

Sentencia C-177/14

ENTREVISTA FORENSE REALIZADA A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES-Material probatorio que no vulnera los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción, ni el acceso efectivo a la administración de justicia, en aplicación del interés superior del menor y del principio pro infans

ENTREVISTA Y TESTIMONIO EN PROCESOS PENALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES-Contenido y alcance

ENTREVISTA FORENSE REALIZADA A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES-Participación obligatoria en estas entrevistas de psicólogos, profesionales en desarrollo familiar, trabajadores sociales y profesionales afines

ENTREVISTA FORENSE REALIZADA A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES-Integración normativa

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Jurisprudencia constitucional/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Carácter excepcional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto de violación/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Presupuestos para su presentación en aplicación del principio pro actione

La Corte ha explicado que en aplicación del principio pro actione, la exigencia de los presupuestos para la presentación de una demanda, (i) no debe tener tal rigorismo que haga nugatorio ese derecho ciudadano, (ii) debiendo propender el juez constitucional hacia

un fallo de fondo y no uno inhibitorio; por ende, (iii) la duda debe resolverse a favor del actor. Al respecto, en el fallo C-978 de diciembre 1º de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, se indicó (no está en negrilla en el texto original): “No obstante, también ha resaltado, con base en el principio pro actione que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado; en tal medida, ‘el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo”.

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA SU LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES-Lineamientos jurisprudenciales

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA SU LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES-Instrumentos internacionales/PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Reconocimiento en el derecho internacional/DERECHOS E INTERESES DE LOS NIÑOS VICTIMAS-Medidas para su protección en todas las fases del proceso penal en el derecho internacional

INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTE DELITOS CONTRA SU LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES DENTRO DEL PROCESO PENAL-Contenido y alcance/PAPEL DE LAS VICTIMAS EN EL PROCESO PENAL-Jurisprudencia constitucional

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS-Jurisprudencia constitucional/DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS-Principios y preceptos constitucionales

PROTECCION REFORZADA A LOS MENORES DE EDAD-Jurisprudencia constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

DELITOS EN LOS CUALES SON VICTIMAS LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES-Criterios para el desarrollo del proceso judicial que deben ser tenidos en cuenta por la autoridad judicial

BENEFICIOS PUNITIVOS EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO PRO INFANS-Aplicación y alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Modula garantías como la defensa, la inmediación y la contradicción dentro del proceso penal/PRINCIPIO DE CONCENTRACION E INMEDIACION DE LA PRUEBA-Naturaleza y alcance en el ámbito del sistema acusatorio/PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA-Jurisprudencia constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y APLICACION DEL PRINCIPIO PRO INFANS-Ponderación frente a otras garantías de los intervinientes

ENTREVISTA FORENSE A MENORES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Fundamento de las labores de instrucción e indagación

ENTREVISTA, INTERROGATORIO O CONTRAINTERROGATORIO A MENORES DE EDAD-Práctica por psicólogos, atendiendo los preponderantes derechos fundamentales que están en juego y la necesidad de no revictimizarlos

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia y la adolescencia

ENTREVISTA FORENSE REALIZADA A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES-Parámetros contenidos en los artículos 1 y 2 de la ley 1652 de 2013

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites explícitos o implícitos que se aplican tanto en el derecho sustancial como al procesal, atendiendo la marcada constitucionalización de esa rama del derecho/DERECHOS FUNDAMENTALES-Orientan y determinan el alcance del derecho penal

ENTREVISTA, INTERROGATORIO O CONTRAINTERROGATORIO A MENORES DE EDAD-
Desarrollo en un ámbito de respeto y dignidad, donde el entrevistador constata el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños

ENTREVISTA, INTERROGATORIO O CONTRAINTERROGATORIO A MENORES DE EDAD-
Acompañamiento de pariente mayor de edad

ENTREVISTA, INTERROGATORIO O CONTRAINTERROGATORIO A MENORES DE EDAD-Deberes
del Defensor de Familia para garantizar la intimidad y la dignidad de la víctima

ENTREVISTA FORENSE COMO PRUEBA DE REFERENCIA-No desconoce los derechos de
defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia/PRUEBA DE
REFERENCIA-Definición/PRUEBA DE REFERENCIA-Carácter excepcional/PRUEBA DE
REFERENCIA-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia/PRUEBA DE REFERENCIA-
Aunque sea admitida excepcionalmente, su valor y aporte para esclarecer los hechos y
definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre
en otros medios de prueba

La jurisprudencia ha expresado que la denominada prueba de referencia tiene un carácter
excepcional, en tanto el sistema acusatorio procura que la totalidad de las pruebas sean
directas y colectadas en el juicio oral, para materializar principios como la inmediación y la
concentración de la prueba, ampliamente analizados en esta providencia. En efecto, la
Corte Constitucional ha explicado que la prueba de referencia “representa una delicada
excepción a la regla general” de la inmediación de la prueba, al tiempo que “dificulta
intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de
concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven
los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo”. Para tal
efecto, esta corporación recordó lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte
Suprema de Justicia en fallo de marzo 6 de 2008 (rad. 27.477), M. P. Augusto J. Ibáñez
Guzmán, donde se explicó que la prueba de referencia tiene cabida solo excepcionalmente
en aquellos eventos en los cuales no haya una plena disposición del declarante por ciertos
motivos que son insuperables, atendiendo casos de extrema necesidad, para que no se
convierta en la regla general y así se evite confrontar realmente a los testigos. La Corte

Constitucional en la sentencia C-144 de 2010 explicó que aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 L. 906/04).

Referencia: expedientes D-9830 y D-9841, acumulados.

Demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 1º y algunos segmentos del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 (“Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”).

Demandantes: Darío Garzón Garzón (D-9830) y Antoine Joseph Stepanian Santoyo (D-9841).

Magistrado ponente:

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución, los ciudadanos Darío Garzón Garzón y Antoine Joseph Stepanian Santoyo demandaron, por separado (expedientes D-9830 y D-9841 respectivamente), el primero el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 y el segundo el artículo 1º y algunas expresiones del artículo 2º ibídem[1].

Mediante auto de agosto 28 de 2013, el Magistrado sustanciador admitió las demandas y dispuso que se fijara en lista el presente proceso y se diera traslado al Procurador General

de la Nación para que rindiese su concepto; así mismo, ordenó comunicar la iniciación del asunto a los señores Presidentes de la República y del Congreso, al Ministro de Justicia y del Derecho y al Director del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social.

Se invitó además a los Presidentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Penales y únicas de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, al Fiscal General de la Nación, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, a la Federación Nacional de Colegios de Jueces y Fiscales y a los Colegios de Jueces y Fiscales de Antioquia, Atlántico, Bolívar, Bogotá, Bucaramanga, Cali, César, Cundinamarca, Huila, Magdalena, Nariño y Putumayo, Quindío, San Gil y Tolima y a las facultades de derecho en Bogotá de las Universidades Nacional de Colombia, Javeriana, Santo Tomás, Externado de Colombia, del Rosario, Sergio Arboleda, Libre, de los Andes y Católica de Colombia, al igual que de Antioquia, del Norte, de Ibagué e Industrial de Santander, con el objeto de que, si lo estimaban pertinente, conceptuaran sobre la exequibilidad de las normas demandadas.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, la Corte procede a decidir acerca de las demandas en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas demandadas, resaltando los apartes acusados.

“LEY 1652 DE 2013

(julio 12)

Diario Oficial No. 48.849 de 12 de julio de 2013

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo:

También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.

ARTÍCULO 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así:

Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1º del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) (sic) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia.

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en

entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

e) (sic) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

f) (sic) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este Código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

PARÁGRAFO 1º. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

PARÁGRAFO 2º Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

ARTÍCULO 3º. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor:

e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

... ..”

III. LAS DEMANDAS.

3.1. El ciudadano Antoine Joseph Stepanian Santoyo (expediente D-9841) afirmó que el artículo 1º y algunos segmentos del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 desconocen los artículos 13, 29 inciso 3º y 229 de la Constitución, 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En síntesis, planteó que se desconoce: (i) la igualdad de aquellas personas mayores de edad víctimas de delitos sexuales, cuyo testimonio sí debe recibirse en el juicio oral, sin importar si tienen o no la madurez mental y psicológica para asumir tal rol en esa clase de delitos; (ii) el derecho de defensa material y técnica integrante del debido proceso, al obstaculizarse la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas existentes en contra del individuo sujeto a un proceso penal; y (iii) principios integrantes del debido proceso en materia penal y probatoria, como la inmediación y la contradicción, al permitir que se incorporen pruebas en una etapa distinta al juicio, afectando con ello el acceso efectivo y sin restricciones a la administración de justicia.

3.2. Tratándose del artículo 1º de la Ley 1652 de 2013[2], acorde con el cual tiene el carácter de material probatorio la entrevista forense realizada a los niños, niñas y/o adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual y demás casos establecidos en el artículo 2º ibídem[3], el actor indicó que desconoce el principio de inmediación que gobierna el sistema penal acusatorio, según el cual sólo son medios de prueba los practicados en el juicio oral, afectando así el debido proceso y la defensa.

3.3. Con relación al artículo segundo parcialmente demandado, censuró que la referida entrevista sea “realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes”, no sea practicada por un psicólogo forense sino por cualquier funcionario, al tiempo que desconoce el derecho de contradicción de la defensa al impedirle conocer y controvertir tal actuación.

Agregó que el acopio probatorio en el sistema acusatorio se efectúa en audiencia, incluida la prueba anticipada, para garantizar la inmediación del juez y el derecho de contradicción

de las partes, consagrado en el artículo 29 superior y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.4. Manifestó además que desconocen el derecho de defensa y de contradicción y, por ende, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia:

(i) la parte final del literal d) (sic) del artículo 2º de la Ley 1652, al establecer que la víctima “podrá” asistir a la entrevista forense en compañía de su representante legal o un pariente mayor de edad.

(iii) el literal f) (sic) ibídem, al establecer que el profesional entrenado para realizar la entrevista forense y para rendir el primer informe “podrá” ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

(iv) el párrafo 1º ibídem, al referir que “la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario”.

(v) el párrafo 2º, según el cual durante la etapa de indagación e investigación, el menor “será entrevistado preferiblemente por una sola vez” y que “De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista”.

Al respecto, reiteró que las citadas expresiones contenidas en el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 conculcan el derecho de defensa y de contradicción, cuya garantía está contenida en el artículo 29 de la Constitución, acorde con el cual el investigado, indiciado o imputado tiene la posibilidad, entre otros aspectos, de conocer, solicitar y controvertir las pruebas y contar con el tiempo necesario para ejercer su defensa tanto material como técnica.

Explicó que, en detrimento de las referidas garantías, permitir que las entrevistas a las víctimas en los casos reseñados sean elementos materiales probatorios cercena la posibilidad de controvertirla hasta tanto no sea allegada ante el juez de conocimiento, excluyendo incluso la posibilidad de solicitar nuevas entrevistas o valoraciones al ofendido.

3.5. De otro lado, el ciudadano Darío Garzón Garzón (expediente D-9830) impugnó únicamente la constitucionalidad del párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, al considerar que desconoce el inciso 4º del artículo 250 superior que impone a la Fiscalía la

obligación constitucional de efectuar el descubrimiento probatorio de los elementos e información de que tenga noticia, en el evento de presentar escrito de acusación, y con ello el derecho de la defensa a contar con una verdadera “igualdad de armas” frente al acusador.

Explica que la Constitución impone a la Fiscalía el deber de efectuar dicho descubrimiento sin ningún tipo de condicionamiento, en tanto el parágrafo del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 demandado, establece que a las entrevistas de menores víctimas de delitos sexuales, catalogadas como material probatorio “cuando en realidad de verdad son información obtenida”, se accederá siempre que sea estrictamente necesario y no se afecten los derechos de la víctima menor de edad, rompiendo el principio de igualdad de armas.

En síntesis, el actor expuso que el parágrafo demandado permite a la Fiscalía, cuando no considere estrictamente necesario efectuar tal descubrimiento, acudir al proceso sin que la defensa tenga conocimiento de la entrevista forense practicada a los niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, conculcando la igualdad que debe mediar entre defensa y Fiscalía en el proceso adversarial que caracteriza al sistema procesal penal colombiano.

IV. INTERVENCIONES.

4.1. Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá.

El Director del Departamento de Derecho Penal de dicha Universidad solicitó a esta corporación declararse inhibida de resolver las respectivas demandas, pues en su sentir no reúnen los presupuestos necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo. Con todo, subsidiariamente planteó que los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013 deben ser declarados inexecutable.

El interviniente indicó que las demandas adolecen de falta de suficiencia para enervar el debate constitucional, habida cuenta que no exponen de forma razonada y congruente el concepto de violación de la carta política.

Con todo, expresó que los tres artículos iniciales de la Ley 1652 de 2013, que constituyen

un todo inescindible, establecen un procedimiento especial, que desconoce principios de raigambre constitucional que regulan la acción penal como la igualdad, la inmediación, el debido proceso y el derecho de defensa.

