



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2017-03033

Aprobado mediante acta 70

Medellín, junio siete (07) de dos mil veintidós (2022).

Se deciden los recursos de apelación presentados por el fiscal 234 seccional del Caivas-Sur y la apoderada de la víctima adscrita a la defensoría pública, contra la sentencia absolutoria que fuera dictada a favor de **Deibert Hernando Ospina Zapata** el pasado 10 de noviembre por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí como autor de los delitos de "*actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo*".

ANTECEDENTES

1. La actuación.

En la audiencia formulada el 22 de noviembre de 2018, la fiscal local 276 sustentó la acusación del concurso

homogéneo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, en los siguientes hechos, tal como fueron expuestos oralmente:

La señora Yuli Bibiana Ossa Zapata convivió con el señor DEIBERT HERNANDO OSPINA ZAPATA desde 2007 hasta el año 2017 en el corregimiento San Antonio Prado, municipio de Medellín y en el sector del Ajizal municipio de Itagüí.

Con ellos también vivían varios hijos de la primera unión de la señora Ospina Zapata, entre quienes se encontraba la menor M.G.P. (sic), hoy con 13 años de edad, cuando ella tenía 10, es decir en 2014, que vivían en El Ajizal, fue objeto de tocamientos lascivos consistentes en palpamientos en su vagina y en sus senos, por parte del señor Ospina Zapata, quien para hacerlo aprovechaba las ocasiones en que se quedaba a solas con ella.

El último de ellos se dio teniendo 13 años, el 18 de marzo de 2017 en la mañana cuando en las instalaciones de establecimiento comercial Frucoldex ubicado en el sector del Centro de la Moda de esa ciudad, igualmente le tocó los senos.

El juicio, que se realizó en las sesiones de prueba del 20 de agosto de 2019, 3 de marzo, 28 de abril, 8 de junio, 17 de junio, 20 de octubre de 2020, tuvo los siguientes segmentos:
i) como hechos exentos de prueba se acordaron la identidad

del acusado¹ y la de la presunta víctima² (variables: nombre, fecha y número de identidad); **ii**) la Fiscalía presentó a M.G.O., Javier Villa Machado (psicólogo), Jovany Granada Berrío (patrullero-álbum fotográfico) y Eugenio Sierra Martin (médico legista), y **iii**) el defensor hizo comparecer a Brandon Esneider Pulgarín Zapata (hermano del acusado), Luz Eida del Socorro Zapata Sánchez (madre) y Angie Paola Mejía Serna (vecina).

2. La sentencia.

El Juez, teniendo como punto de partida el testimonio de la víctima, que aludió a un par de tocamientos ocurridos en su habitación (vagina) y en el contexto de un saludo (seno), concluyó que su relato en el tiempo tuvo múltiples inconsistencias, pues cuando por vía de impugnación de credibilidad se le puso de presente por la defensa otros sucesos abusivos que ella había narrado, manifestó que no los recordaba. La Fiscalía debió dar una explicación razonable, argumentativa y probatoria, *"frente a la incongruencia del relato a lo largo del tiempo"*.

En cuanto a la corroboración periférica, la convivencia y espacios comunes de soledad *"carecen del peso necesario para sustentar una condena"*, por lo que son indicios contingentes, pero no necesarios; no descartó la "conjetura" de que pudo haber mentido por algún motivo que no expresó.

¹ Cédula 1128.445.900

² Nacida el 18 de noviembre de 2004.

En especial, criticó al psicólogo Villa Machado ya que no expuso las reglas y método científico que empleó, solo se enunciaron "*pero no se usaron*", reconociendo que utilizó el sentido común y sana crítica respecto de la información obtenida. No consideró las inconsistencias en las narraciones de la menor en el contexto y detalle de la revelación y en las zonas de tocamiento, lo que rechaza la conclusión del perito acerca de su "*consistencia lógica*". Y en cuanto al médico legista Sierra Martin simplemente resaltó que fue testigo de oídas respecto a un altercado y la anamnesis fue empleada como fuente de impugnación de credulidad

3. Las apelaciones.

Procuran al unísono la revocatoria de la absolución y la expedición de un fallo condenatorio, sintetizando los argumentos de la siguiente forma:

3.1. Apoderada de la víctima.

Retomó lo declarado por la menor en cuanto a las dos ocasiones en que ocurrió el abuso, para defender de su exposición los valores de claridad, su miedo como causa de la no revelación inmediata y cambios en su comportamiento. Agregó, la consistencia en su narración al ratificar lo ocurrido al médico legista Eugenio Sierra Martin y al psicólogo Javier Villa Machado.

