la cuestión de probabilidad es que es más allá de un 50% lo que podría en una escala del uno al cien lo que podríamos calificar como algo probable y en la medida de tipo experticias se

tiene en cuenta la técnica JUEZ: si porque si fueras menos cincuenta por ciento entonces no sería válida la pericia en cuanto admisión de la generalidad o de la ciencia continúe doctor FISCAL: gracias señor juez no tengo más preguntas..."

Frente a este punto, resulta medular traer a colación la decisión SP 1786, radicación 42631 del 23 de mayo del 2019, con ponencia del señor magistrado Eugenio Fernández Carlier, donde al respecto señaló:

" Un enunciado probabilístico se asemeja más a una regla de la experiencia (que obedece a la fórmula "siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B") que a una ley o tesis científica. De hecho, toda tesis acerca de la probabilidad puede plantearse como una regla de la experiencia, en la medida en que (i) el suceso base (o A) aluda a la cultura, cotidianeidad, modo de vida, etc., dentro de un entorno social específico y (ii) la frecuencia de acierto frente al hecho pronosticado (B) sea alta ("siempre o casi siempre").

En los casos en los que los enunciados probabilísticos no puedan contemplarse como máximas de la experiencia, no es un imposible epistémico que las partes igual acudan a ellos, a modo de datos empíricos, para sustentar su teoría del caso.

Este problema lo contempló la Sala en el fallo CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357. En dicha decisión, la Corte reconoció la absolución por duda razonable respecto de una teoría del caso de la defensa según la cual, al no presentar el acusado de un delito sexual el mismo virus altamente contagioso que portaba la víctima en la época del hecho, era elevada la probabilidad de que la relación sexual imputada jamás se hubiere presentado.



Igualmente, la Sala admitió la posibilidad de «formular cualquier afirmación probabilística a la manera de una hipótesis concerniente a la frecuencia relativa de una serie o secuencia de acontecimientos», en la medida en que su pertinencia esté orientada a «hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados», tal como lo dispone el artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, la Corte precisó que «las aseveraciones empíricas atinentes a los enunciados de probabilidad» (i) deben estar circunscritas a las «series finitas de sucesos alusivos al caso», es decir, a estimaciones numéricas (por ejemplo, "90% de las veces...") o concernientes a su asiduidad ("lo más frecuente es que..."); (ii) tienen que provenir de «un testigo experto en la ciencia, profesión o técnica» dentro de la cual se ha producido la observación de la serie; y (iii) deben contar con una base, es decir, tienen que estar acompañadas de información o datos acerca de «la disposición, propensión y características de estas cuando son repetidas a menudo, con el fin de justificar la frecuencia relativa a partir de la cual el funcionario decidirá el hecho atinente a un evento aleatorio».

A su vez, la Sala aceptó que la otra parte controvirtiera los enunciados de probabilidad de varias maneras, entre otras: (i) cuestionando «la validez de la estimación, para en lugar de ello proponer que el margen de error del experimento es estadísticamente significativo [o, al contrario, que la frecuencia o propensión anunciada por el perito no es trascendente]»; y (ii) descartando «la teoría empíricamente, es decir, demostrando con pruebas o argumentos que el caso concreto obedeció al suceso

improbable». El funcionario, finalmente, apreciará los enunciados de tipo probabilístico «conforme a la lógica de lo razonable».

Frente a este punto, llama poderosamente la atención, que a pesar que la sala penal de la corte suprema de justicia ya hubiera precisado el concepto de probabilidad en punto a los dictámenes periciales, no se hubiera examinado a la perito sobre el procedimiento que utilizo para llegar la conclusión conforme a las reglas establecidas por la corte, notese que la perito señaló sin mayor precisión que su experticia superaba un 50% sin fijar un porcentaje, esta imprecisión no es un caso menor si tenemos en cuenta que el margen entonces de probabilidad de fiabilidad de la prueba estuvo en superior a un 50%; si aceptamos como valido el enunciado de la profesional, se tiene que concluir necesariamente, que la otra posibilidad es decir el otro margen del 50% si se quiere es un elemento importante a tener en cuenta al momento de darle la suficiencia demostrativa a la prueba como quiera que al existir dicho porcentaje deja un gran margen de duda de la confiabilidad de la misma.

En segundo orden, para dar validez o eficacia al dictamen pericial, las dos instancias tomando el dictamen de la perito crearon una regla epistemica falsa que se traduce en que cuando un menor se retracta de la versión inicial a contrario de restar credibilidad confirma el relato inculminatorio veamos.

A folio No 10 y 11 de la sentencia de primer grado se señala lo siguiente:

Aunado a lo anterior, se recibió el testimonio de Rocío Pérez, psicóloga profesional especializada forense, quien realizó la valoración psicológica a la menor, y en el informe incorporado como evidencia probatoria No. 2 señaló:

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.