Explicó que el procedimiento establecido para efectuar la entrevista de los menores de edad conlleva la intervención del CTI de la Fiscalía y no del Instituto Nacional de Medicina Legal, como es la regla general, al tiempo que la víctima menor de edad no concurre al proceso, impidiendo la inmediación del juez y el ejercicio de la defensa mediante contrainterrogatorio.

Así mismo, señaló que la igualdad se afecta desde dos ámbitos. En primer lugar, fueron creados probatoriamente dos tipos de procedimientos, según el tipo de conducta punible investigada. De un lado, los menores de edad víctimas de delitos sexuales que no deben concurrir al juicio oral y en los demás supuestos, sobre otras conductas, los menores sí deben hacerlo.

En segundo lugar, en su sentir, se quebranta la igualdad de armas que debe predicarse entre la Fiscalía y la defensa, permitiéndose la “prueba secreta”, al impedir el descubrimiento probatorio propio del sistema penal acusatorio, sujetándolo al criterio de necesidad, truncando así el adecuado ejercicio del derecho a conocer, solicitar y controvertir las pruebas.

El interviniente solicitó además a esta corporación declarar inexecutable el artículo 3º de la Ley 1652 de 2013, en ejercicio del control integral que le es propio, atendiendo que forma parte inescindible del articulado demandado, al establecer un nuevo presupuesto para las pruebas de referencia, que desconoce la Constitución en los términos por él planteados.

4.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF planteó que la Corte Constitucional debe declarar executable los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013, pero condicionando la executibilidad de la expresión “personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes”, contenida en el literal d) (sic) del artículo 2º, que adicionó el 206A a la Ley 906 de 2004.

Sostiene que las normas demandadas no desconocen el principio de igualdad, como tampoco los derechos al debido proceso y a la defensa, pues tratándose de niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, deben recibir un tratamiento diferenciado que garantice el interés superior del menor consagrado en el artículo 44 superior y demás normas concordantes, sin que ello implique afectar el derecho a controvertir las pruebas, pues tal actividad puede efectuarse durante el juicio, debatiendo incluso el informe rendido por el profesional encargado de efectuar la entrevista al menor.

Con todo, expuso que la expresión “personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes”, también demandada (lit. d -sic- art. 2º), conlleva una omisión legislativa, pues no se especificaron los requisitos que deben cumplir esas personas; por lo tanto, debe ser condicionada, estableciendo que quien realice dichas entrevistas sea “personal idóneo capacitado para rendir informe sobre el comportamiento humano, el nivel de desarrollo lingüístico, cognoscitivo y emocional, de manera que no puede ser otro, sino un profesional en psicología especialista en entrevista forense”.

4.3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Una de las integrantes de dicho Instituto indicó en primer lugar, que debe declararse inexecutable la expresión “personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes”, contenida en el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, pues desconoce el interés superior del menor, al no tener en consideración la formación que deben tener las personas que efectúen entrevistas o interrogatorios a menores de edad víctimas de delitos sexuales.

En todo lo demás, señaló que las demandas no están llamadas a prosperar pues el artículo 1º y las demás expresiones impugnadas del artículo 2º ibídem no impiden el ejercicio del derecho de contradicción, ya que los medios cognoscitivos existentes durante la indagación e investigación pueden controvertirse en el juicio, siendo posible que, previendo la revictimización, el perjudicado pueda acudir en esa etapa, si resulta estrictamente necesario.

4.4. Ministerio de Justicia y del Derecho.

Mediante apoderada, dicho Ministerio pidió declarar exequibles las normas demandadas, pues se ajustan a la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Afirmó que las normas demandadas no desconocen la igualdad, habida cuenta que prevalece el interés superior de los menores de edad víctimas de esos oprobiosos comportamientos, quienes son sujetos de especial protección al no tener la madurez física y mental para afrontar un proceso penal diseñado para los adultos, evitando así someterlos a un nuevo daño psicológico.

Expresó que el acceso a la administración de justicia y los principios que gobiernan el sistema acusatorio, entre ellos la contradicción, se mantienen incólumes como quiera que la defensa podrá controvertir la entrevista realizada en la indagación preliminar, la cual no estima como medio probatorio per se, mediante pruebas practicadas en la audiencia del juicio oral.

4.5. Pontificia Universidad Javeriana.

La Directora del Grupo de Acciones Públicas -GAPUJ- de la Facultad de Ciencias Jurídicas de dicha Universidad, solicitó declarar exequible las normas demandadas, como quiera que no desconocen la igualdad, el debido proceso ni el acceso a la administración de justicia; por el contrario, establecen un trato diferenciado para salvaguardar la protección especial y reforzada que la Constitución le brinda a los menores de edad.

La interviniente manifestó que no se desconoce el derecho a la igualdad, ni garantías integrantes del debido proceso como el derecho de defensa, la contradicción y la inmediación, en tanto las normas impugnadas persiguen como fin constitucional otorgar una mayor protección a los menores de edad, frente a otros grupos poblacionales, otorgándoles un trato preferente.

4.6. Intervención ciudadana.

4.6.1. Los ciudadanos Natalia Stefanía Rodas Pinilla, Cindy Natali Abril Mora, Laura Alejandra Aranguren Turmequé, Ana María Arango González y Jairo Poveda Penagos coadyuvaron la pretensión de inexequibilidad del parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013

(expediente D-9830), señalando que genera inseguridad jurídica y contraría la Constitución, al romper la igualdad de armas que debe existir entre la Fiscalía y la defensa.

4.6.2. De otro lado, los ciudadanos Edith Catalina García Wilches, Marisol Céspedes Quevedo, Magdalena Ruiz Infante, Diana Londoño Ospina y Mayra Alejandro Guarín Cubillos solicitaron declarar exequible la referida norma demandada, invocando como prevalente el interés superior del menor.

4.7. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia.

El Decano de la referida Facultad solicitó declarar exequibles las normas demandadas pues, acorde con la carta política, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la jurisprudencia de esta corporación y el principio pro infans, materializado en el Código de la Infancia y la Adolescencia (arts. 9º y 193 L. 1098/06), en las actuaciones judiciales prevalece el interés superior de los menores de edad, para no generarles mayores daños.

Planteó que el conjunto de normas demandadas liberan al menor de edad, víctima de un delito sexual, de testificar frente al agresor, evitando así su revictimización, constituyendo la entrevista forense en un “elemento probatorio vital para el esclarecimiento de los hechos”, ajustándose su práctica establecida en la Ley 1652 de 2013 al interés superior del niño.

Agregó que no se desconoce el derecho a la contradicción, en tanto el sistema acusatorio está diseñado para que todas las pruebas allegadas por la Fiscalía General de la Nación, la defensa o cualquiera de los intervinientes, sean controvertidas en el momento oportuno, luego del descubrimiento respectivo, todo ello bajo el estricto control de legalidad que le corresponde al juez.

4.8. Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Una docente y el Coordinador del Grupo de Acciones de Interés Público del Consultorio Jurídico de esa Facultad solicitaron a la Corte Constitucional declarar inexecutable el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, por resultar contrario a la igualdad de armas, propia del sistema acusatorio.

Explicaron que aunque en el proceso penal se debe reconocer el interés superior del menor de edad, máxime si son víctimas de conductas sexuales, el trato diferenciado que les es propio debe acompañarse con las garantías de otros intervinientes, salvaguardando su derecho a conocer las pruebas para ejercer la debida contradicción, integrante del derecho a un juicio justo.

Indicaron que la norma demandada establece una falacia, al considerar la entrevista forense como un elemento material probatorio, que desconoce el debido proceso, la igualdad de armas y la inmediación, pues las pruebas serán aquellas que se presenten durante el juicio oral y con el conocimiento previo de las partes, para puedan ejercer su derecho de contradicción.

Todo lo anterior, agregaron, sin desconocer que los menores de edad merecen trato especial en materia procesal para la presentación de las pruebas, en tanto se requieren mecanismos que velen por su dignidad humana y por el trato preferencial al cual tienen derecho, sin afectar el debido proceso de cada parte.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

En concepto 5653 de octubre 17 de 2013, el señor Procurador General de la Nación solicitó a esta Corte declarar exequibles los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013, al considerar que no contrarían la Constitución.

En primer lugar, la vista fiscal señaló que las normas demandadas no contrarían el derecho a la igualdad, habida cuenta que no todo trato diferenciado constituye discriminación, siempre que se fundamente en criterios razonables y objetivos, como en el presente evento, bajo los parámetros del interés superior del niño, permitiendo que la entrevista se efectúe en un momento procesal distinto, tratándose de una víctima de delitos sexuales, precaviendo someterlo al ejercicio del interrogatorio.

Seguidamente, tratándose del presunto desconocimiento del derecho a la defensa y a la contradicción, planteó que no existe un real conflicto entre esas garantías y los derechos del menor de edad, en tanto la defensa no puede conllevar la realización de preguntas y contra preguntas a la víctima para pedirle describir en detalle un comportamiento al cual fue sometido; permitir lo contrario no implicaría “el ejercicio válido y razonable del derecho

a la defensa y la contradicción”, sino un quebrantamiento grave de sus derechos.

Con todo, agregó que aceptando la necesidad de efectuar un test de proporcionalidad, las medidas demandadas resultan razonables, máxime cuando acorde con el principio pro infans, el interés superior del niño tiene “unas implicaciones interpretativas insoslayables para verificar si una medida es proporcional o no”, debiendo siempre tomar la decisión que resulte más favorable para los intereses de los menores de edad.

Manifestó que las normas demandadas superan claramente un análisis desde la perspectiva de la proporcionalidad, así:

“... el objetivo que persigue la excepción introducida por la norma impugnada es constitucional porque pretende la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de algún delito contra su integridad sexual.

En segundo lugar, el medio elegido por el legislador es eficaz, en la medida en que, establecer que (i) la entrevista sólo se desarrollará si es estrictamente necesario[4]; (ii) la entrevista debe realizarla un profesional entrenado específicamente en entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes en un espacio físico adecuado a la ‘edad y etapa evolutiva de la víctima’; (iii) debe presentarse un informe detallado de la misma; (iv) debe quedar un registro de la entrevista; (v) se deben revisar las preguntas de la entrevista de manera previa por el Defensor de Familia; y (vi) en lo posible debe realizarse una sola entrevista; protege adecuadamente el derecho a la integridad personal de los menores de edad que presuntamente han sido víctimas de los delitos descritos en el artículo 2º de la norma acusada. Adicionalmente, el medio elegido es el más eficiente en términos del posible ‘sacrificio’ del derecho a la defensa y a la contradicción del procesado, en tanto que éste tiene la posibilidad de controvertir la entrevista en el juicio oral, tal y como se señaló más atrás.

Finalmente la medida es proporcional. Así, el ‘beneficio’ obtenido con la misma de cara a los derechos del menor de edad es alto, porque evitar que ‘reviva’ la impresionante experiencia que supone haber sido víctima de un delito contra su integridad sexual gracias al acompañamiento de una persona especializada, en un lugar adecuado y con el control del Defensor de Familia, implica una menor probabilidad de que su salud psicológica o mental se afecte con la misma intensidad que si se realiza un testimonio en un juicio oral.

Por su parte, la afectación al 'derecho' a la defensa y a la contradicción no es alta puesto que el procesado cuenta con estrategias de defensa que puede implementar en el juicio oral, como interrogar al funcionario que realizó la entrevista y, por esa vía, impugnar el informe o la forma en la que se realizó la entrevista[5]."

De ese modo, concluyó que las normas demandadas se ajustan a la Constitución, como quiera que desarrollan adecuadamente el interés superior del menor de edad, al tiempo que permiten el ejercicio razonable del derecho a la defensa y a la contradicción del procesado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1.- Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 superior, la Corte es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes, tanto por vicios de contenido material o de fondo, como por aquellos procedimentales suscitados en su formación, siendo esta acción fruto de la acusación contra algunos segmentos de la Ley 1652 de 2013.

2.- Lo que se debate e integración normativa.

2.1. Según el ciudadano Antoine Joseph Stepanian Santoyo y uno de los intervinientes[6], los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013 son inexecutable, porque desconocen los derechos y principios de igualdad, debido proceso, defensa, intermediación, contradicción y acceso a la administración de justicia, en síntesis, al pretermitir la posibilidad de controvertir la entrevista forense que se realiza a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

De otro lado, el ciudadano Darío Garzón Garzón y algunos otros intervinientes[7], solicitaron declarar inexecutable el párrafo 1º del artículo 2º ibídem, por contrariar el principio de igualdad de armas que debe existir entre la Fiscalía y la defensa, al pretermitir la obligación del ente acusador de efectuar el debido descubrimiento probatorio a la contraparte.

Por su parte, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal planteó que permitir que la entrevista forense sea efectuada por personal del CTI entrenado para tal efecto[8], conculca

los derechos del menor. A su vez, el ICBF solicitó condicionar la exequibilidad de la respectiva preceptiva, en el entendido de que tal diligencia deberá efectuarla un profesional en psicología.