Asimismo, revalidó su corroboración por las circunstancias de soledad que tuvo con el acusado, cambios en su comportamiento, deterioro en la relación con Deibert, ausencia de interés en incriminar, y no lo es la infidelidad de su madre Yully Bibiana, según precisó.

A continuación, defendió la persistencia en la declaración de la víctima en *todas las instancias* y alegó que el paso del tiempo, 5 años, explica su olvido respecto a otros sucesos; lo importante es que es congruente con los hechos de abuso que relató. Defendió la credibilidad que se le debe conceder al testimonio de Villa Machado y apreció que es creíble la forma como reveló los hechos a su madre.

3.2. El fiscal 234 seccional.

Inicialmente encaró el argumento acerca del olvido de otros abusos, criticando que, si se trató de uno "*intencional o premeditado*", el Juez "*estaba obligado a señalarlo, argumentando y soportando probatoriamente esa afirmación*". Al respecto, no se tuvo en cuenta situaciones afines en este tipo de delitos como los traumas que generan, la reiteración de los mismos, los estragos causados, edad, procesos terapéuticos de superación o presiones, todos: "*son factores que explican por qué es razonable que una persona sometida a esta clase de vejámenes no rememore absolutamente todo lo acontecido, o se contradiga en alguno de los detalles del hecho*".

El Juez convierte erróneamente en regla de experiencia que la víctima debe recordar puntualmente todos los hechos ocurridos, con lo que cometió un falso juicio de raciocinio, y se desconoció que *“la versión provenía de una menor inmersa durante varios años, en un escenario de constante violencia al interior de lo que en su momento fue una unidad doméstica, escenario en el que, según lo afirmó ella, sucedieron los abusos”*.

Igualmente, el Juez aceptó el indicio de oportunidad, esto es, la presencia del acusado en el lugar de los hechos, pero cometió un error de hecho por falso juicio de existencia al desconocer la ausencia de interés en mentir y la persistencia en la incriminación.

No refutó la descalificación hecha a la prueba pericial, sino la poca ecuanimidad del Juez al sostener *“es sabido que a esas conclusiones se llega exclusivamente con elementos aportados por la Fiscalía, evidenciándose así que los resultados indefectiblemente están alineados con la teoría incriminadora”*. Consideró de este argumento que es un prejuicio subjetivo es *“nada saludable para el ejercicio de la controversia”*.

Para terminar, agregó que no es un criterio de credibilidad de la pericia psicológica, *“la ausencia en su experticia, de un test psicológico de credibilidad o validez, como el SVA o CBCA”*, requerimiento carente de soporte legal.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Los apelantes cuestionan la valoración probatoria empleada por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí para absolver a Ospina Zapata como autor del concurso de actos sexuales abusivos por los que fue acusado, pues estiman, en síntesis, que la declaración de M.G.O. es creíble por su persistencia “*en todas las instancias*”, se halla corroborada por peritos, no hay interés de faltar a la verdad, se configuró el indicio de oportunidad y por los efectos causados.

Para resolver el problema jurídico, inicialmente se verificará el tenor de la declaración de la menor y se introducirán las razones de refutación empleadas por los apelantes y otros adicionales que la Sala estima que están inescindiblemente vinculados con la valoración de las pruebas.

1. Contando con un poco más de 15 años, en su declaración del 3 de marzo de 2020, M.G.O.³ narró que cuando tenía 10 años y vivían juntos con su mamá y hermana en el barrio Ajizal de Itagüí, Deibert, su padrastro, la tocó dos veces con la mano por encima de la ropa. Su exposición oral fue así:

Una vez pues yo llegué de estudiar y mamá no había llegado de trabajar, aunque ella y yo llegábamos al mismo tiempo, ese día se demoró un poquito más. Y yo estaba en la casa y él llegó y me tocó la vagina y yo le dije que me respetara y él me dijo que lo perdonara que había sido un impulso.