En efecto, en la entrevista realizada el catorce (14) de agosto de dos mil catorce (2014) a la menor, se evidenció que esta manifiesta que luego de que se conocieron los hechos y el procesado se fue de la casa, han tenido problemas económicos, que ella se siente culpable y la presión de la familia ha sido constante, aunado al concepto emitido por la perito, que observó que J.T.P.M. se tornaba intranquila al desmentir los hechos, permitiendo deducir que la retractación se dio con ocasión de la presión y

sentimiento de culpa que nació en ella, posterior a que se conocieran los acontecimientos.

En la sentencia de segundo grado folios 22 y 23.

Al adentrarse en el análisis con relación a los hechos la profesional expuso: "...se encuentra que la menor se retractó de su dicho inicial, sin embargo, según lo contemplado en la literatura acerca de la retractación se tiene que la misma se puede dar como parte de un proceso, luego de la revelación de situaciones como las que describió la examinada, en estos casos, se presentan sentimientos de culpa por haber denunciado

a un familiar o un allegado de la familia, ya que con la denuncia se ve afectada no solo la persona a quien se identifica como su agresor, sino al resto de la familia, por ende la menor tratando de volver la situación a la 'normalidad' previa a su revelación, termina retractándose.— En el presente caso se encuentran algunas situaciones que pueden generar (sic) el proceso de retractación anteriormente descrito, como son los sentimientos de culpa por haber denunciado a su padre, quien puede ir a la cárcel por esto, lo cual le impediría aportar económicamente a su progenitora, quien no tiene empleo estable dado que su hija menor se encuentra enferma y debe asistir con frecuencia a citas médicas y a las citas propias del presente proceso, motivo por el cual se muestra preocupada al no tener los recursos económicos suficientes para su manutención y la de sus hijas, todo lo cual es conocido por la examinada.— Adicionalmente percibe que su familia no creía en su dicho y tanto su madre, como su tía y abuela materna le preguntan con frecuencia si su relato es cierto...”

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...”

Concluir como lo hacen las instancias tomando como propio el argumento de la perito, que cada vez que el menor se retracta de la versión a contrario de restarle credibilidad a la versión incriminatoria inicial la confirma, crea de manera equivocada una regla de apreciación en la valoración probatoria del testimonio, que indicaría que siempre que un menor se retracta lo que hace es confirmar la inicial incriminación, al respecto es preciso indicar que la profesional de la psicología procedió a señalar que según la literatura especializada cuando este fenómeno ocurre lo que hace es confirmar la declaración del abuso, argumento acriticamente acogido por los falladores de instancia. En efecto, la profesional no explicó de qué fuentes académicas o científicas de donde escogió tal aseveración lo que impide un control efectivo sobre la misma,

tampoco expusó como dicha conclusión tiene los parametros que de manera ya pacifica ha exigido la Jurisprudencia de la Sala Pena de la Corte Suprema de Justicia para entederlos como una proposición de carácter científico, esto es la falsabilidad, la contrastabilidad, la universalidad, la posibilidad de replica, la aceptación de la comunidad científica de este enunciado, (SP 2709 del 2018, radicado 50637 del 11 de julio del 2018) y en estas condiciones no se puede dar bajo un parametro de sustentación o teoria explicativa que al presentarse siempre una retractación lo manifestado en la primera declaración se confirma.

Así las cosas sumado a la deficiencia del examen del perito elaborado por la fiscalia, se demuestra entonces que la principal prueba de cargo, esto es la prueba pericial psicologica, no cumple con los requisitos de suficiencia probatoria al adolocer de elementos epistemicos adecuados para asegurar que en efecto la entonces menor presunta victima en efecto procedió a cambiar la versión que inicialmente expusó con el proposito de favorecer los intereses del procesado y mucho menos deducir de manera acritica que siempre que se presenta una retractación o cambio de versión se confirma la incriminación en contra del procesado.

Finalmente señores magistrados, es necesario que la sala penal se pronuncie sobre una " regla" de valoración probatoria que consideramos de manera equivocada se ha venido sosteniendo en estos procesos y que tambien fue utilizada por parte de las instancias para dar por cierto los hechos de la acusación, esta regla señores magistrados es la reiteración en la incriminación.

La reiteración en la incriminación hace referencia a que el testigo en diferentes salidas procesales reitera el relato incriminatorio, la regla que señala que en atención a que en varias oportunidades el testigo se ratifica en la versión incriminatoria y esta circunstancia equivale a que la veracidad de su declaración es un craso error epistemico veamos.