En todo lo demás, los restantes intervinientes[9] y el Procurador General de la Nación[10] expresaron que las normas impugnadas no contrarían la carta política ni tratados internacionales, al materializar el trato diferenciado que constitucionalmente debe darse a los niños víctimas de delitos sexuales.

Agregaron, en síntesis, que tampoco se vulnera el debido proceso, los derechos de defensa y de contradicción ni el acceso a la administración de justicia, habida cuenta que la entrevista forense efectuada al menor de edad puede ser controvertida durante el juicio con otros elementos probatorios y mediante el testimonio de la persona que rindió el informe respectivo.

2.2. Corresponde a la Corte Constitucional determinar si la forma como el legislador ha regulado los parámetros para efectuar la entrevista forense a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, conculca la igualdad, el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, el acceso a la administración de justicia, e incluso los derechos de los menores de edad.

Desde ya, la Sala Plena anuncia que atendiendo que los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013 parcialmente demandada, aluden a la forma como debe efectuarse el acopio de la entrevista forense a los menores de edad dentro del proceso penal, es necesario (aunque los demandantes no esgrimieran cargos contra la totalidad del artículo 2º ni contra el artículo 3º), efectuar para efectos de este fallo una integración normativa[11] de los tres artículos, atendiendo su inescindible concordancia, como acertadamente indicaron uno de los intervinientes[12] y el jefe del Ministerio Público, y su indefectible relación con los derechos del niño y con garantías propias del derecho al debido proceso.

Esta corporación expondrá entonces (i) sus lineamientos jurisprudenciales frente a la protección de los derechos e intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; (ii) la materialización de esos derechos durante las actuaciones judiciales por delitos donde el menor sea víctima; luego (iii) confrontará lo anterior con algunos valores y principios de

raigambre constitucional inmanentes al sistema procesal penal acusatorio, como la intermediación y la concentración para efectos de la valoración de las pruebas, para desde esos parámetros (iv) examinar el articulado de la Ley 1652 de 2013, atendiendo que el interés superior del menor es un eje central del análisis constitucional.

2.3. Con todo, inicialmente esta corporación debe constatar, en atención a lo expuesto por la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá, si las censuras invocadas en las respectivas demandas cumplen con los contenidos del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, ampliamente desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

3. Aptitud sustantiva de la demanda en el presente evento.

3.1. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 establece los requisitos mínimos que razonablemente[13] deben contener las demandas de constitucionalidad para su admisión y para que la Corte pueda emitir así un fallo de fondo. Según lo allí indicado, es imperativo señalar con claridad las normas que son censuradas como inconstitucionales, al igual que la preceptiva superior que se tilda de infringida y explicar las razones por las cuales se estima que las primeras violan o desconocen la segunda.

Otra parte fundamental de los indicados requisitos es la formulación de cargos de inconstitucionalidad contra las normas impugnadas, esto es, la sustentación de los distintos argumentos por los cuales el ciudadano demandante advierte que aquéllas contrarían uno o más preceptos superiores. Al respecto, en atención a lo cuestionado por uno de los intervinientes[14], recuérdese que la jurisprudencia tiene establecido que las razones presentadas para sustentar la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes[15].

La adecuada presentación del concepto de violación permite a esta corporación desarrollar su función de defensa de la carta política en debida forma, en tanto delimita el campo en el cual se hará el respectivo análisis de constitucionalidad, sin que ello implique una restricción de los derechos políticos de los demandantes, pero sí el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente a la Corte para poder proferir un pronunciamiento de fondo, evitando un fallo inhibitorio[16].

Reitérese, en cuanto al concepto de la violación, que la jurisprudencia ha sido constante[17]

en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, en cuanto la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que se precise la manera como la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución, formulando al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta a la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto se debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y que despierten duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

Esta carga mínima de argumentación que debe exponer el ciudadano, resulta indispensable para adelantar el juicio de constitucionalidad, no obstante la naturaleza pública e informal que caracteriza a la acción de inexecuibilidad; de no atenderse dicho presupuesto, podría generarse un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial del escrito con el que se pretende incoar la acción, sin que ello implique una restricción de los derechos políticos del demandante, pero sí el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente a la Corte Constitucional, para poder proferir un pronunciamiento de fondo[18].

Sobre este tema, ha expuesto esta corporación que “la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prima facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional” [19].

3.2. Con todo, la Corte ha explicado que en aplicación del principio pro actione, la exigencia de los presupuestos para la presentación de una demanda, (i) no debe tener tal rigorismo que haga nugatorio ese derecho ciudadano, (ii) debiendo propender el juez constitucional hacia un fallo de fondo y no uno inhibitorio; por ende, (iii) la duda debe resolverse a favor del actor.

Al respecto, en el fallo C-978 de diciembre 1° de 2010[20], M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, se indicó (no está en negrilla en el texto original): “No obstante, también ha resaltado, con base en el principio pro actione que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte[21]. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado[22]; en tal medida, ‘el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.’[23]”

3.3. Las demandas cumplen los requisitos formales y de fondo exigidos por el Decreto 2067 de 1991 y, de manera explícita, los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, pues los planteamientos contra los segmentos impugnados reúnen las exigencias para provocar un estudio de constitucionalidad, al identificar el texto acusado y esbozar los cargos, generando una duda razonable sobre su exequibilidad, partiendo de la posible contradicción con el texto superior que invoca.

Los actores acusaron concretamente unos segmentos normativos y señalaron en forma directa que conculcan el acceso a la administración de justicia, la igualdad y principios de raigambre constitucional que forman parte del debido proceso, junto con los derechos de los menores de edad, al reglamentar la forma como se presenta y se allega a la actuación las entrevistas realizadas a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

En síntesis, recuérdese que los ciudadanos demandantes expresaron que las preceptivas impugnadas desconocen los derechos a la igualdad, a la defensa y así al debido proceso, permitiendo dar valor probatorio a las entrevistas a las víctimas de esos comportamientos, dando al traste, en su sentir, con principios de raigambre constitucional como la inmediación y la contradicción, inmanentes al sistema procesal penal acusatorio.

Explicaron que dar el carácter de prueba a una entrevista efectuada durante una etapa

ajena al juicio, cuyo descubrimiento es potestativo de la Fiscalía, impide el acceso efectivo y sin restricciones a la administración de justicia, habida cuenta que impide el ejercicio constitucional de la contradicción.

3.4. Sintetizado lo anterior y contrario a lo expuesto por quien solicita la inhibición, principalmente por faltas de claridad y suficiencia, las demandas cumplen los presupuestos para que esta Corte profiera un fallo de fondo. Por el contrario, extremar las exigencias, como se propone, implicaría incluso desconocer el principio *pro actione* y los derechos de acceso a la administración de justicia y de participación democrática. Luego, existiendo cargos debidamente formulados, procede efectuar el análisis de fondo.

4.1. Tratándose de la niñez, por mandato constitucional consagrado en el artículo 44, sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás, siendo entonces sujetos de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, al tiempo que cualquiera puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores. A su vez, el artículo 45 *ibídem* señala los derechos a la protección y a la formación integral de los jóvenes[24].

El artículo 44 *ibídem* señala dentro de los derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el cuidado y el amor; además, se indica expresamente que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual y explotación, al tiempo que gozarán de todos los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre estos Tratados destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre 10 de 1948), que consagra entre otras las garantías a la igualdad, la dignidad y la vida (arts. 1º, 3º y 7º), siendo importante lo referente al acceso a la administración de justicia, tanto para los adultos como para los menores de edad, acorde con la cual se tiene el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, para el amparo contra actos que conculquen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la ley (art. 8º).

También en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril 30 de

1948) se habían realzado los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad (arts. I y II) y que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales (art. VII).

De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (marzo 23 de 1976) exhorta a los Estados Partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna (art. 2º), entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. Se consagra además el derecho de todas las personas a la igualdad, sin distinción, y la prohibición de cualquier forma de segregación (art. 26).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (noviembre 22 de 1969) reiteró la obligación de los Estados americanos de proteger los derechos de los niños y adoptar las medidas de protección que su condición requiere (art. 19). Lo propio señala el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre 16 de 1966) con relación a los derechos de la niñez y de los adolescentes, donde se reitera que se deben adoptar medidas especiales para su protección (art. 10).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de noviembre 17 de 1988), contiene una serie de innovaciones, pues además de insistir en que los Estados partes se comprometen a brindar una adecuada protección al grupo familiar y, en especial, a adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de su capacidad física, intelectual y moral (art. 15).

Se refuerzan además los derechos de los niños, reiterando que tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, debiendo en principio crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (art. 16 ib.).

4.2. El primer texto internacional en este ámbito en la historia de los Derechos Humanos, es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (diciembre 26 de 1924)[25], donde se reconoce por primera vez en su favor la existencia de derechos específicos y la responsabilidad de los adultos hacia ello, señalando en su preámbulo que los hombres y mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe al niño lo mejor que tiene[26] y refrendando que debe ser el primero en recibir ayuda en momentos de angustia

(art. 3º)[27].

Años después en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño (noviembre 29 de 1959), se indicó que por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales e incluso la debida defensa legal, tanto antes como después del nacimiento, instando así a que se le garantice la posibilidad de tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en el de la sociedad, de los derechos y libertades, instando a los padres, a los hombres y las mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales, a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia, con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente.

Se exigen mayores esfuerzos para la protección de las prerrogativas de la niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño (noviembre 20 de 1989), reiterando que los menores de edad deben crecer en el seno de la familia, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En la referida Convención se reconoce el denominado interés superior del niño, el cual deberá ser atendido primordialmente en todas las medidas que les resulten concernientes, adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos (art. 3.1.), conminándose a los Estados partes a asegurar su protección y el cuidado necesarios para su bienestar, “teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (art. 3.2., no está en negrilla en el texto original).

Además de reiterarse el derecho de los niños a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques a su honra y a su reputación (art. 16.1), se obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para protegerlos contra toda forma de “perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo” (art. 19.1).

Igualmente, la citada Convención establece junto con el compromiso de proteger a los niños contra toda forma de explotación y abuso sexual (art. 34), la obligación de adoptar medidas

apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social, cuando sean víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de trato cruel, inhumano o degradante, lo cual se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y su dignidad (art. 39).

4.3. La comunidad internacional preocupada por la explotación sexual infantil ha acogido el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (mayo 25 de 2000), ampliando así el campo de protección de los menores de edad frente a esos execrables comportamientos, comprometiendo a los Estados a tipificar esas y otras aberrantes conductas y a imponerles penas adecuadas a su gravedad (art. 3º).

Atendiendo su pertinencia, debe recordarse in extenso que el artículo 8º impone la obligación de adoptar “medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas” de las referidas prácticas, instando a la salvaguarda del interés superior del menor de edad y procurando (no está en negrilla en el texto original):

“a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;

b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;

c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;

d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;

e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas;

f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos

a su favor, frente a intimidaciones y represalias;

g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

2. Los Estados Partes garantizarán que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.

3. Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño.

4. Los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo.

5. Los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos.”

Es así evidente que existe un cúmulo de instrumentos internacionales y, según el caso, integradores del bloque de constitucionalidad (artículo 93 Const.), que imponen obligaciones a la familia, a la sociedad y al Estado de garantizar a ultranza los derechos de niños, niñas, adolescentes, realizándose el compromiso frente a eventuales delitos sexuales.

5. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes ante delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, dentro del proceso penal.

5.1. El papel de las víctimas dentro del proceso penal ha ganado creciente protagonismo, en desarrollo de una tendencia internacional[28] que se recoge y decanta en Colombia dentro del contexto trazado por la Constitución de 1991 y los postulados fundamentales del

Estado social de derecho. En desarrollo de lo anterior, la Corte ha delineado una sólida doctrina sobre el tema, que si bien empieza antes de la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002[29], cobra especial relevancia a partir de su entrada en vigor y de la subsiguiente implementación procesal penal del sistema acusatorio (Ley 906 de 2004 y normas modificatorias y complementarias).

Luego del paso trascendental logrado con la consagración del principio de restablecimiento del derecho en los Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991, emergió la rectificación doctrinal contenida en la sentencia C-228 de abril 3 de 2002 (Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet)[30], realzándose que particularmente en virtud del principio de dignidad humana, los derechos de las víctimas dentro del proceso penal tienen una importancia cardinal y no se agotan, como antaño se consideró, en la mera reparación económica de los perjuicios irrogados con la conducta punible.

Por el contrario, como se ha resaltado, a esa reparación, que debe ser integral, se agregan el conocimiento de la verdad de lo sucedido y que se haga justicia, sancionando conforme a la ley a quien o quienes hayan cometido el delito, forjándose así mismo la garantía de no repetición. A estas conclusiones se ha llegado, sin dejar de ponderar y resguardar debidamente los derechos y garantías que en las distintas fases del proceso se reconocen al autor del comportamiento merecedor de sanción, la mayoría de los cuales tienen también rango constitucional.