³ A partir del minuto 31.

Y luego pasó un mes de eso y me tocó un seno, y yo le dije que si lo de la vez pasada había sido un impulso, que porqué lo volvía a hacer y él me dijo que lo perdonara que no sabía lo que estaba haciendo; y las dos veces que sucedió eso, yo me fui para la casa de una compañera de estudio, pero nunca le conté nada a nadie. Pasaron dos años cuando yo le conté a mi mamá, y ahí fue donde se separaron.

Detalló, ante pregunta del fiscal, que **la primera** vez estaba acostada en su pieza y él se sentó en una silla que había al lado de la cama y le puso la mano en la vagina, y **la segunda**, él llegó de trabajar y lo saludó, y le pasó la mano por el seno. Aclaró que no contó por miedo a que no le creyeran e insistió una y otra vez que solo fueron esas dos ocasiones y, ante impugnación de credibilidad, afirmó que no recordaba otros tocamientos.

2. No habiendo problemas en la subsunción de la conducta en el artículo 209 del Código Penal (Ley 1236 de 2008), "*actos sexuales con menor de catorce años*", al comparar la narración expuesta por la menor en el juicio con la acusación, se evidencian serias incongruencias por lo siguiente:

En la acusación el primer acto atribuido ocurrió en el 2010 (cuando tenía 10 años) y referido a tocamientos en la vagina y senos, y el segundo y "último" acaeció en las instalaciones del establecimiento comercial Frucoldex el 18 de marzo de 2017 (cuando tenía 13 años) alusivo a palpación de un seno.

En cuanto a estos dos hechos, M. declaró así en el juicio:

El primer acto ocurrió cuando tenía 10 años, tocamiento de vagina por encima de la ropa, que se ajusta más o menos a la acusación. Pero el segundo, afirmó que fue al mes siguiente y en la residencia que compartían, no expresando nada respecto a lo ocurrido en el 2017 cuando tenía 13 años, y ni siquiera se le hizo pregunta puntual al respecto. De hecho señaló que guardó silencio por un lapso de dos años.

Surge clara una primera conclusión de esta comparación: el acto alusivo al 2017, tocamiento de seno en establecimiento comercial Frucoldex, no fue probado, ya que la menor, única prueba directa, no declaró al respecto, tampoco le fue inquirido y no se deduce de su corta narración de la testigo.

Entonces, queda vigente y por examinar la acusación referida a que *"cuando ella tenía 10, es decir en 2014, que vivían en El Ajizal, fue objeto de tocamientos lascivos consistentes en palpamientos en su vagina y en sus senos"*, y que ciertamente padece un grave defecto de indeterminación ya que, fuera de afirmar que estaban solos y en la residencia de tal barrio, no se presentaron unas circunstancias de limitación, una mínima situación de vida que explique lo que rodeó el contacto. Por lo ocurrido en la imputación⁴ y medida de aseguramiento, la Fiscalía tenía en su poder toda la información para precisar las circunstancias, pero optó en informar una indebida acusación ausente de claridad. Con esa expresión, se abre la

⁴ En la audiencia del 19 de junio 2018, la fiscal 276 local presentó cuatro conductas de abuso: i) la menor estaba viendo televisión y Deibert se acercó y le tocó la vagina por encima de la ropa., ii) un mes después, Deibert llegó de trabajar y al abrazar a M.G.O, le tocó un seno; iii) en un viaje de regreso de Guarne y cuando ambos se desplazaban en una motocicleta, él le metió los dedos por dentro de la ropa y le tocó la vagina, y iv) en una oportunidad, cerró la puerta, la tiró a la cama e intentó quitarle la ropa.

compuerta para que ingrese cualquier hecho, que solo se vendría a conocer y caracterizar en el juicio, tal como ocurrió. Sólo en este instante se supo que ocurrió.

3. Con este antecedente, el Juez no le concedió el superior nivel de persuasión al testimonio de M.G. inicialmente con base en la ausencia de persistencia de la incriminación en el tiempo. Fue esta la principal razón.