Karl Popper resuelve el tema de la siguiente forma¹:

“ ... puesto que Hume está en lo cierto al señalar que desde un punto de vista lógico no existe inducción por repetición, en virtud del principio de transferencia, tampoco puede haber tal cosa en psicología (o en el método científico o en la historia de la ciencia). La idea de inducción por repetición debe achacarse a un error, una especie de ilusión óptica. Resumiendo : *no hay inducción por repetición*”.

En segundo orden no se descarta que un testigo mendaz sea capaz de reproducir de manera continua en diferentes salidas procesales una mentira, si acudieramos a la regla de la reiteración o en términos epistemicos inducción por repetición tendríamos que siempre dar validez a estos testimonios.

En tercer orden para los casos de delitos de agresión sexual la ley 1652 del 2013 establece que las entrevistas realizadas a los menores se deben realizar solo una vez y de manera excepcional en una segunda ocasión, así las cosas no se entenderia como se aplicaria la regla de la reiteración si por virtud de la ley solo es posible recibir una sola vez la declaración del menor.

Descendiendo al caso que ocupa la atención, en la pagina 11 de la sentencia de primera instancia se señala :

¹ Karl R. Popper, Conocimiento Objetivo, Quinta edición editorial tecnos pag 21 y 22.

Además, la perito Giovanna Lisa Tarallo Romo, quien realizó la valoración sexológica a la menor, reiteró igualmente en la anamnesis que los hechos que dieron lugar al reconocimiento legal, se concentraron en que el padre de la niña víctima la manoseaba, le tocaba los senos por debajo de la ropa, le bajaba el pantalón y le tocaba su parte vaginal, le daba besos en los senos y la última vez fue hace un mes, correspondiendo a septiembre de dos mil trece (2013), y que le decía que si se dejaba le daba plata, o si no mataba a su hermana, confirmando lo narrado en la entrevista incorporada como prueba en el paginario.

En la sentencia de segunda instancia pág 17.

De igual manera, se introdujo el informe pericial de clínica forense, de fecha 10 de octubre de 2013, cuya examinada fue la menor J.T.P.M., suscrito por la profesional especializada Giovanna Lisa Tarallo Romo, adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien compareció al juicio, ratificó el contenido y dijo que siguió unas pautas de abordaje como el relato de los hechos, frente a los cuales la niña señaló: *"...mi papá me manoseó, desde que mi hermanita estaba pequeña, como hace un año. El me tocaba los senos por debajo de la ropa, me bajaba el pantalón me tocaba el bizcocho. Me daba besos en los senos. La última vez fue hace un mes. Me decía que si me dejaba, me daba plata, o si no que mataba a mi hermanita..."*

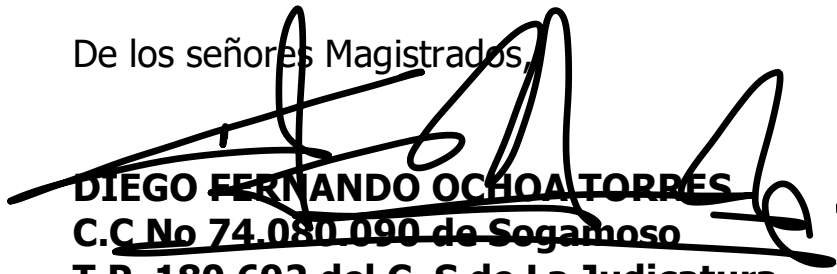
Sobre el análisis, interpretación y conclusiones, la experta consignó: *"...menor traída por sospecha de delito sexual, sin huellas externas de trauma reciente que permitan fundamentar una incapacidad médico legal, himen anular íntegro no elástico ano de forma y tono normales, no presenta signos clínicos sugestivos de infecciones de transmisión sexual. Se sugiere valoración y apoyo psicológico..."*

De igual manera, la funcionaria se presentó en juicio y ratificó el contenido del informe pericial que se incorporó como evidencia N° 1 (folios 60 y 61 de la carpeta).

Como ya se demostró la inducción por repetición **NO** es un parametro de valido para aceptar determinado enunciado, sumandose a ello en que la versión inculpativa de la menor no fue ratificada en el escenario del juicio oral por otros medios de prueba y por ende al ser prueba de referencia tiene un valor probatorio negativo, menguado o escaso, lo que no permite superar la prohibición que trata el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 del año 2.004.

En los anteriores términos presentó los respectivos alegatos dentro del tramite del recurso de casación.

De los señores Magistrados,


DIÉGO FERNANDO OCHOA TORRES
C.C No 74.080.090 de Segamoso
T.P. 180.692 del C, S de La Judicatura

Proyecto 
Revisó 

Si requiere mayor información contactanos siguiendo el enlace en el siguiente código QR.