Esos planteamientos han sido reiterados de manera consistente por esta corporación, en particular entre muchos otros, en los fallos C-004 de enero 20 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-370 de mayo 18 de 2006, Ms. Ps. Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Tafur y Clara Inés Vargas; C-454 de junio 7 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-575 de julio 25 y C-1033 de mayo 12 de 2006, ambas con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis y C-209 de marzo 21 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Tratándose de la preponderancia del derecho a la dignidad humana y el acceso a la administración de justicia, muy pertinentes para el presente asunto, en la precitada C-454 de 2006 se indicó (no está en negrilla en el texto original):

“Esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los

derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.”

A partir de lo anterior se ha resaltado la inexorable obligación de que se garantice, también a las víctimas, el acceso a un recurso judicial efectivo, apropiado para la realización de los distintos derechos a que se ha hecho referencia. De allí que pueda considerarse que si el resultado del proceso penal a que da origen la comisión de un determinado delito no garantizare debidamente la totalidad de tales derechos, no pueda hablarse con propiedad sobre la existencia de una vía judicial efectiva a disposición de la víctima.

5.2. Como se indicó previamente, el artículo 44 de la Constitución de 1991 se integra a los aludidos instrumentos internacionales, incorporando en nuestro ordenamiento jurídico el principio universal de prelación del interés superior del menor, que se manifiesta, de una parte, en la expresa enumeración de los derechos de los menores de edad (inc. 1°), reconocidos como fundamentales. De otra parte, se ve reflejado en el establecimiento de importantes deberes de la familia, de la sociedad y del Estado (inc. 2°), encaminados a hacer realidad dicho conjunto de derechos para todos los niños residentes en Colombia.

Adicionalmente, la referida norma contiene varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo

armónico e integral del niño, que no solo habilitan, sino obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión en que ello sea posible, la rehabilitación de quienes hayan sido víctimas.

En relación con este asunto y con todos los demás a que se refiere el artículo 44 superior, el poder legislativo tiene amplia autonomía[31] para establecer las medidas que juzgue conducentes al logro de tales propósitos, siempre y cuando, como es natural, ello se haga dentro de una adecuada integración con los demás postulados constitucionales.

5.3. El interés superior del niño ha sido considerado como eje central del análisis constitucional[32] y principio orientador para resolver conflictos que involucren a menores de edad, encumbrando el trato preferente del cual son titulares, para que puedan formarse y desarrollarse plenamente.

La jurisprudencia ha decantado dos parámetros que deben verificarse para establecer el grado de bienestar de un menor de edad, esto es, para determinar los escenarios que mejor satisfacen su interés superior: (i) las condiciones fácticas, correspondientes a las plenas circunstancias específicas de cada caso y (ii) las jurídicas, relacionadas con los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico para su protección[33].

Aunado a lo anterior, en el citado fallo T-078 de 2010 esta corporación recordó que en cumplimiento de la protección reforzada que debe brindarse a los menores de edad, jurisprudencialmente se ha reseñado que “los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: (i) la prevalencia del interés del menor[34]; (ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere[35]; (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad[36].[37]”

Se erigen así una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8º Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía).

Acorde con lo consignado, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) establece los “procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos” (Capítulo Único del Título II), y en desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores de edad y a los jóvenes[38], el artículo 192 preceptúa que los procesos por delitos en los cuales los menores de edad sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta el interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución y en las leyes colombianas[39].

En procura de esos fines, el artículo 193 de la citada Ley 1098 consagró una serie de “criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”, según los cuales la autoridad judicial deberá (no está en negrilla en el texto original):

- “1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.
2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.
3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.
4. Decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.

5. Tendrá especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito.

6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.

7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

8. Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.

9. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.

10. Informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.

11. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es

miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.

13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.”

Bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión.

En el referido fallo se explicó que dentro de los motivos que llevaron a la formulación del proyecto, por parte del Gobierno Nacional y de la Fiscalía General de la Nación, que se convertiría en Ley 1142 de 2007, estaban los de adoptar medidas efectivas para la prevención, protección y represión de conductas de especial impacto contra los menores de edad, que además resultan lesivas contra el núcleo esencial que constituye la familia.

Con todo, la Corte Constitucional explicó que si bien en la génesis de la norma allí analizada se estableció la necesidad de adoptar medidas efectivas para la protección de los niños, las niñas, los adolescentes y las mujeres[41], la preceptiva final del inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142, más que una medida de protección, truncaría sus garantías fundamentales al imponerle al juez, al momento de determinar los pocos pero eventuales beneficios que pueda obtener el agresor, un criterio exclusivo, ajeno a lo que la actuación procesal y la forma como se perpetró la conducta permitan inferir sobre la necesidad del cumplimiento de la pena, dado el eventual riesgo que pueda generar para su núcleo familiar. También indicó esta corporación en tal sentencia C-1198 de 2008 que viene siendo citada:

“Tampoco puede olvidarse que en el fragor mediático sobre múltiples conductas dirigidas contra la población infantil, se ha optado por soluciones efectistas, como el aún mayor incremento de las penas[42] y la rigurosa exclusión de mecanismos alternativos, limitando la acción a lo punitivo, al margen de una verdadera política criminal que realmente

prevenga la realización de esta epidemia de abominables conductas, aupadas por la ausencia de valores; las contraculturas de la violencia y de la exacerbación sexual frecuentemente promovidas desde los propios medios de comunicación social; la carencia de respeto hacia los derechos de los menores, probablemente padecida en la minoridad por los propios depravados; y la incapacidad de reprimir sentimientos de ira y de frustración, entre otros complejos factores.”

En la referida sentencia se explicó además, entre otros aspectos, que para reconocer el beneficio de libertad condicional, el artículo 64 del Código Penal preceptúa que podrá el juez concederla, previa valoración de la gravedad de la conducta punible[43], al cumplirse las dos terceras partes de la pena, si la buena conducta del condenado durante su reclusión permite suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución punitiva. A su vez, estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima[44].

Acorde con esos argumentos, entre otros, la Corte Constitucional indicó que la expresión “en los delitos de violencia intrafamiliar, los beneficios quedarán supeditados a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, contrariaba los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, e imponía un criterio al juez, al momento de reconocer o no los beneficios que favorecen al victimario, dándole prevalencia a la valoración positiva de un órgano de la administración pública, que al provenir de una autoridad especializada debe ser tenida en cuenta, pero ponderándola razonablemente con toda la información allegada[45].

Con todo, en el fallo que se continúa comentando se explicó que la decisión de inexequibilidad no impide al juez de control de garantías o de conocimiento valorar ciertos aspectos de su competencia en relación con los investigados, imputados, acusados, procesados o condenados, de forma que en las oportunidades procesales y bajo la iniciativa que indique la ley, pueda pedir al ICBF una experticia científica, dentro de la libertad probatoria que otorga el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, para ser apreciada bajo las reglas propias del análisis de los elementos de juicio, lo cual no lo sujeta inexorablemente al acogimiento de lo emanado de ese medio de comprobación.

5.6. Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general

válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedo visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional[46] proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.

Así, no sólo en el ámbito nacional, sino también en el internacional se ha dado cabida, atendiendo ese interés superior del menor ampliamente reconocido, al denominado principio pro infans, acentuado por la jurisprudencia de esta corporación al considerarlo un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes[47].

En ese orden, la jurisprudencia nacional y foránea ha otorgado prevalencia al interés superior de los menores víctimas de delitos sexuales, aún frente a otros derechos, principios y valores superiores inmersos dentro del proceso penal, como la inmediación y la contradicción, como se analizará a continuación.

6. El interés superior del menor modula garantías como la defensa, la inmediación y la contradicción dentro del proceso penal.

“(a) En cuanto a las etapas del procedimiento, se mantuvo la distinción entre la fase de

investigación -encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a esta última; ya se vio cómo el Constituyente derivado de 2002 caracterizó el juicio penal como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales. La etapa del juicio se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación[48]. En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo. En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez... una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado.”

En la sentencia C-591 de junio 9 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, que versa sobre la constitucionalidad de las denominadas pruebas anticipadas, se efectuó la siguiente precisión (no está en negrilla en el texto original):

“... el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquella posibilidad ‘que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal’[49]. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin[50], el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar

pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales[51].”

Igualmente, en sentencia C-1260 de diciembre 5 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte reiteró sus líneas jurisprudenciales en materia de inmediación de la prueba y concentración, en los siguientes términos:

“... según el nuevo modelo procesal penal, es la etapa del juicio la oportunidad en que habrán de practicarse y valorarse las pruebas bajo las garantías procesales de publicidad y defensa, y con aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba. Por lo tanto, según el nuevo sistema, al haberse abandonado el principio de permanencia de la prueba y regir los de concentración e inmediación de la misma en el curso de un juicio público y bajo todas las garantías procesales, en la etapa de investigación no se practican realmente pruebas sino que, tanto la Fiscalía como la defensa, recaudan elementos materiales probatorios y evidencias físicas, las cuales habrán de descubrirse en el momento de la acusación para ser practicadas en el juicio, tanto los favorables como los desfavorables al procesado, por lo que no puede considerarse que se violan los principios de publicidad y defensa.”

En suma, los principios de concentración y de inmediación de la prueba resultan esenciales en el sistema penal acusatorio, pues apuntan a que aquellas practicadas durante el juicio oral sean apreciadas directamente por el juez, quien así formará su criterio con mayor posibilidad de acierto.

De igual manera, las restricciones sobre la suspensión de la audiencia de juzgamiento y la eventual obligación de repetirla, son manifestaciones de tales principios rectores del proceso penal acusatorio, que no pueden resultar absolutos en sí mismos, pues deben ser ponderados estrictamente por el juzgador penal; así se pronunció esta corporación en fallo C-059 de febrero 3 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto (no está en negrilla en el texto original):

“Sin lugar a dudas, el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas es un componente del derecho al debido proceso, consagrado en los artículos 29 Superior y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en nada se opone a ello, el deber de repetir una audiencia de juzgamiento cuando quiera que el paso del tiempo pueda alterar gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas; más

grave aún, cuando el funcionario encargado de emitir un fallo ni siquiera ha presenciado la práctica y controversia de las pruebas.

Ahora bien, frente al argumento del recurso a los medios tecnológicos (audios y videos), la Corte considera que si bien se trata de herramientas valiosas que han permitido la implementación de un sistema penal fundado en la oralidad, también lo es que se trata de simples instrumentos que no remplazan la percepción directa que tiene el juez sobre las pruebas.

Sobre el particular, la Corte Constitucional considera pertinente hacer un llamado de atención a las autoridades competentes a efectos de que aseguren la disponibilidad de equipos de audio y video en todos los despachos judiciales encargados de manejar el sistema penal acusatorio, en especial, en regiones apartadas del país. En efecto, la garantía procesal de contar con un juicio oral, precisa que el mismo sea técnicamente filmado, con el propósito de que los jueces superiores, si bien no lo presencian directamente, se puedan hacer una idea lo más fidedigna posible de lo sucedido.

Por supuesto que la interrupción de las audiencias de juzgamiento no es deseable en un sistema penal acusatorio, ni debe convertirse en una práctica recurrente. Por el contrario, los funcionarios judiciales deben garantizar la continuidad del juicio oral a efectos de acercarse, lo antes posible, a la verdad de lo sucedido, e igualmente, para evitar situaciones que puedan llegar a afectar a las víctimas y a los testigos. En efecto, no escapa a la Corte el hecho de que la repetición de la práctica de pruebas puede lesionar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, en especial, cuando las víctimas sean niños o adolescentes.

Así las cosas, la Corte considera que las normas acusadas no lesionan el derecho al debido proceso. Sin embargo, insiste en señalar que la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos.”

6.2. Igualmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció así en la sentencia de enero 30 de 2008, proferida dentro del asunto de radicación 27.192), M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán (no está en negrilla en el original):

“... la etapa del juicio se constituye en el eje fundamental del nuevo proceso penal, donde los principios de inmediación y concentración de la prueba se manifiestan en el desarrollo de un debate público y oral, con la práctica y valoración de las pruebas recaudadas y con la participación directa del imputado. El principio de concentración se materializa con esa evaluación en un espacio de tiempo que le permita al juez fundamentar su decisión en la totalidad del acervo probatorio que se ha recaudado en su presencia.

... ..

Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la inmediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser remplazado por otro.

... ..

Así las cosas, dentro del esquema penal acusatorio y sus referentes rectores, la posibilidad jurídica de reanudar un juicio oral presidido por un juez distinto al que instaló la vista pública puede llegar a desconocer los principios constitucionales de inmediación y concentración y a distorsionar el papel que el juez debe cumplir en el juicio oral que, como etapa medular, concibe su permanencia de manera imperativa.

... ..

... la inmediación que se exige del juez va de la mano del uso de la tecnología, porque en desarrollo de ese principio, el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal determina que para el registro de la actuación ‘se dispondrá del empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado’, de acuerdo con las reglas que allí se establecen. Así, el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del principio, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran.

Así, la oralidad convertida en principio, la inmediación y la concentración, no presentan

ruptura. Y no existe ruptura cuando, además, son asegurados por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales. Medios que, sin asomo de lesión, permiten en segunda instancia y en sede de Casación su examen y valoración.