Veamos lo ocurrido:

En el juicio, sesión del 3 de marzo de 2020, la menor afirmó una y otra vez que los tocamientos sexuales solo ocurrieron en dos ocasiones, tal como ya describimos. Empero, en el contrainterrogatorio, el defensor impugnó la credibilidad⁵ y le puso de presente lo que le expuso al médico legista Eugenio Sierra Marín el 19 de diciembre de 2017, capítulo RELATO DE LOS HECHOS, ingresando al juicio la siguiente narración:

MI MAMÁ EMPEZÓ A TRABAJAR EN UNA DESPULPADORA DE FRUTAS Y SALÍA POR LA MAÑANA Y LLEGABA POR LAS TARDES. ELLA SALÍA CON MI PADRASTRO, A VECES ELLA LLEGABA ANTES Y A VECES ÉL. CUANDO ÉL LLEGABA ANTES, CERRABA LA PUERTA DE LA CASA, SE IBA PARA UNA DE LAS PIEZAS Y ME LLAMABA Y ME INTENTABA TIRAR A LA CAMA Y YO ME SALÍA PARA LA CALLE. A VECES TENÍA LA PUERTA CON SEGURO, YO NO ME PODÍA VOLAR. ÉL ME TRATABA DE QUITAR LA ROPA, PERO YO NO ME DEJABA, ÉL ME TOCABA LAS PARTES ÍNTIMAS

⁵ Contrainterrogatorio a partir del minuto :00:49

(REFIERE: LA VAGINA Y LOS SENOS) POR ENCIMA DE LA ROPA. UNA VEZ ME TOCÓ LA VAGINA CON LA MANO POR DENTRO DE LA ROPA Y YO SALI CORRIENDO (...) ÉL ME DECÍA QUE ME LE ACOSTARA ENCIMA Y YO LE DECÍA QUE NO. OTRAS VECES LE DECÍA QUE LE TOCARA LAS PARTES INTIMAS DE ÉL (SE REFIERE AL PENE) Y YO LE DECÍA QUE NO. ME AMENAZABA DICHIENDO QUE SI LE CONTABA A MI MAMÁ, LE IBA A HACER DAÑO A ELLA Y A MI HERMANA. ESO FUE EL AÑO PASADO. ESO PASÓ MUCHAS VECES.

Interrogada M.G. acerca de las diferencias en sus declaraciones, simplemente afirmó que no se acordaba de que hubieran ocurrido estos otros actos.

Es evidente que se trata de historias diferentes. Inclusive en el tiempo de ocurrencia también difieren, pues en esta declaración anterior alude a que su acaecimiento fue un año antes, o sea en el 2016, y no en el 2014 como aludió en el juicio.

Los apelantes justificaron la ausencia de memoria de esos otros abusos. La apoderada de la víctima señaló que han pasado 5 años e indicó el fiscal:

Es que, ni para bien ni para mal, el juzgador hizo un examen de las probables fuentes que pudieran haber generado el olvido parcial que le reprocha a la menor o el que no haya relatado cada vez los mismos detalles; por el contrario, echó de calle que situaciones tan afines con esta modalidad de delitos, verbo y gracia: lo traumático de los sucesos, su naturaleza, la reiteración de los

mismos (que en el fallo se cita como multiplicidad de hechos), los estragos que en la víctima pueden generar, el transcurso del tiempo (los hechos ocurrieron desde 2014 a 2017, y el testimonio que se desestima en 2019), la edad de ella, o que se encuentre o haya tenido procesos terapéuticos encaminados a superar el trauma, o las presiones inherentes al escenario judicial, entre otras, son factores que explican por qué es razonable que una persona sometida a esta clase de vejámenes, no rememore absolutamente todo lo acontecido, o se contradiga en alguno de los detalles del hecho, como se pide en el fallo.

Se trata de un planteamiento general, tipo de doctrina. Nos quedamos sin saber para este caso en concreto cuál de esas variables justifica la ausencia de memoria. A qué tratamiento de superación de trauma se refiere, cuáles estragos padeció la víctima o las presiones que recibió. Es que ni siquiera M.G. fue interrogada al respecto, pues recuérdese que su madre, que era la que podría describir su situación de vida, antes y después, no declaró. Esos enunciados son todos especulativos y diferente a lo planteado en los recursos, era a la Fiscalía a la que le correspondía suministrarnos una explicación razonable y probada acerca de ese repentino olvido, que es esencial y principal.