De igual manera, inexistente es la ruptura, cuando de manera excepcional se acepta la prueba anticipada. Y, con todo, de imposible consideración es la lesión, cuando de una parte se observan los principios mencionados –oralidad, inmediación y concentración- y, de otra, el ejercicio del derecho de defensa tanto del sujeto pasivo de la acción penal, como de la víctima, sin que ellas sientan asomo de vulneración alguna; en este caso, se ha de realizar un delicado juicio de ponderación, sacando adelante el derecho de defensa, pues nos encontramos con el deber de protección de los derechos fundamentales, que no de las formas por las formas mismas.

En las condiciones señaladas, es evidente que en el desarrollo del juicio oral es posible el surgimiento de excepcionales circunstancias, vicisitudes, bien sea de orden personal, laboral, etc., que ocasionan el cambio del juez que instaló la audiencia y que le impiden cumplir con la permanencia requerida por el nuevo sistema a lo largo del debate y el cabal cumplimiento de los principios de inmediación y concentración que regulan esa fase del proceso.

En estas condiciones, la Sala estima necesario precisar que en el deber de buscar la verdad en el actual esquema, el desarrollo del juicio oral no se puede supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado. Por lo tanto, en aras de no suprimir la eficacia del debate, se debe examinar en cada caso concreto si una incorrección, en punto de cambios en la persona del juzgador, alcanza a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales.”

En el mismo sentido, en sentencia de marzo 4 de 2009 (rad. 30.645), M. P. María del Rosario Gonzáles Muñoz, se puntualizó que si bien los principios mencionados hacen parte vertebral del sistema penal acusatorio, es deber del juez ponderarlos frente a derechos que pueden llegar a ser afectados:

“Como ya reiteradamente lo ha expuesto la Sala, las disposiciones normativas de carácter

ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no sólo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias.”

7.3. La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas, entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas[52] como el principio pro infans.

En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces.

7.4. Tratándose de la denominada entrevista forense a los menores víctimas de delitos sexuales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones. Entre ellas, en la sentencia T-117 de 2013 ya citada, se explicó que constituye en un elemento central de la actividad investigativa, como quiera que la autoridad judicial obtiene así de la fuente primaria una visión de los hechos y las posibles motivaciones, entre otros aspectos, lo cual servirá entonces como fundamento de las labores de instrucción e indagación.

En el referido fallo, atendiendo doctrina especializada, la Corte describió detalladamente la forma como tanto la entrevista, los interrogatorios o contrainterrogatorios a menores de edad deben ser practicados por psicólogos, atendiendo los preponderantes derechos fundamentales que están en juego y la necesidad de no revictimizarlos (no está en negrilla en el texto original):

Atendiendo su pertinencia para el presente asunto, resulta oportuno citar ampliamente la sentencia T-117 de 2013, pues allí se destacó que la entrevista o el interrogatorio realizados al menor de edad deben efectuarse salvaguardando el respeto y la dignidad del deponente y previendo la posibilidad de causar mayores daños a la víctima, al tener que rememorar situaciones manifiestamente traumáticas.

Al respecto, se indicó (no está en negrilla en el texto original):

“Si bien, el objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación esto debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad, en el que se tenga en cuenta por el entrevistador el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños.

Es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y contrainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de una ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor.

Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático[54].”

Así, esta corporación concluyó en el fallo T-117 de 2013 ampliamente citado, que el principio del interés superior del menor constituye un criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia y la adolescencia.

7.5. Atendiendo la protección especial de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, el Tribunal Constitucional español también ha analizado los efectos de someter a un menor que ha sido víctima de un delito sexual al proceso penal, concluyendo que resulta ajustado a la Constitución que se modulen garantías procesales como el derecho de defensa y la contradicción, atendiendo la edad del ofendido y la naturaleza del delito investigado.

En efecto, en la sentencia 57 de marzo 11 de 2013 la Sala Segunda de ese tribunal resolvió un recurso de amparo promovido por una persona condenada por la jurisdicción penal como autor de seis delitos de abuso sexual, quien alegaba que sus derechos fundamentales habían sido conculcados, como quiera que durante el diligenciamiento no pudo contradecir directamente las manifestaciones de las menores víctimas, pues no comparecieron ante los

órganos jurisdiccionales ni durante la instrucción ni el juzgamiento.

En la referida decisión, recordando lo consignado en varios de sus pronunciamientos[55] y principalmente en decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[56], señaló que “los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuando ‘frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como ‘una auténtica ordalía’”.

Así, se explicó que si bien procesalmente la forma de refutar las manifestaciones inculpativas es el interrogatorio del testigo practicado en el juicio oral, acorde con el artículo 6.3. d) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, “dicha regla general ‘admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción’ (STEDH de 19 de febrero de 2013, asunto Gani contra España, § 38)”.

Y, a renglón seguido, se explicó (no está en negrilla en el texto original): “El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que «en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4)». Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto «frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como ‘una auténtica ordalía’; no se trata sólo de la obligación jurídica de rememorar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan

cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de junio de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia)».”

Acorde con lo ampliamente consignado en el fallo en cita, el Tribunal español expresó que si bien en los delitos relacionados con abusos sexuales, usualmente la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, atendiendo que las demás suelen apuntar a lo narrado por la víctima[57], es admisible en atención al “interés del menor”, adoptar medidas de protección, “incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada” (no está en negrilla en el texto original).

Con todo, se aclaró que si bien se modifica justificadamente la forma de ejercer el derecho de contradicción, “tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral”.

7.6. Así, resulta evidente el querer de todos los pueblos de dar prelación siempre al interés del menor, aún frente a otras garantías propias del proceso penal, sin que ello implique desconocer los derechos fundamentales del presunto agresor y de otros intervinientes.

Acorde con todo lo hasta ahora consignado, procede la Corte Constitucional al estudio del contenido de la Ley 1652 de 2013, como fuera anunciado.

8. Análisis sobre la constitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013.

8.1. Parámetros de la entrevista forense establecidos en los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013.

8.1.1. Uno de los demandantes y uno de los intervinientes consideran que el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 desconoce los derechos y principios de igualdad, debido proceso,

defensa, intermediación, contradicción y acceso a la administración de justicia al establecer como material probatorio la entrevista forense efectuada a los menores de edad víctimas de delitos sexuales.

En contraposición, algunos intervinientes y el Procurador General de la Nación sostienen que no se desconoce la carta política, habida cuenta que otorgar un trato diferenciado que favorece a los menores de edad no desconoce el principio de igualdad, sino que acata la obligación de raigambre constitucional de darles especial protección.

8.1.2. El artículo 1º demandado adiciona un párrafo al artículo 275 de la Ley 906 de 2004, acorde con el cual originalmente son elementos materiales probatorios y evidencia física: a) las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; b) armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; c) dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; d) elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; f) elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; g) mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; y h) los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

El párrafo adicionado por el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 preceptúa: “También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código”[58].

Es necesario entonces recordar que el artículo 206 de la Ley 906 de 2004 hace referencia a

la entrevista que puede realizar la policía judicial cuando considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o tenga información útil para la investigación que se adelante, y si fuera del caso le dará la protección necesaria. Dicha entrevista debe efectuarse observando las reglas técnicas pertinentes y empleando los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo, debiendo el investigador al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 206A de la Ley 906 de 2004 adicionado por el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 también aquí analizado, establece lo relacionado con la entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de las siguientes conductas:

(i) Las tipificadas en el Título IV del Código Penal (delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales): acceso carnal violento (art. 205), acto sexual violento (art. 206), acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208), actos sexuales con menor de catorce años (art. 209), acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (art. 210), acoso sexual (art. 210A), inducción a la prostitución (art. 213), proxenetismo con menor de edad (art. 213A), constreñimiento a la prostitución (art. 214), estímulo a la prostitución de menores (art. 217), demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (art. 217A), pornografía con personas menores de 18 años (art. 218), turismo sexual (art. 219), utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (art. 219A)[59].

El artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 establece que cuando un menor de edad sea víctima de los delitos arriba señalados, sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192 a 200 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1º del artículo 146 de la Ley 906 de 2004 que establece el procedimiento para el registro de ese tipo de actuaciones[60].

El artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 establece entonces un procedimiento para el desarrollo de la respectiva entrevista forense a los menores de edad.

(i) La entrevista será realizada por personal del CTI, entrenado[61] en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de

Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con dicho profesional, la autoridad competente debe asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

(ii) Durante la entrevista forense el menor podrá estar acompañado por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

(iii) La entrevista se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio técnico o escrito.

(iv) El personal entrenado en entrevista forense del CTI, o quien haga sus veces según lo arriba consignado, presentará un informe detallado de la entrevista realizada, el cual deberá cumplir con los requisitos del artículo 209 de la Ley 906 de 2004[62] y normas concordantes, en lo que sea aplicable, quien podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

(v) En concordancia con el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013, el párrafo del artículo 2º ibídem señala que atendiendo la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de las graves conductas reseñadas, la entrevista será un elemento material probatorio al cual se accede siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima.

(vi) El párrafo 2º ibídem preceptúa que durante la indagación e investigación la víctima menor de edad será entrevistada preferiblemente por una sola vez y, sólo de manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta siempre su interés superior.

Descrito lo anterior, la Corte Constitucional analizará conjuntamente la exequibilidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013.

8.2. La entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales no desconoce los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia.

8.2.1. Como quedo ampliamente reseñado, en aplicación del interés superior del menor y

del principio pro infans, resulta ajustado a los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución, al igual que a diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas execrables[63], establecer medidas legislativas y judiciales para garantizar no sólo su dignidad y su intimidad (evitando injerencias indebidas en su vida privada), sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños[64].

También se destacó que la aplicación de ese interés superior del menor como marco hermenéutico para aclarar eventuales conflictos entre los derechos y los deberes de proteger a los menores de edad no puede conllevar, en el campo procesal penal, el desconocimiento del derecho al debido proceso y a un juicio justo de los indiciados, imputados o procesados[65].

Con todo, en el presente evento, el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 al indicar que debe entenderse como material probatorio la entrevista forense a las víctimas menores de edad en los casos reseñados, no desconoce la igualdad ni garantías integrantes del derecho al debido proceso como la defensa, la contradicción, la inmediación y el acceso a la administración de justicia, pues su contenido puede ser debatido durante el juicio oral mediante el testimonio y el informe rendidos por la persona idónea que haya practicado inicialmente y de primera mano la entrevista al menor.

8.2.2. Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta.

Para tal efecto, deberá atenderse el interés superior como eje central del análisis constitucional de cualquier medida, considerando las condiciones (i) fácticas específicas en las cuales se encuentra un menor y (ii) jurídicas que establecen los parámetros para su protección contenidas en el ordenamiento.

Acorde con lo anterior, fácticamente todo menor de edad víctima de aberrantes conductas libidinosas desplegadas contra su humanidad, lo ubican en una situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta que a su corta edad afecta su formación física y psicológica.

De otro lado, desde el punto de vista normativo es conocido que diferentes instrumentos internacionales que consagran derechos humanos, la Constitución de 1991 y normas legales como el Código de la Infancia y la Adolescencia[66], imponen la obligación de adoptar medidas legislativas y judiciales para favorecer el interés superior de los menores víctimas de conductas aberrantes, atendiendo su evidente vulnerabilidad, evitando así su revictimización al poner en riesgo garantías fundamentales como la dignidad.

Considerando las condiciones fácticas y el entorno en el que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, debe establecerse si la forma como está regulada la entrevista forense a realizarse dentro del marco del proceso penal cuenta con unos fundamentos objetivos y razonables, atendiendo la eventual tensión que podría existir frente a la garantía a un juicio justo que debe respetarse al presunto agresor.

Para tal efecto, sería considerable realizar una ponderación entre los intereses del menor y las garantías procesales de su presunto victimario, como formulan los demandantes y algunos de los intervinientes que consideran contrario a la Constitución que la defensa, en su sentir, no pueda conocer y controvertir la entrevista que se efectúa a la víctima, siguiendo para ello los criterios y fases jurisprudencialmente establecidos en relación con el tema, y así determinar si las normas impugnadas constituyen un instrumento idóneo para alcanzar los propósitos admitidos en el texto superior[67].

Con todo, como acertadamente indica el Procurador General de la Nación, en el presente evento debe insistirse que acorde con el principio pro infans y el interés superior del menor, prevalecen aquellas medidas que les resulten más favorables, sin que ello implique desconocer otros valores superiores, en este caso, los relacionados con garantías inherentes al debido proceso y al acceso efectivo de la administración de justicia.

8.2.3. Denótese que la Ley 1652 de 2013 busca defender los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de aberrantes comportamientos relacionados con el abuso sexual, teniendo en cuenta que por su madurez mental[68] y las funestas consecuencias de esos comportamientos, no pueden recibir el mismo trato procesal de un adulto, pretendiendo que reconstruya sucesos que en el tiempo han causado traumas imborrables.

Acorde con lo expuesto, la referida ley tiene como finalidad constitucional adoptar medidas a favor de los niños, niñas y adolescentes en situación manifiesta de vulnerabilidad, por

ende, sujetos de especial protección dada su frágil condición física y mental (art. 44 Const.).

La Ley 1652 de 2012, incluido su artículo 1º aquí demandado, está estrechamente relacionada con el desarrollo de esa serie de principios, derechos y obligaciones constitucionales del Estado de procurar la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la cual se materializa evitando que el menor de edad reciba el mismo trato que un adulto al interior del proceso penal, lo cual no sólo afectaría su dignidad e intimidad, sino que constituiría una mayor afrenta a sus derechos fundamentales.

8.2.4. Contrario a lo expuesto por uno de los demandantes y algunos intervinientes, establecer que la entrevista forense practicada a las víctimas menores de edad de delitos sexuales es un elemento material probatorio, no impide el adecuado ejercicio del derecho de defensa ni el de contradicción. Para tal efecto, se analizarán conjuntamente los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013 y sistemáticamente con las demás normas concordantes.

La legalidad de un elemento material probatorio está sujeta a que en la diligencia obtenida se hayan observado la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 276 L. 906/04), y su autenticidad al respeto de las reglas de cadena de custodia cuando haya lugar, o a su demostración por parte de la parte que la presente, cuando no exista ese presupuesto (art. 277 ib.). Su descubrimiento está contenido en el escrito de acusación (art. 337 ib.) y se efectúa en la audiencia de formulación de acusación, donde la defensa[70] podrá solicitar a la Fiscalía[71], por conducto del juez de conocimiento, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico del que tenga conocimiento, correspondiendo así al juez ordenar al ente acusador[72] o a quien corresponda, si es pertinente, dentro de los 3 días siguientes descubrir, exhibir o entregar copia según lo solicitado (art. 344 ib.).

Atendiendo que la entrevista forense es considerada un elemento probatorio, podrá la defensa solicitar al juez de conocimiento su descubrimiento en caso de no hacerlo la Fiscalía, siempre que demuestre la necesidad (par. 1º art. 2º L. 1652/13), la pertinencia (art. 344 L. 906/04) y que ello no afectará los derechos de la víctima menor de edad.

Así, será el juez de conocimiento el funcionario que analizando en conjunto las normas descritas y dándole prevalencia a los intereses del niño, niña o adolescente que ha rendido

la entrevista, dando aplicación al principio *pro infans*, determinará si el descubrimiento de dicho elemento material probatorio es estrictamente necesario, pertinente y no afectará los derechos fundamentales de la víctima[73], dentro de su rol de garante tanto de los derechos del menor como del acusado[74]. Además, deberá tener en cuenta los criterios de necesidad, ponderación, legalidad, entre otros, contenidos en el artículo 28 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013.

Recuérdese que la entrevista será grabada o fijada en un medio audiovisual, o en su defecto en un medio técnico o escrito, en concordancia con el artículo 146 de la Ley 906 de 2004 ya citado (art. 2º lit. e) –sic- L. 1652 de 2013), que establece el uso de medios técnicos idóneos para el registro y reproducción de lo actuado que garanticen su fidelidad, genuinidad u originalidad.

8.2.5. La entrevista forense como elemento material probatorio también podrá ser controvertida mediante el informe respectivo rendido por el entrevistador (art. 2º lit. f) –sic- L. 1652 de 2013) quien además puede ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe, dando pleno lugar al ejercicio de los derechos a la defensa y la contradicción.

8.2.6. En síntesis, el legislador al establecer en el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 que la entrevista forense practicada a los menores de edad víctimas de los delitos sexuales señalados en el artículo 2º ibídem es un elemento material probatorio, materializó la prevalencia del interés superior del menor, sin que ello conlleve afectación de garantías integradoras del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción, ni los principios de inmediación o el acceso a la administración de justicia, pues como se indicó, tal elemento puede no sólo ser descubierto, sino controvertido, acorde con lo hasta aquí consignado.

Por el contrario, atendiendo las pautas constitucionales y legales ampliamente referidas, en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente por un menor, “dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático”[75].

Además, solo en gracia de discusión, aunque se plantee que dicha entrevista realizada

fuera del juicio oral desconocería garantías inherentes al debido proceso como los derechos de defensa y contradicción, o principios como la inmediación y el acceso a la administración de justicia, como se indicó ampliamente, existiría justificación constitucional para ello, atendiendo como circunstancias preponderantes la menor edad de la víctima y la naturaleza execrable del tipo de delitos investigados[76].

8.2.7. Cabe anotar que desde los primeros pronunciamientos de la Corte, se ha indicado que si bien el legislador posee un amplio espacio de configuración legislativa en materia penal, dicha facultad está sujeta a límites, explícitos o implícitos[77], que se aplican tanto al derecho sustancial como al procesal, atendiendo la marcada constitucionalización de esa rama del derecho.

En el fallo C-038 de febrero 9 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, reseñado en la sentencia C-121 de febrero 22 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, se recordó que los derechos fundamentales orientan y determinan el alcance del derecho penal.

Acerca de la constitucionalización del derecho sustancial y procesal penal, y el respeto por los derechos como fundamento y límite del ius puniendi, en fallo C-038 de 1995 se explicó (no está en negrilla en el texto original):

“4- Esto es claro en materia penal, puesto que si bien la Carta de 1991 constitucionalizó, en gran medida, el derecho penal[78], lo cierto es que el Legislador mantiene una libertad relativa para definir de manera específica los tipos penales (CP arts 28 y 29).

Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente.”

Más adelante, en la citada decisión, se insistió que el legislador desarrolla sus funciones dentro del marco que establece la carta política, sin que ello implique que no pueda optar por caminos distintos dentro de esos parámetros previamente establecidos en la Constitución:

“Dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal, que corresponden a orientaciones distintas en la materia. Esto es perfectamente compatible con el carácter democrático de la Constitución y el reconocimiento del pluralismo político que implica la alternancia de mayorías políticas. Las leyes no son entonces siempre un desarrollo de la Constitución sino que son, en muchas ocasiones, la concreción de una opción política dentro de los marcos establecidos por la Carta: son pues un desarrollo dentro de la Constitución, ya que la Carta es un marco normativo suficientemente amplio, de suerte que en él caben opciones políticas y de gobierno de muy diversa índole.

Esto es claro porque el Legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja puesto que ésta es tanto de libertad como de subordinación. El Legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador. Esta Corporación ya había señalado con claridad al respecto:

“Es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. De otra parte, no podría pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad.

La relación de la ley con la Constitución no puede, en consecuencia, ser análoga a la existente entre la ley y el reglamento. El legislador, en estricto rigor, no ejecuta la Constitución sino que actúa y adopta libremente políticas legales – que en el tiempo pueden incluso ser contrarias entre sí en desarrollo del principio básico del pluralismo – y lo hace dentro de los marcos y espacios de actuación que la Carta habilita para el efecto y siempre que no la quebrante’[79].”

8.2.8. En el presente evento, el legislador materializó el principio de raigambre constitucional del interés superior del menor, el cual prevalece frente a otros valores, principios o derechos, acatando así la obligación de adoptar medidas para protegerlos atendiendo su debilidad manifiesta.

Por las razones expuestas, se procederá a declarar la exequibilidad del artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 que adicionó un párrafo al artículo 275 de la Ley 906 de 2004, frente a los cargos analizados por el presunto desconocimiento de los derechos a la igualdad, al debido proceso, a la defensa, la contradicción y al acceso efectivo a la administración de justicia.

8.3. Análisis de la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013.

8.3.1. El artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 adiciona el artículo 206A a la Ley 906 de 2004 y señala que la entrevista practicada a los menores de edad víctimas de los delitos ya descritos será grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1º del artículo 146 ibídem, esto es, aquellos de medios idóneos para el registro y reproducción de lo actuado que garanticen su fidelidad, genuinidad u originalidad.

El referido artículo 2º de la Ley 1652 establece el procedimiento para efectuar dicha entrevista, indicando en primer lugar que “será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en

niños, niñas y adolescentes”, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. A renglón seguido el citado artículo indica que de no contar con los referidos profesionales, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Como se ha indicado ampliamente, las entrevistas, interrogatorios o contrainterrogatorios que se efectúen a un menor de edad, particularmente cuando sea víctima de un delito sexual, atendiendo su corta edad deben ser realizadas por especialistas de la ciencia del comportamiento humano, psicólogos, quienes deben evaluarlo en un ambiente relajado, informal, incluyendo incluso actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor, generando confianza para que el deponente se exprese con espontaneidad y naturalidad, sin presiones que conlleven revictimizar al afectado[80].

La descrita actividad debe desarrollarse en un ámbito de respeto y dignidad, donde el entrevistador constata “el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños”[81].

En síntesis, resulta imperativa la intervención de un profesional no solo para (i) fortalecer la fiabilidad de las manifestaciones del menor, sino para (ii) disminuir el impacto emocional de la entrevista y favorecer la adecuación del lenguaje empleado a una comprensión lingüística propia del entrevistado[82].

Atendiendo lo anterior, resulta imperativo, como señala el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, que el personal del CTI tenga la idoneidad. Preparación y entrenamiento en entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes, para garantizar así que su dignidad, intimidad y demás derechos en juego sean salvaguardados, previniendo una revictimización que genere mayores daños a los ya causados, amenazando la prevalencia de sus derechos.

Debe recordarse que en desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores y a los jóvenes, el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que en aquellos procesos que se adelanten por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial

tendrá en cuenta los principios del interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución y en las leyes colombianas.

En igual sentido, el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía establece que “los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo” (no está en negrilla en el texto original).

Bajo tales supuestos, no puede a la ligera establecerse que cualquier persona sin la adecuada preparación profesional pueda entrevistar a un menor de edad víctima de un delito sexual, cuando la Constitución y la ley especializada en la protección de menores, imponen a la autoridad judicial evitar ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión.

Recuérdese además que en el proyecto que antecedió a la Ley 1652 de 2013 se estableció la necesidad de adoptar medidas efectivas para la protección de los niños, las niñas, los adolescentes, por ende, es imperativo constatar que la entrevista sea realizada por profesionales especializados en el comportamiento humano, para evitar así truncar sus garantías fundamentales.

Así, la Corte declarará exequibles las expresiones “será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes” y “un entrevistador especializado”, contenidas en el literal d) -sic-, habida cuenta que para proteger el interés superior de los menores, los entrevistadores deben estar entrenados en la ciencia del comportamiento humano.

8.3.2. La parte final del literal d) -sic- del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 señala que en la práctica de la entrevista forense, el menor de edad podrá estar acompañado por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

Se reconoce que el objetivo de establecer el acompañamiento del menor de edad por su

represente legal o un pariente mayor de edad busca salvaguardar su interés superior y proteger sus derechos fundamentales.

Recuérdese que el artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las autoridades judiciales deben citar a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan los menores de edad, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que los menores de edad y (está en negrilla en el texto original) “sus representantes también tienen derecho ser oídos en relación con sus preocupaciones y opiniones dentro del proceso, debe permitirse su participación en los debates y deben ser informados sobre el desarrollo y resultados del proceso, sobre la forma cómo se practicarán las diligencias y las pruebas, sobre la disponibilidad de servicios sociales, médicos y psicológicos para la rehabilitación, sobre los mecanismos de apoyo en caso de que el niño decida denunciar o participar en el proceso, y sobre las oportunidades para obtener reparación, entre otros[83]. Para garantizar una adecuada información y participación, las decisiones deben comunicarse a los niños de una forma que les permita entenderlas según su edad y madurez[84]”.

Resulta evidente que la norma busca la salvaguarda de los intereses del menor de edad, por lo tanto, resulta esencial permitir que los niños, niñas o adolescentes víctimas de estos delitos puedan asistir con un pariente mayor de edad, salvo en aquellos casos en que el acompañante sea el presunto victimario, para que pueda así velar atentamente por las garantías de la víctima, atendiendo su manifiesta situación de vulnerabilidad.

En ese orden, la Corte Constitucional declarará también la exequibilidad de la expresión “un pariente mayor de edad”, contenida en la parte final del literal d) -sic- del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, como quiera que así se podrá dar un acompañamiento a la víctima y eventualmente intervenir en la diligencia de entrevista, para garantizar los derechos de aquélla.

8.3.3. De otro lado, destaca la Sala Plena que el referido literal d) -sic- del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 preceptúa que el Defensor de Familia deberá revisar previamente el cuestionario que realizará el personal del CTI que vaya a efectuar la entrevista, como una forma más de garantizar que esa actuación respetará la intimidad y dignidad de la víctima.

La anterior exigencia guarda concordancia con lo preceptuado en el artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia ya citado, acorde con el cual toda autoridad judicial deberá informar de inmediato a la Defensoría de Familia, para que adopte las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el menor de edad carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito, esto con “el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”.

Igualmente, el artículo 195 *ibídem* faculta al Defensor de Familia para que solicite información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente.