Se trata de una joven que para el momento de su declaración tenía 15 años y era estudiante de secundaria de décimo grado, y con el perito de la Fiscalía, Villa Machado, se aludió a una joven con capacidad de expresarse con coherencia.

Además, en diciembre de 2017 (examen médico forense) recordó lo ocurrido y en julio de 2018 (entrevista psicológica), también. Entonces, esa ausencia de capacidad para recordar no se evidencia y de su edad nada lo indica. Entonces, carece de convicción aquello que para la sesión en el juicio de marzo de 2020 ya toda esa otra historia la pudo haber olvidado.

Lo que no reparan los apelantes es que lo que se perdió en su memoria no fueron unos hechos baladís o insignificantes, no fueron detalles accesorios ubicados en un nivel circunstancial mínimo. Detállese que lo que dice haber olvidado, fueron los actos de mayor envergadura y gravedad, que fueron expuestos en la imputación, y lo verosímil de ellos es que se afinquen en su memoria, como eran los intentos de quitada de sus prendas de ropa o de subidas a su cuerpo, solicitud de tocamiento de pene, palpación de vagina por debajo de la ropa, sus escapadas corriendo o amenazas del acusado.

Realmente el Juez no elaboró una regla de experiencia, que propone el fiscal como error en el raciocinio. Simplemente, al olvidar lo principal, puso de relieve un grave cambio de versión, que también esta Sala encuentra, y ello afecta la persuasión y constancia, valor de la sana crítica, pues si el testigo está diciendo la verdad, esta se conserva en el tiempo. Desde antaño se ha dicho que: *“El testigo que percibió la verdad y quiere declararla, no cambia su versión en las declaraciones posteriores, ya que la verdad es siempre una misma; en cambio, cuando miente, es natural que varíe su*

dicho, puesto que la mentira se deja guiar por la imaginación y esta es variable por naturaleza”⁶.

No genera credibilidad una víctima que escoge a su arbitrio los hechos abusivos: unos fueron los que conformaron la imputación, medida de aseguramiento y declaraciones ante los peritos, y otros los expuestos en el juicio, los que se encargó de encubrirlos con una inexplicable falta de memoria.

No es correcta la tesis de los apelantes acerca de la persistencia visible *en todas las instancias*, y si se quiere traer a colación las anamnesis, se reitera que en las mismas la menor contó una historia diferente.

4. Los apelantes han destacado al unísono la ausencia de interés de faltar a la verdad de la menor, arista ciertamente relevante porque los actos de los seres humanos, en tanto que racionales, están precedidos de un motivo o causa que los impulsa y los dota de significado.

Este tópico no se observa que sea tan pacífico. El fiscal solo hizo comparecer a M.G. y los otros familiares, que podían introducir un contexto de la historia de familia, principal para el análisis de este tipo de casos, renunciaron a deponer o no se encontraron.

⁶ Framarino dei Malatesta. Lógica de las pruebas en materia criminal, Bogotá, Temis, 1.973, V. 2, P. 107 y 108.

La menor narró que la relaciones eran muy buenas, hasta que hizo la revelación. Preciso que después de dos años, el acusado la regañaba y ella le contestaba muy grosera, y al indagar su madre acerca de su comportamiento, porque esa reacción no había ocurrido, ya ella le contó. Se iniciaron entonces los trámites de separación y contó que él llegó una vez quebró todas las cosas, llegó la policía y lo detuvo. Hay concatenación de actos y espontaneidad.

Empero, la defensa planteó una hipótesis fáctica por lo menos habría que admitir como posible, si se tiene en cuenta que la Fiscalía no propuso una prueba de refutación, por los vacíos en que incurrió.

Angie Paola Mejía Serna (vecina amiga de la pareja) expuso que en el 2016 ellos tuvieron un altercado porque Viviana Ossa estaba teniendo una relación con otras personas y llegó Deibert y dañó algunas cosas de la casa. Brandon Esneider Pulgarin Zapata expuso que su hermano sorprendió a su esposa con un amante y destruyó todo, procediendo a la separación y cargar con las demandas de violencia intrafamiliar, daño en bien ajeno y este caso sexual. Y Luz Eida del Socorro Zapata adveró que convivieron hasta el 2017 cuando su hijo descubrió una infidelidad y él enfurecido destruyó las cosas del hogar.