Destaca la Corte Constitucional que en los eventos señalados, y más aun tratándose de conductas graves contra menores de edad, es imperativa la participación del Defensor de Familia como garante de sus derechos.

Ya en fallo C-149 de marzo 11 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se puntualizó que acorde con el Código de la Infancia y la Adolescencia, las defensorías de familia son autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los menores. En ese orden, “el artículo 79 las define como dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las cuales cuentan con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.”

Y, a renglón seguido, se consignaron algunas de sus funciones, donde resulta oportuno destacar las siguientes (no está en negrilla en el texto original): “(i) adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los menores cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza; (ii) emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas; (iii) ejercer

las funciones de policía señaladas en el código; (iv) dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos; (v) asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes; (vi) conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez; (vii) promover la conciliación extrajudicial en los asuntos de familia y aprobarlas en asuntos relacionados con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, y otros; (viii) promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los menores e intervenir en aquellos en que se discutan derechos de estos; (ix) representar a los menores en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos; (x) fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación, autorizar la adopción en los casos previstos por la ley, y formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.”

En ese orden, la Sala Plena destaca el rol constitucional y legal que conmina a la Defensoría de Familia para que participe activamente en los procesos donde se discutan los derechos de los menores de edad, y más ingentes deben ser sus esfuerzos cuando aquellos sean presuntamente víctimas de delitos como los reseñados previamente. Por lo tanto, su participación no puede ser potestativa y mucho menos pasiva, habida cuenta que siempre deberá velar por que en el caso de sus entrevistas y demás actuaciones, se respete su intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales, y en particular previendo cualquier actuación judicial que pueda revictimizar a los ofendidos.

8.3.4. De otro lado, el literal e) –sic- del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 preceptúa que la entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell[85] o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

El entrevistador presentará un informe detallado sobre la actuación realizada (lit. f) –sic- ib.), el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes, quien además podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe.

Como se indicó con antelación, esa entrevista es un elemento material probatorio al cual se podrá acceder siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctimas menores de edad, dando aplicación a los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos (par. 1º art. 2º L. 1652/13).

Además, la referida Ley 1652 preceptúa que el menor de edad será entrevistado solo por una vez excepcionalmente podrá realizarse una segunda entrevista teniendo en cuenta el interés superior del menor (par. 2º ib.).

Como se indicó detalladamente (consideración 8.2.), la forma como está reglamentado el procedimiento para efectuar las entrevistas forenses a los menores de edad se ajusta al acatamiento del querer internacional que impone como obligaciones del legislador y de los operadores judiciales adoptar las medidas necesarias dentro del proceso penal para proteger los intereses superiores de los menores víctimas de delitos sexuales, sin que ello conlleve afectación de garantías integradoras del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción, ni los principios de inmediación o el acceso a la administración de justicia, pues como se indicó, tal elemento puede no sólo ser descubierto, sino controvertido, acorde con lo hasta aquí consignado.

No le asiste entonces razón a quienes solicitaron declarar la inexecutable parcial del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 hasta este momento analizado, pues en aplicación del principio *pro infans* las normas que protegen a los menores de edad en el proceso penal para garantizar el interés superior prevalecen, al tiempo que, como quedo visto, no constituyen per se una afrenta o desconocimiento frente a los derechos a un juicio justo.

Acorde con todo lo hasta aquí consignado, la Corte declarará executable el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, frente a todos los cargos analizados.

8.4. La entrevista forense como prueba de referencia tampoco desconoce los derechos de defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia

8.4.1. Como se indicó previamente, esta corporación realizó en el presente asunto una integración normativa[86] con el artículo 3º de la Ley 1652 de 2013, en tanto guarda una inescindible relación con los dos primeros artículos estudiados, en cuanto se refiere a los

efectos probatorios de la entrevista forense practicada a los menores de edad víctimas de delitos sexuales.

El referido artículo 3º adicionó el literal e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, que establece la admisión excepcional de la prueba de referencia, esto 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”[87].

En concordancia con lo anterior, el artículo 438 ibídem señala que prueba de referencia es admisible excepcionalmente cuando el declarante (i) manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; (ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; (iii) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; o (iv) ha fallecido.

Así, el artículo 3º de la Ley 1652 de 2013 establece otro evento en el cual es admisible la prueba de referencia, a saber, cuando el declarante es menor de 18 años y víctima de los delitos reseñados en el artículo 2º ibídem, la cual podrá emplearse para impugnar la credibilidad del testigo o perito y las declaraciones que no constituyan prueba de referencia (art. 440 L. 906/04).

De otro lado, la referida Ley 906 también permite cuestionar la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, acorde con la impugnación del testimonio, siendo factible además que su admisibilidad y apreciación se efectúe por las reglas generales de la prueba, en especial lo relacionado con la testimonial y la documental (art. 441 ib.).

8.4.2. La jurisprudencia de la nacional ha expresado que la denominada prueba de referencia tiene un carácter excepcional[88], en tanto el sistema acusatorio procura que la totalidad de las pruebas sean directas y colectadas en el juicio oral, para materializar principios como la inmediación y la concentración de la prueba, ampliamente analizados en esta providencia.

En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que la prueba de referencia “representa una

delicada excepción a la regla general” de la inmediación de la prueba, al tiempo que “dificulta intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo”[89].

Para tal efecto, esta corporación recordó lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo de marzo 6 de 2008 (rad. 27.477), M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, donde se explicó que la prueba de referencia tiene cabida solo excepcionalmente en aquellos eventos en los cuales no haya una plena disposición del declarante por ciertos motivos que son insuperables, atendiendo casos de extrema necesidad, para que no se convierta en la regla general y así se evite confrontar realmente a los testigos.

La Corte Constitucional en la referida sentencia C-144 de 2010 explicó que aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 L. 906/04).

8.4.3. En ese orden, como ha señalado la jurisprudencia corresponde a la parte interesada cuestionar el mérito o la eficacia demostrativa de una prueba de referencia[90], atendiendo sistemáticamente lo hasta aquí consignado frente a las exigencias para su excepcional admisibilidad.

De ese modo, al igual que como se concluyó tratándose de la entrevista forense a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, que el legislador otorgue prevalencia a los intereses del menor de edad, frente a otros valores o principios de raigambre constitucional, no constituye una afrenta a la Constitución, sino la materialización de un deber del Estado.

Igualmente, como quedo analizado, la excepcional prueba de referencia, en este caso cuando el declarante sea un menor de edad víctima de un execrable comportamiento relacionado con un delito sexual, debe ser admitida por el juez cumpliendo los presupuestos constitucionales y procesales referidos, al tiempo que puede ser plenamente controvertida por la defensa.

Así, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad del artículo 3º de la Ley 1652 de 2013, en tanto no desconoce los derechos al debido proceso, la defensa, la contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia.

VII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 mediante el cual se adicionó un párrafo al artículo 275 de la Ley 906 de 2004, por los cargos analizados.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 que adicionó el artículo 206A de la Ley 906 de 2004, por los cargos analizados.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 3º de la Ley 1652 de 2013, mediante el cual se adicionó el literal e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Magistrada

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Magistrado

MARÍA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Si bien el ciudadano Antoine Joseph Stepanian Santoyo (expediente D-9841) solicitó declarar inexecutable el artículo 3º de la Ley 1652 de 2013, mediante el cual se adicionó el literal e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por presuntamente desconocer el derecho de defensa (f. 44 cd. Corte), no presentó ningún argumento para establecer por qué, en su sentir, dicha norma conculca la Constitución, siendo entonces solo admitida su demanda frente a los cargos esgrimidos contra los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013.

[2] Mediante el cual se adicionó un párrafo al artículo 275 de la Ley 906 de 2004.

[3] Adicionó el artículo 206A a la Ley 906 de 2004.

[4] “Aunque se trata de un pronunciamiento anterior a la expedición de la Ley 906 de 2004, pero que en líneas generales es aplicable a este caso, en la sentencia T-554 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas H.) la Corte Constitucional expresó que ‘[...] en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, [la] facultad legal [de decretar pruebas] se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial se abstenga de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño [, por lo tanto,] cada prueba en la que el menor intervenga debe ser realizada de forma tal que respete la dignidad humana del niño’.”

[6] Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá.

[7] Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y los ciudadanos Natalia Stefanía Rodas Pinilla, Cindy Natali Abril Mora, Laura Alejandra Aranguren Turmequé, Ana María Arango González y Jairo Poveda Penagos.

[8] Artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 parcialmente demandado.

[9] ICBF, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Ministerio de Justicia y del Derecho,

Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. De otro lado, los ciudadanos Edith Catalina García Wilches, Marisol Céspedes Quevedo, Magdalena Ruiz Infante, Diana Londoño Ospina y Mayra Alejandro Guarín Cubillos abogaron exclusivamente por la exequibilidad del parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013, invocando el interés superior del niño.

[10] El Ministerio Público abogó por la exequibilidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013.

[11] En la sentencia C-892 de octubre 31 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, se recordó que acorde con la jurisprudencia de esta corporación, la integración de la unidad normativa procede de forma excepcional, entre otros eventos, como en el presente asunto, cuando “la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad”. Allí también se indicó que los demás eventos acontecen: “(1) ‘cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada.’ (2) ‘Cuando la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas.’.” Para tal efecto se invitó a revisar, entre muchos otros, los fallos “C-320 de 1997 (M. P. Alejandro Martínez Caballero); C-357 de 1999 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo); C-539 de 1999 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-781 de 2003 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández); C-227 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); C-271 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil); C-409 de 2004 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra); C-538 de 2005 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra); C- 925 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); C-536 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto); C-941 de 2012 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva)”.

[12] Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá.

[13] C-131 de abril 1º de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros.

[14] Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá.

[15] Ver, entre otros, auto 288 y fallo C-1052, ambos de octubre 4 de 2001, con ponencia

del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

[16] C-1052 de 2001, previamente citada.

[17] Ver, entre otros, auto 288 de octubre 4 de 2001 y fallos C-1052 de octubre 4 de 2001 y C-568 de junio 28 de 2004, todas ellos con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de septiembre 26 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[18] Sentencias C-1052 de 2001 y C-980 de 2005, ya citadas.

[19] Sentencia C-1052 de 2001, precitada.

[20] Reiterada en las sentencias C-533 de julio 11 y C-589 de julio 25 de 2012, C-511 de julio 31 de 2013 y, más recientemente, C-033 de enero 29 y C-081 de febrero 12 de 2014, todas con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[21] “Corte Constitucional, sentencia C-012 de 2010.”

[22] “Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2009.”

[23] “Corte Constitucional, sentencia C-480 de 2003.”

[24] Recuérdese que acorde con lo señalado, entre otras normas, en el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño de noviembre 20 de 1989, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

[25] Cfr. <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>.

[26] “Par la présente Déclaration des droits de l’enfant, dite déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l’humanité doit donner à l’enfant ce qu’elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance.”

[27] “L’enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse.”

[28] El interés por el tema en el entorno internacional se ve reflejado, por ejemplo, en la

adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 40/34 de noviembre 29 de 1985, sobre “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.

[29] Cfr. C-1149 de octubre 31 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería, donde se declaró la inexecutable parcial de varias normas de la Ley 522 de 1999, relativas al rol de la parte civil ante la justicia penal militar.

[30] Redefine el rol y las facultades de la parte civil en el proceso penal, frente a la doctrina contenida en la sentencia C-293 de julio 6 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[31] Cfr. C-061 de enero 30 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, mediante la cual se declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), que permitía la publicación de nombres completos y foto reciente de las personas condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV de la Ley 599 de 2000 (“Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”), cuando la víctima fuere un menor de edad.

[32] Cfr., entre muchas otras decisiones, la sentencia T-078 de febrero 11 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, mediante la cual se ampararon los derechos al debido proceso y el interés superior de una niña (3 años al momento de los hechos denunciados), presuntamente víctima de actos sexuales abusivos efectuados por su padre, contra quien la Fiscalía se abstuvo de formular resolución de acusación al descartar las valoraciones físicas y psicológicas efectuadas por galenos forenses.

[33] Cfr. T-078 de 2010, ya referida, donde se reiteró lo expresado en el fallo T-510 de junio 19 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[34] “Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. | 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas

legislativas y administrativas adecuadas. | 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

[35] “Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. | 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. | 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. | Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: | 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. | 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. | 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

[36] “Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios,

dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. | Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. | 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

[37] “Sentencia T-808 de 2006.”

[38] Artículos 42, 44 y 45 de la Constitución, acorde con la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Declaración sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (art. 24); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (arts. 10 y 12); y la Convención sobre los Derechos del Niño, noviembre de 1989; entre otras.

[39] Igualmente, dentro de los principios generales de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, “Reglas de Beijing”, se plantea como una de las orientaciones fundamentales que “los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales promover el bienestar del menor y de su familia”.

[40] “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.”

[41] Cfr. Gaceta del Congreso N° 250 de julio 26 de 2006, pág. 23.

[43] Según la sentencia C-194 de marzo 2 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, esa

valoración debe corresponder a los términos en que fue evaluada la gravedad en el fallo condenatorio por el juez de la causa.

[44] Recordando, claro está, que en fallo C-823 de agosto 10 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, fue condicionalmente declarada exequible esta última circunstancia, bajo el entendido de que el no pago previo de la reparación no impide la concesión excepcional del subrogado, cuando se demuestre ante el juez de ejecución de penas – previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Público – la insolvencia actual del condenado.

[45] Cfr. arts. 373 y 380 L. 906 de 2004, entre otros.

[46] Entre otros, el Tribunal Constitucional Español en varios pronunciamientos ha recalcado el trato preferente y cuidadoso que debe brindarse a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, como se indicará con mayor profundidad mas adelante.

[47] Cfr. fallos T-593 de agosto 28 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-078 de febrero 11 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-117 de marzo 7 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada, entre muchos otros.

[48] “En este sentido, en la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo se expresó: ‘...mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. (sic) Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador- ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.// Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual...’.”

[49] “Gerd Pfeiffer, Libro homenaje a Bemann, Munich, 1997, citado por O.J. Guerrero, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2005.”

[50] “Claus Roxin, Derecho procesal penal, Buenos Aires, 2000, p. 395.”

[51] “En palabras de Lorenzo Bujosa Vadell ‘Las exigencias del principio de contradicción y el de inmediación exigen distinguir entre actos sumariales y actos de prueba y conlleva la necesidad de dar valor probatorio únicamente a la prueba practicada en la fase de juicio oral, con la estricta excepción de las pruebas anticipadas y preconstituidas, siempre que se hayan llevado a cabo las debidas garantías, principalmente el cumplimiento del deber de información e ilustración de sus derechos al imputado con el fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y esta sea obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales’, en ‘Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español’, en Derecho Penal Contemporáneo, dic. 2004, p. 58.”

[52] Cfr. T-593 de 2009, ya referida, entre otras.

[53] “Entrevista forense a niños y su preparación para el juicio. Internacional Criminal Investigative Training and Assistance Program, ICITAP, Pág. 136.”

[54] “Sentencia 18 de mayo de 2011, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Radicado 33651.”

[55] Allí se hizo alusión a las sentencias 303 de octubre 25 de 1993, 153 de septiembre 29 de 1997, 12 de enero 12 de 2002 195 de octubre 28 de 2002, 187 de octubre 27 de 2003, 1 de enero 16 de 2006 y ampliamente la 174 de noviembre 7 de 2011, entre otras.

[56] El Tribunal Constitucional español hizo referencia al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera) de febrero 19 de 2013, asunto Gani contra España, donde el demandante invocó “vulneración del derecho de contradicción y del de interrogar a la víctima, único testigo en su contra en relación con todos los delitos por los que ha sido condenado”, luego de ser encontrado responsable por la jurisdicción española de: “(i) un delito de amenazas a N. con agravante, a la pena de 15 meses de prisión; (ii) un delito de allanamiento de morada, con violencia e intimidación, con agravante, a la pena de dos años y medio de prisión y multa de 9 meses en cuota diaria de 12 euros; (iii) dos faltas de lesiones a N., a la pena de 12 días de localización permanente por cada una de ellas; (iv) un delito de secuestro con agravante, a la pena de ocho años de prisión; (v) otro delito de secuestro, a la pena de prisión de tres años; (vi) un delito contra la integridad moral con

agravante, a la pena de dos años de prisión; (vii) un delito de agresión sexual con agravantes, a la pena de 15 años de prisión; (viii) un delito de falsedad en documento oficial, a la pena de seis meses y multa de seis meses en cuota diaria de 12 euros”. Además, se reseñaron las decisiones de diciembre 20 de 2001, caso P.S. contra Alemania; julio 2 de 2002, caso S.N. contra Suecia; noviembre 10 de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; abril 24 de 2007, caso W. contra Finlandia; mayo 10 de 2007, caso A.H. contra Finlandia; junio 27 de 2009, caso A.L. contra Finlandia; julio 7 de 2009, caso D. contra Finlandia y septiembre 28 de 2010, caso A.S. contra Finlandia.

[57] En este punto se recordó lo consignado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de diciembre 20 de 2001, caso P.S. contra Alemania.

[58] El artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 hace referencia al artículo 206A de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 2º de la misma Ley 1652.

[59] El Título IV culmina con el artículo 219B que tipifica el delito de omisión de denuncia frente a las conductas reseñadas.

[60] El artículo 146 de la Ley 906 de 2004 preceptúa (no está en negrilla en el texto original): “Registro de la actuación. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice: 1. En las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Judicial que requieran declaración juramentada, conservación de la escena de hechos delictivos, registro y allanamiento, interceptación de comunicaciones o cualquier otro acto investigativo que pueda ser necesario en los procedimientos formales, será registrado y reproducido mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad. 2. En las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos. Al finalizar la diligencia se elaborará un acta en la que conste únicamente la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada. 3. En las audiencias ante el juez de conocimiento, además de lo anterior, deberá realizarse una reproducción de seguridad con el medio técnico más idóneo posible, la cual solo se

incorporará a la actuación para el trámite de los recursos consagrados en este Código. 4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad. El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación. Una vez anunciado el sentido del fallo, el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acusado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía, la autoridad que profirió la decisión y el sentido del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio. 5. Cuando este Código exija la presencia del imputado ante el juez para efectos de llevar a cabo la audiencia preparatoria o cualquier audiencia anterior al juicio oral, a discreción del juez dicha audiencia podrá realizarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del imputado ante el juez. El dispositivo de audio video deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el imputado y su defensor, o con cualquier testigo. El dispositivo de comunicación por audio video deberá permitir que el imputado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor. La señal del dispositivo de comunicación por audio video se transmitirá en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación. En las audiencias que deban ser públicas, se situarán monitores en la sala y en el lugar de encarcelamiento, para asegurar que el público, el juez y el imputado puedan observar en forma clara la audiencia. Cualquier documento utilizado durante la audiencia que se realice a través de dispositivo de audio video, debe poder transmitirse por medios electrónicos. Tendrán valor de firmas originales aquellas que consten en documentos transmitidos electrónicamente. Parágrafo. La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros.”

[61] La norma en cita otorga un plazo de un año para que el personal del CTI respectivo sea entrenado en “entrevista forense”.

[62] El artículo 209 de la Ley 906 de 2004 preceptúa: “Informe de investigador de campo. El informe del investigador de campo tendrá las siguientes características: a) Descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa a que se refiere el informe; b) Descripción clara y precisa de los resultados de la actividad

investigativa antes mencionada; c) Relación clara y precisa de los elementos materiales probatorios y evidencia física descubiertos, así como de su recolección, embalaje y sometimiento a cadena de custodia; d) Acompañará el informe con el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado.”

[63] Cfr. Convención sobre los Derechos de los Niños y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre muchos otros reseñados en esta providencia.

[64] Acorde con doctrina especializada, los niños sexualmente abusados pueden mostrar reacciones emocionales negativas como la depression, culpa o autoestima disminuida, fobias, pesadillas, inquietude, neurosis, rechazo escolar, embarazos adolescentes, tentativa de suicidio, entre otras conductas (cfr. Pabón Parra, Pedro Alfonso, Delitos sexuales. La sexualidad humana y su protección penal. Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005, pág. 342. Igualmente, puede consultarse a Monge Fernández, Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre). Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

[65] Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 8.6), entre muchos otros reseñados en esta providencia.

[66] El artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 preceptúa: “En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.”

[67] Acorde con la jurisprudencia y la doctrina constitucional comparada, existen dos grandes enfoques para establecer si un determinado postulado normativo contraría el principio y derecho a la igualdad: (i) el test o juicio de proporcionalidad propio de la Corte Europea de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales de España y Alemania; y (ii) otra con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, relacionada con los escrutinios o test de igualdad (C-093 de enero 31 de 2001, M. P. Alejandro Martínez

Caballero). En el primer caso, el test o juicio de proporcionalidad busca establecer si: (i) una medida es adecuada, es decir, idónea para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) el trato diferenciado es necesario o indispensable, esto es, si existen o no otros instrumentos menos gravosos que impliquen un menor sacrificio de un derecho o valor constitucional; y (iii) luego de un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, señalar si el trato diferenciado creado con una disposición normativa no sacrifica valores y principios de raigambre constitucional, con mayor relevancia que los alcanzados con dicha medida diferencial. De otro lado, la tendencia que emplea escrutinios o test de igualdad, parte de la existencia de unos niveles estrictos, intermedios o suaves para su desarrollo. Para que el test sea estricto, se requiere que el trato diferenciado constituya una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso. Será entonces flexible o de mera razonabilidad, cuando la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido en el ordenamiento. Esta corporación ha aceptado que se efectué un juicio integrado de proporcionalidad, donde confluyan las ventajas de ambos tipo de análisis, máxime cuando en ciertos casos se deban respetar principios de raigambre constitucional.

[68] Aunque la madurez física y psicológica de un menor esté en desarrollo, no quiere ello decir per se que sus versiones, principalmente frente a delitos sexuales deban descalificarse, pues acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, la naturaleza de ese tipo de aberrantes comportamientos y el impacto que generan en la memoria del menor, brindan credibilidad (cfr. T-078 de 2010, ya referida).

[69] Exposición de motivos del proyecto de ley 01 de 2011 Senado, que se convertiría en Ley 1652 de 2013, donde se indicó: “El presente proyecto de ley busca defender los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. Es de vital importancia acomodar el proceso penal a las exigencias propias de los niños, pues es apenas evidente que por la etapa de desarrollo mental en que se encuentran y por las nefastas consecuencias del abuso sexual, estos no se desenvuelven normalmente dentro de un proceso diseñado para adultos” (Cfr. Gaceta del Congreso 520 de Julio 22 de 2011).

[70] En sentencia C-209 de marzo 21 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, esta corporación declare exequible de forma condicionada el artículo 344, en el entendido de

que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

[71] La Corte Constitucional mediante sentencia C-1194 de noviembre 22 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, declaró exequible “la expresión ‘el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento’, consignada en el inciso primero del artículo 344 del C.P.P., en el entendido de que dicha potestad puede ejercerse independientemente de lo previsto en el artículo 250 constitucional que obliga a la Fiscalía General de la Nación, o a sus delegados, en caso de presentarse escrito de acusación, a ‘suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado’.”

[72] Recuerdese que el numeral 7º del artículo 250 superior impone la obligación a la Fiscalía de velar por la protección de las víctimas dentro del proceso penal.

[73] Reitérese que el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 señala que el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución y en dicha ley. De otro lado, el numeral 7º del artículo 193 ibídem, la autoridad judicial: “Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.”

[74] La Corte ha puntualizado que el juez no es un “convidado de piedra”, luego “no sólo es quien está llamado a concretar el ius puniendi del Estado, sino que también es el encargado de buscar la verdad, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas” (C-144 de marzo 3 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, entre muchas otras).

[75] Cfr. Fallo T-117 de 2013 ya citado, donde se recordó lo expresado por la Sala de Casación Penal en decisión de mayo 18 de 2011 (Rad. 33.651), también citada.

[76] Cfr. Sentencia 57 de marzo 11 de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español, ampliamente citada en esta providencia dada su pertinencia para el presente asunto.

[77] En el fallo C-079 de febrero 22 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se explicó: “en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

[78] “Ver, por ejemplo, Sentencia C-127/93. M. P. Alejandro Martínez Caballero.”

[79] “Corte Constitucional. Sentencia C-531/93 del 11 de noviembre de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.”

[80] Cfr. T-117 de 2013 ya citada.

[81] Íb..

[82] Sentencia 57 de marzo 11 de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español.

[83] “Ver Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos” aprobadas en la Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005. Párr. 19 a 21.”

[84] “Ver Unicef y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc). ‘Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos

para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas'. 2010. P. 38."

[85] La Cámara de Gesell, llamada así por su creador el estadounidense Arnold Gesell, es una sala acondicionada especialmente para las declaraciones de personas que han sido víctimas de delitos sexuales o violencia doméstica, conformada por dos habitaciones divididas por un vidrio especial que permite ver desde el lugar contiguo lo que sucede, sin ser observado y que cuenta con la participación de una psicóloga especialista en entrevistas en procesos judiciales.

[86] Como se expresó previamente, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad (C-144 de 2010, ya citada).

[87] Artículo 437 de la Ley 906 de 2004.

[88] Cfr. T-704 de septiembre 4 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, donde se recordó lo expresado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 21 de 2007(Rad. 25.920), M. P. Javier Zapata Ortiz. El artículo 379 de la Ley 906 de 2004 también recalca que acorde con el principio de inmediación, el juez deberá tener en cuenta como pruebas, únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia, siendo excepcional la admisibilidad de la prueba de referencia.

[89] Cfr. C-144 de 2010, ya referida, donde se citó: "En este sentido, María Isabel Velayos Martínez. El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 88. También Ernesto Chiesa Aponte. Derecho penal de Puerto Rico y Estados Unidos, vol I. Bogotá, editorial Forum, 1995, pp. 408-409."

[90] T-704 de 2012, ya citada.