De hecho, el fiscal apelante también entiende que había un contexto diferente, ya que se trataba, dijo: *“que la versión provenía de una menor inmersa durante varios años, en un escenario de constante violencia al interior de lo que en su*

momento fue una unidad doméstica, escenario en el que, según lo afirmó ella, sucedieron los abusos"

Entonces, no es unívoca y recta la afirmación de M.G. acerca de que fue por su revelación que se originó la separación, pues otra causa, por lo menos posible y no descartable, la pudo explicar, y sin parar mientes que el médico legista Eugenio Sierra Martin declaró que una de las informaciones que recibió fue que la revelación pudo ocurrir de otra forma diferente a la narrada por M.G. y por vía de la intervención de profesores del colegio donde estudiaba.

Cuando se manipula la historia de abuso con inexplicables olvidos, se introducen tiempos diferentes acerca de su acaecimiento, se adjuntan indebidas indeterminaciones acerca de la forma de su ocurrencia y se dejan vigentes hipótesis diferentes alusivas a un contexto de confrontación familiar, no queda otro camino que admitir una duda razonable acerca de la idoneidad moral de M.G.O.

5. Respecto a otro argumento de los apelantes, el Juez no le concedió credibilidad a la pericia de Villa Machado del 6 de mayo de 2018 por las siguientes razones: no ilustró las leyes científicas que rigieron su estudio y grado de aceptación, no se usaron test psicológicos de credibilidad o validez como el SVA y CBCA, omitió el estudio de las versiones variadas suministradas por la niña, solamente revisó información de la Fiscalía, fue parcializado y *"los resultados están alineados con la teoría inculpativa"*.

La apoderada de la víctima defendió las conclusiones del perito, así:

El *a quo*, no analiza íntegramente el testimonio del Psicólogo JAVIER VILLA MACHADO, quien lleva trabajando en medicina legal desde 1990 y que su labor cotidiana es elaborar informes y hacer evaluaciones de psicología y salud mental y quien en particular, y sobre los hechos que nos convocan señala que durante la entrevista se evalúa el funcionamiento mental, la conducta verbal y no verbal, su consciencia y orientación, juicio y raciocinio, si la prospección es positiva o negativa y después de escuchar el relato de la menor, el 6 de julio de 2018, encuentra que el relato es coherente, consistente en relación con lo que la madre cuenta, que observa detalles con parámetros de tiempo, modo y lugar que indican que no es fantasioso y por tanto no es una narración inventada.

El delegado de la fiscalía, fuera de criticar por subjetivo y prejuicioso un argumento del Juez, acotó, en otro ángulo:

A esto se agrega que otro de los motivos que el juzgador tuvo en cuenta para desconocer la opinión del experto sicólogo, fue la ausencia en su experticia, de un test psicológico de credibilidad o validez, como el SVA o CBCA, lo cual implica una exigencia carente de soporte legal, pues es claro que ni la ley de procedimiento la regula, ni se le tiene como criterio para la credibilidad de un perito, ni tales pruebas tienen un soporte científico reconocido o demostrado.

Veamos inicialmente el contenido de la exposición:

- Que es psicólogo con magister en ciencias sociales y trabaja en el instituto de Medicina Legal desde 1990, ha recibido capacitación en el tema de abuso sexual y ejerce la docencia.
- Como pasos de su intervención expuso que se estudia la solicitud y el material investigativo, se obtiene el consentimiento informado, se realiza entrevista a solas con el menor y complementaria con la acompañante. Que se escucha, se observa su desempeño, orientación, juicio, raciocinio y prospección.
- Que una vez oído el relato sobre el abuso del padrastro desde los 10 años, concluyó (hora 1:16:14) *“que tenía consistencia interna en el sentido de que no hay contradicciones evidentes en lo que la niña relató al investigador judicial que me parece que es el relato que se debe tener en cuenta porque es la primera declaración ante una persona especializada”*. Que no vio indicios de que fuera inventada o sugerida su narración.
- Halló consistencia intertextual con la madre y el reconocimiento médico legal, ubicación contextual en el tiempo, lugar y circunstancias claras, ya que describió interacciones, intercambios de palabras, circunstancias específicas y no observó interés de perjudicar.
- En cuanto al protocolo explicó en el contrainterrogatorio que se trata de procedimientos validados por la comunidad científica y pares académicos, que es una entrevista semiestructurada, se realiza una observación

clínica para salud mental y se auscultó otras fuentes de información, para su "triangulación".

- Es una valoración cualitativa y no cuantitativa, en tanto que no se trata de una prueba psicométrica. Opera el sentido común y la sana crítica, es de probabilidad y orientación y requiere de una prueba de confirmación, que sería la valoración de todo el acervo probatorio.

Es cierto que se equivoca el Juez al exigir pruebas psicologías adicionales para concederle plena persuasión, como bien lo apuntaló el fiscal, pero más allá de esto, concluimos que este medio de prueba no corrobora la incriminación, pero por estas razones:

Primero, el mismo psicólogo ubicó la naturaleza de su pericia, al descartar su carácter científico y no identificó los protocolos que rigen su pericia, que utilizó pese a que insistió que existían. En esta constatación acierta el Juez.

Expuso que su dictamen consistió en una opinión fundada en el *sentido común y la sana crítica* y que arroja conclusiones de *probabilidad y orientación* y, anotó, para rematar, que requiere de *una prueba de confirmación*, que sería la valoración de todo el acervo probatorio.

La insuficiencia y precariedad la planteó el mismo perito.

Segundo, su opinión fue expresada acorde con una información obtenida para diciembre de 2018. Era lo que

había para ese momento, fundada en la información recopilada por la Fiscalía para impulsar la imputación y acusación, y como no consideró lo sucedido en el juicio, particularmente el extraño olvido de la testigo, ni las pruebas de la defensa, esta radical carencia impide concederle alguna persuasión.

Tercero, también debe considerarse las deficiencias en el interrogatorio del perito. Esa triangulación de la información, que dijo el psicólogo fue la fuente de su conclusión, no fue expuesta en su declaración en el juicio y, en todo caso, nos parece que indebidamente, el Juez optó por encarar el resumen de las entrevistas que se hallan en el informe pericial. Repárese que de esa triangulación nada quedó en el juicio, pues la menor cambió su versión y su madre optó por no declarar, por lo que aquello que sostuvo el profesional acerca de que su concepto debía confirmarse, va a tener para este caso una respuesta negativa.

En conclusión, es una opinión expuesta del 2018 que carece de idoneidad probatoria para apoyar la incriminación de la menor.

6. Los otros argumentos no son suficientes: **i)** el indicio de oportunidad solo plantea la posibilidad de que el delito posiblemente se pudo haber realizado acorde con unas condiciones físicas que lo podían permitir, pero la inferencia no arroja conclusiones necesarias; puede ser, de ahí lo

circunstancial, como anotaba el autor clásico Pietro Ellero⁷ “*más o menos especial, más o menos próximo y más o menos fuerte*”; **ii)** nada se probó acerca del cambio en el comportamiento de M.G., o efectos psicológicos que pudieron haber surgido, y ni siquiera fue interrogada al respecto, y **iii)** los otros testigos de la Fiscalía no corroboraron la incriminación, como lo fueron **Jovany Granada Berrío**, técnico profesional al servicio de la policía y quien intervino en la fijación fotográfica del sitio de los hechos, tópico que nadie discute, y el médico legista **Eugenio Sierra Martin** expuso en general acerca de la ausencia de rastros en el cuerpo, carente de importancia pues la menor relató unas palpaciones leves y breves ocurridas años anteriores.

7. En conclusión, respecto al hecho del 18 de marzo de 2017 no se presentó ninguna prueba y en cuanto al sucedido en el 2010, el principio del *in dubio pro reo* permite conservar la absolución declarada por el Juez de instancia, sentencia estudiada acorde con los argumentos de los apelantes y otros punto de vista que la Sala añadió.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

⁷ De la certidumbre en los juicios criminales. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1953. p. 106.

FALLA

Confirma la sentencia apelada e informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia virtual para su notificación en estrados.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN