

Sentencia T-078/10

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO FACTICO-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO FACTICO-Dimensiones

DEFECTO FACTICO-Modalidades

DEFECTO FACTICO POR NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO

Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente.

DEFECTO FACTICO POR VALORACION DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO

Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD ENTORNO A LA PROTECCION DE LOS NIÑOS

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

DERECHOS DE VICTIMAS DEL DELITO-Protección amplia

DERECHOS DE VICTIMAS Y PERJUDICADOS POR HECHO PUNIBLE EN PROCESO PENAL-Derechos a la verdad, justicia y reparación económica

La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

PRUEBA PERICIAL-Rechazo por parte de los fiscales no conduce al esclarecimiento de la verdad/VIA DE HECHO-Se contraría el precedente constitucional según el cual el testimonio de la víctima en casos de abuso sexual de menores, puede bastar como prueba

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. Rechazar un peritazgo por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES-Autoridades judiciales que intervienen en ellos deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas

La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que

no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.”

**PRINCIPIO PRO INFANS**-Los fallos cuestionados no tuvieron en cuenta este principio

Una de las principales razones que finalmente soportaron la sentencia de primera instancia objeto de impugnación en este caso, tiene que ver con la disyuntiva para fallar y resolver el caso frente a la duda que le ofrecía el material probatorio al fallador de primer grado. Tales apreciaciones que constituyen no sólo un defecto fáctico por fallar de manera contraevidente a la realidad del caso que se le presentaba, violan también directamente la Constitución por cuanto infringen los dictados del artículo 44 superior, ignoran el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de un atentado sexual. El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. Los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, axioma que desecharon los fallos cuestionados.

**TESTIMONIO DE MENORES**-Los menores de 12 años no están obligados a declarar bajo juramento

El argumento más sorprendente de las decisiones impugnadas, es aquel emitido por la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, que echa de menos la falta de declaración sin juramento de la menor, olvidando que los menores de 12 años no están obligados a declarar bajo juramento. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, se tiene que tanto en la Ley 600 de 2000 (artículo 266), como en la Ley 906 de 2004 (383, inciso segundo) se establece que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente

mayor de edad.

PRINCIPIO PRO INFANS-La providencia desconoció que los menores de edad no están obligados a declarar

La providencia desconoció que los menores de edad, y en especial una niña de cuatro años que presuntamente ha sido víctima de un delito de abuso sexual, no estaba obligada a declarar y que por lo tanto no se podía deducir consecuencias jurídicas de esta prueba imposible, lo cual se establece también de modo claro en el artículo 193 del código de la infancia (Ley 1098 de 2006) que dispone que en los procesos judiciales en los que haya víctimas niños o niñas, la autoridad judicial tendrá en cuenta que no se les deben generar nuevos daños (a los niños) con el proceso judicial de los responsables. El deber de los fiscales que fallaron la investigación de este caso, era velar por la protección del interés superior de la menor, y no deducir consecuencias jurídicas de una falta de comparecencia que no era legalmente exigible. Por ende, incurre la providencia de primera instancia en un claro defecto sustantivo al sugerir la aplicación de una norma claramente inaplicable al caso sub examine.

Referencia: expediente T-2418585

Acción de tutela instaurada por Nestor Iván Osuna contra la Fiscalía 21 de Cartagena y la Fiscalía Cuarta ante el Tribunal de Cartagena.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, DC., once (11) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por la Sala de Casación Penal y la Sala

de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

#### Aclaración preliminar

Esta Sala ha adoptado como medida de protección a la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación<sup>1</sup>. En vez de ello, sus nombres serán remplazados con un solo nombre ficticio<sup>2</sup> que se distingue por encontrarse escrito en cursiva.

#### I. ANTECEDENTES

NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO, actuando como apoderado de MARÍA y de su hija menor de edad LAURA, interpone acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación — Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena — Fiscalía Cuarta y la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, para la protección inmediata de los derechos al debido proceso, acceso a la justicia, igualdad e interés superior del menor.

La alegada vulneración de los derechos fundamentales se predica de la decisión de segunda instancia proferida por la Unidad Delegada de la Fiscalía General de la Nación ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena, Fiscalía Cuarta, mediante la Resolución 064, dentro del sumario 192.801, fechada el 19 de mayo de 2009 y notificada el 11 de junio de 2009, que confirmó la decisión de preclusión de la investigación que había sido proferida en primera instancia el 2 de diciembre de 2008 por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, dentro del mismo expediente.

Alega el peticionario, que las providencias mencionadas incurrieron en muchas de las causales de procedibilidad de la acción de tutela, y por ende, vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de las partes ante la Ley procesal (artículos 29 y 13 de la Constitución Política), al acceso a la administración de justicia (artículo 228 de la Constitución Política) a la vez que amenazan los derechos fundamentales de una menor de edad establecidos en el artículo 44 de la Constitución Política.

#### 1. Hechos

Los hechos que configuran la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales invocados en la tutela, tuvieron lugar en una investigación penal que se adelantó entre los años 2006 y 2009 en la ciudad de Cartagena, en un proceso que se identifica del siguiente modo:

Radicación 192.801. Sindicado: Juan. Presunto delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Denunciante: María. Víctima: Laura (menor de edad nacida el 13 de mayo de 2002), Fiscalía de primera instancia: Fiscalía 21 Seccional de Cartagena. Fiscalía de Segunda Instancia. Fiscalía Cuarta, Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena.

A su vez, las resoluciones de la Fiscalía General de la Nación en las que el accionante radica la vulneración y amenaza a los derechos fundamentales aquí invocados son las siguientes:

Resolución No. 92 de 2 de diciembre de 2008, proferida por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, que precluyó la investigación, y la Resolución 064, de la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta), proferida en Cartagena el 19 de mayo de 2009, y que fue notificada el 11 de junio de 2009, mediante la cual se confirmó la decisión preclusiva de primera instancia.

La referida investigación judicial se inició a partir de una denuncia presentada por la señora María, por el presunto delito de “Actos sexuales abusivos cometidos en menor de catorce años”, los cuales se habrían cometido sobre su hija Laura, quien para la época de los hechos tenía apenas tres años de edad, y en el que se vinculó como sindicado al padre de la menor, Juan.

En el mencionado proceso se aportaron, decretaron y practicaron como pruebas de tipo médico- psicológico las siguientes: a) concepto de la Dra. Mónica Patricia Vejarano Velandia, a partir de una valoración psicológica que realizó sobre la niña Laura; b) valoración sexológica del médico Dr. Gabriel Villalba Cañellas, adscrito al CTI de la Fiscalía General de la Nación; c) concepto de la Dra. Alexa Liliana Rodríguez Padilla, psicóloga que se desempeñaba profesionalmente para el Instituto de Medicina Legal. Todas estas pruebas, de modo unánime, coinciden en afirmar que existieron actos de abuso sexual en contra de la niña Laura.

El primero de los conceptos mencionados, esto es, la valoración psicológica efectuada por la Dra. Mónica Patricia Vejarano, que fue la que motivó la interposición de la denuncia penal por parte de la madre de la niña, tuvo lugar el 11 de marzo de 2006 y en el documento respectivo se refieren las técnicas que la profesional de la psicología utilizó en la sesión respectiva, para obtener de modo espontáneo la revelación de un “secreto” que tenía la niña Laura en relación con su padre, y respecto del cual su madre, María, había comenzado a tener graves sospechas de posible abuso sexual.

La revelación de la niña, además de otras conclusiones que se deducen por la Dra. Vejarano, llevaron a la profesional a tomar las siguientes recomendaciones: “La profesional encargada de la valoración recomienda que Laura y su madre, inicien un proceso terapéutico, para fortalecer sus defensas y prevenir futuros eventos de abuso y trabajar muchos dolores y temores que Laura presenta, así como la sintomatología de estrés postraumático. La profesional encargada de la valoración recomienda suspender las visitas o encuentros inmediatamente con el señor Juan, padre de Laura. El señor Juan, puede aprovechar cualquier oportunidad para realizar conductas sexuales inadecuadas con su hija Laura. Este señor Juan debe recibir ayuda profesional individual especializada, para evitar que abuse de otros niños y niñas que estén a su alrededor”.

Con los resultados de esta valoración psicológica, al día siguiente, el 13 de marzo de 2006, la madre de Laura, instauró denuncia en contra del padre de la niña y así se inició la investigación penal en la que se profirieron las resoluciones que ahora se impugnan.

En el curso de la investigación penal se practicó un examen sobre la niña por parte del Dr. Gabriel Villalba, médico legista que se desempeña como investigador criminalístico del CTI de la Fiscalía General de la Nación, y en el informe respectivo se afirma lo siguiente: “Examinada de tres años de edad, sin lesiones personales, himen íntegro no dilatable sin lesiones, ano normotónico con presencia de equimosis a nivel de piel en meridiano de las doce en reborde anal compatible con actos sexuales crónicos a ese nivel”. El examen fue realizado el 13 de marzo de 2006.

En la investigación penal también se practicó prueba pericial por parte de la Dra. Alexa Liliana Rodríguez Padilla, psicóloga especialista forense, funcionaria del Instituto Nacional de

Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Bolívar. El dictamen correspondiente fue rendido el 27 de Marzo de 2006 y en el mismo se afirma que de acuerdo con la solicitud de la fiscal, se practicó evaluación psicológica a la menor Laura. Luego de varias páginas en las que se relatan los pormenores de la entrevista que tuvo la psicóloga con la niña y su madre, se afirma que la menor padece claros síntomas de abuso sexual infantil.

Sostiene el apoderado de la demandante, que pese a la contundencia palmaria e irrefutable de las anteriores pruebas, las dos instancias del ente investigador las descartaron como pruebas de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años, y para ello se valieron, a su juicio, de las más inaceptables razones que se describen así en la demanda: i) descartar el concepto de la Dra. Vejarano por cuanto no cumplía con la ritualidad propia de un dictamen pericial; (ii) el dictamen del Dr. Villalba por cuanto no le pareció a los Fiscales respectivos que tal dictamen fuera creíble, a la luz de un diccionario jurídico que se consultó y; (iii) el dictamen de la Dra. Alexa Rodríguez Padilla, por cuanto aunque sí cumplía con las formalidades de un dictamen pericial, la experta no había empleado unas técnicas de entrevista específicas para llegar a las conclusiones a las que arribó.

Según el relato de la demanda, descartadas las pruebas técnicas que obran en el expediente, la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena analizó algunas pruebas testimoniales de personas que conocían al sindicado, algunas con cercanía familiar y dependencia económica respecto del mismo. En la valoración de esos testimonios, “no hay constancia alguna de los actos de abuso sexual referidos por la prueba técnica y la Fiscalía no tuvo en cuenta lo reiteradamente sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varios fallos acerca de la prueba de delitos sexuales—en los que la versión de la víctima se ha admitido reiteradamente como prueba única-, y en los que se ha considerado que es absurdo pretender que el violador o el abusador realice sus comportamientos pervertidos en presencia de testigos, o dejando constancias fílmicas o fotográficas para su posterior investigación. En verdad, la Fiscalía de primera instancia creó una serie de inexistentes requisitos legales para que la evaluación de los facultativos a la menor víctima del abuso pudiera tener algún valor probatorio, olvidando que solo la prueba pericial está sometida a mínimos requisitos formales”.

Aduce en último lugar, que la decisión de la Fiscalía de Primera instancia fue

oportunamente recurrida en apelación por la parte civil, pero la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, en su calidad de Fiscalía de segunda instancia, incurrió igualmente en el error fáctico de apreciación absolutamente inadecuada del material probatorio existente.

## 2. Fundamentos jurídicos de la demanda

Señala la accionante, que existió a lo largo de todo el proceso un grueso desconocimiento del derecho al debido proceso, del derecho a la igualdad ante la ley procesal y del derecho de acceso a la administración de justicia “del cual como quiera que ante una agresión de la que muy probablemente ha sido víctima una niña, la administración de justicia ha esquivado responderles con una respuesta justa, precluyendo a toda costa una investigación en la que las evidencias determinaban una solución jurídica diferente.” Es palmaria entonces, a su parecer, la vulneración de los derechos al debido proceso, a la igualdad de las partes ante la ley procesal y al acceso a la administración de justicia, por la presencia de un defecto fáctico en las resoluciones que se impugnan, por las siguientes razones:

1. En el presente caso, existían pruebas documentales, periciales y testimoniales que de modo unívoco, “sin asomo de duda, expresaban que la niña Laura había sido víctima de abuso sexual, y las autoridades demandadas las despacharon de modo negativo por consideraciones puramente formalistas que, por lo demás, no resultaban aplicables al caso, como lo es el hecho de exigir a una prueba documental que cumpla con la ritualidad de la prueba pericial, o descartar una prueba pericial por unas consideraciones puramente formalistas que no se desprenden de la ley, para preferir unos testimonios que a todas luces no tenían la virtualidad de desmentir lo que las demás pruebas arrojaban.”

2. La Fiscalía tenía un amplio margen para valorar las pruebas, pero no podía desconocer las recaudadas y valorarlas conforme a cualquier criterio de sana crítica, pues ellas conducían invariablemente a la verificación de que los hechos denunciados habían ocurrido y que ameritaban una acusación en contra del sindicato.

3. Enfatiza el accionante, en que las pruebas documentales y testimoniales rendidas por expertos en temas de abuso sexual que habían tenido contacto con la niña Laura apuntaban,

unánimemente, a la existencia de abuso sexual y a la autoría de tales abusos por su padre, quien fue denunciado por tales hechos. “No se compadece con la profesionalidad de la justicia ni con los cánones constitucionales, la forma como la Fiscalía General de la Nación descartó todo ese acervo probatorio, al cual le exigió formalidades que la ley no establece, para, a cambio, darle toda credibilidad a unos testimonios que no la tenían, como quiera que la prueba testimonial, en estos casos, no tiene mayor relevancia (los actos de abuso sexual no se ejecutan en publico ante testigos), y que los testigos presentados por la defensa del sindicato tenían lazos de parentesco o subordinación con el sindicato.”

4. Es evidente la existencia de una “ruptura deliberada del equilibrio procesal, puesto que una de las partes quedó en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual -contra su misma esencia- no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta”

5. El error en la valoración del acervo probatorio fue determinante de las resoluciones de preclusión, pues la superación de ese error llevaría a una decisión de acusación y al subsecuente juicio penal. “Si en sana crítica se hubiera dado el valor que en derecho le corresponde a todo el acervo probatorio del expediente, se habría concluido que el sindicato ha debido ser acusado y llamado a juicio, y las medidas cautelares dictadas a favor de la niña Laura se mantendrían vigentes, lo cual la protegería del riesgo de estar de nuevo, indefensa, frente al sindicato.”

6- Aduce el accionante, que el defecto alegado no se limita a cuestionar la precaria cantidad de pruebas que sirvieron de fundamento a la decisión impugnada. El reclamo no versa sobre el número de pruebas. Se trata de una indebida valoración de las pruebas practicadas y de un razonamiento errado al eximir de responsabilidad penal cuando estaba probada la existencia del delito.

7. Concluye el accionante, que “es evidente que el desarrollo sano de la personalidad de Laura, así como su desarrollo integral, van aparejados del ejercicio de sus derechos

fundamentales, que en este caso se realizan mediante el respeto del debido proceso, el acceso a la justicia, garantías que, como se aprecia, tienen en el caso incidencia en su integridad física y moral y la protección especial de la que es merecedora frente a la posibilidad de abuso sexual.”

8. Finalmente, el apoderado pone de presente que la situación actual de las personas involucradas en este caso es bastante delicada por lo siguiente: como medida cautelar dentro de la actuación de la Fiscalía General de la Nación, se había suspendido el régimen de visitas del padre a Laura y se habían tomado medidas para evitar cualquier riesgo de la niña en manos de su padre. Así se había determinado, ciertamente, mediante resolución de 30 de marzo de 2006, en la que se había ordenado evitar cualquier acercamiento entre la niña Laura y su padre. Al precluirse la investigación, tales medidas han dejado de tener efecto, pues así se dispuso en la preclusión de primera instancia, y el padre de la menor ya ha iniciado diligencias ante las autoridades competentes (ICBF) para reglamentar de nuevo las visitas.

### 3. Solicitud de la tutela

Como consecuencia de todo lo expuesto, el accionante reclama del juez constitucional:

1. Dejar sin efectos la Resolución 064, proferida por la Fiscalía Cuarta de la Unidad Delegada Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el sumario identificado con el N° 192.801, resolución que aparece fechada el 19 de mayo de 2009 y que fue notificada el 11 de junio de 2009.

2. En consecuencia de lo anterior, ordenar a esa Unidad de la Fiscalía General de la Nación que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

3. Restablecer la medida cautelar de protección de la niña Laura, tomada cuando se inició la investigación penal aquí referida, en el sentido de “ordenar, de conformidad con el artículo 6 de la ley 575 de 2000, al sindicado JUAN, de Manera provisional y mientras se ritúa esta

actuación, se abstenga de tener cualquier tipo de contacto o acercamiento con la menor LAURA”.

#### 4. Pruebas allegadas al expediente

- Copias auténticas de las resoluciones de la Fiscalía que son objeto de tutela.
- Copias simples de las valoraciones psicológicas de la hoja de vida y de la declaración rendida por la Doctora Mónica Vejarano.
- Copia simple de la valoración psicológica rendida como dictamen pericial por la Doctora Alexa Rodríguez.
- Copia simple de la resolución de la Fiscalía, en la que se concede medida de protección a la menor Laura.

#### 5. Respuesta de la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena

La Fiscalía 21 Seccional de Cartagena se opuso a la demanda, toda vez que en la resolución por ella proferida, fueron expresadas las razones de hecho y de derecho que fundamentaron la decisión, teniendo las partes la oportunidad, como efectivamente lo hicieron a lo largo de la actuación, de participar en las diligencias practicadas y de controvertir las decisiones adoptadas; por tanto, afirma, no es cierto que con la instrucción se hayan vulnerado o se amenacen los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad de las partes ante la Ley, el acceso a la justicia y mucho menos los primerísimos derechos de la menor, a quien siempre la cobijó una medida de protección y luego de culminada la actuación se solicitó la intervención del ICBF.

#### 6. Sentencias objeto de revisión.

Las sentencias objeto de revisión, dictadas por la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Penal, mediante fallos de 28 de julio y 8 de septiembre de 2009, negaron la presente tutela luego de sostener, que en la actuación surtida por los fiscales acusados, no se advierte ninguna causal de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que se cumplió con el trámite establecido en la ley y las resoluciones fueron debidamente motivadas.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Corte es competente para revisar los fallos mencionados de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

### 2. Problema jurídico

La cuestión que se plantea radica en determinar, si en el presente caso, se configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela, por una indebida valoración probatoria realizada por las resoluciones proferidas dentro de la investigación penal adelantada por el delito de actos sexuales abusivos en menor de catorce años en la persona de Laura.

Para tal efecto, la Corte precisará su jurisprudencia sobre las causales de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales y analizará los temas de fondo que sugiere este asunto: las causales de procedibilidad en punto al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al expediente, el interés superior del menor como postulado constitucional y criterio para evaluar este caso, y en general, ahondar en la doctrina sobre los derechos de menores víctimas de los delitos de abuso sexual.

### 3. Anotación previa

Antes de abordar los problemas jurídicos que sugiere el presente caso, se advierte que en sede de revisión de tutela, la Corte sólo analizará si las providencias acusadas incurrieron en uno de los tradicionales defectos que constituyen vía de hecho, o si se advierte en las resoluciones enjuiciadas, alguna de las causales de procedibilidad indicadas por la doctrina constitucional vigente, de tal manera que lo que realizará la Corte en este caso, será un juicio de validez de las providencias atacadas, y no un juicio de corrección, en tanto no obra el juez de tutela como una instancia más dentro del proceso penal.

La anterior precisión se valida por cuanto existe en este caso un proceso de separación o divorcio entre los padres de la menor Laura, una discusión sobre su custodia y régimen de visitas etc, cuyos contornos serán ajenos a este fallo. En consecuencia, temas como la presencia de un posible síndrome de alienación parental, o de un complot de la madre con la

hija, no serán objeto de análisis, al igual que las generalizaciones que se tejen sobre el abuso sexual en menores en punto a la manipulación de las víctimas, los prejuicios existentes en relación con los abusos de menores en la coyuntura de un proceso de divorcio, etc, todos serán temas marginales que no competen en este preciso caso al juez constitucional, quien sólo abordará la tutela desde la perspectiva planteada en la demanda, vale decir, analizando la supuesta causal de procedibilidad en las providencias acusadas. La Sala recuerda, que el juez de tutela, al estudiar si una determinada providencia constituye causal de procedibilidad, no puede sustituir a los jueces naturales, quienes deberán definir en su momento los tópicos mencionados; la tutela no es una última instancia con capacidad para revisar integralmente todo lo actuado o para juzgar extremos que sólo competen al juez ordinario de la causa.

#### 4. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales a través de la acción de tutela es de alcance excepcional y restringido y se predica sólo de aquellos eventos en los que pueda establecerse una actuación del juzgador, manifiestamente contraria al orden jurídico o al precedente judicial aplicable, y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Según lo ha expresado esta Corporación, la tutela contra decisiones judiciales, en las condiciones señaladas, encuentra un claro fundamento en la implementación por parte del Constituyente del 91 de un nuevo sistema de justicia constitucional basado, concretamente, (i) en el carácter normativo y supremo de la Carta Política que vincula a todos los poderes públicos; (ii) en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales; (iii) en la existencia de la Corte Constitucional a quien se le atribuye la interpretación de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales; (iv) y en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública en defensa de sus derechos fundamentales.

De igual manera, ha explicado la Corte que su carácter excepcional y restrictivo se justifica en razón a los principios constitucionales de los que se desprende el respeto por la cosa

juzgada, la necesidad de preservar la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía de los jueces y el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de éstos.<sup>3</sup>

En los términos descritos, esta Corporación, tanto en fallos de constitucionalidad como de tutela, ha venido construyendo una nutrida doctrina en torno a los eventos y condiciones en las cuales procede la tutela contra providencias judiciales. En una labor de sistematización sobre la materia, en la Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, precisando que los primeros son los presupuestos cuyo cumplimiento es condición para que el juez pueda entrar a examinar si en el caso concreto está presente una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En el citado fallo, este Tribunal se refirió a los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales de la siguiente manera:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones<sup>4</sup>. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable<sup>5</sup>. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones

inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

“c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

“d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora<sup>6</sup>. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

“e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible<sup>7</sup>. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

“f. Que no se trate de sentencias de tutela<sup>8</sup>. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

En relación con los requisitos especiales de procedibilidad, la Corte, en la referida sentencia,

expresó:

“... para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>9</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

“f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.<sup>10</sup>

“h. Violación directa de la Constitución.

“Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de

procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”

Encuentra la Corte que en el presente caso pueden tenerse como cumplidos los requisitos generales de procedencia establecidos por la jurisprudencia. Las razones son las siguientes:

a. La situación fáctica planteada involucra un asunto de entidad constitucional, en cuanto incide en los derechos de las víctimas en un caso de violación de menores, encontrándose comprometido el derecho al debido proceso de las accionantes y el interés superior del menor.

b. Los hechos que generan la vulneración que acusa la demandante se encuentran perfectamente identificados en la demanda.

c. La demandante no cuenta con otro medio judicial alternativo de defensa de sus derechos fundamentales y contra la decisión de segunda instancia no procede recurso alguno.

d. No encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de inmediatez, tomando en consideración a que las piezas judiciales atacadas tienen fecha de diciembre de 2008 y junio de 2009 y la tutela se interpone un mes después de la última providencia.

e. Por último no se pretende controvertir por esta vía una sentencia de tutela, frente a la cual este mecanismo resulta improcedente.

Constata así la Sala, que concurren los presupuestos generales que conforme a su jurisprudencia la habilitan para ingresar en el estudio de una tutela que controvierte decisiones judiciales.

## 5. El defecto fáctico en la jurisprudencia constitucional

En tanto la presente demanda esta edificada sobre una posible causal de procedibilidad de la acción de tutela en la modalidad de defecto fáctico, la Sala recuerda la jurisprudencia vigente a este respecto.

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado, desde sus inicios, que el defecto fáctico tiene lugar “cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para

aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado...”<sup>11</sup>. Y ha sostenido de igual manera, que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”<sup>12</sup>.

La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa<sup>13</sup> u omite su valoración <sup>14</sup> y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente<sup>15</sup>. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez<sup>16</sup>. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución.<sup>17</sup>

La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado las distintas modalidades que puede asumir el defecto fáctico: (i) Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio (iii) Defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica<sup>18</sup>. En la sentencia T-902 de 2005 se hizo un amplio estudio de dichas categorías y a continuación se reseñan las que son de interés al caso sub examine.

a. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.

Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría

variado sustancialmente.

Entre las decisiones en las cuales se constató esta modalidad de defecto fáctico se cuenta la sentencia T-814 de 1999. En esta oportunidad fue resuelto un caso en el cual los jueces de lo contencioso administrativo no advirtieron ni valoraron, para efectos de resolver una acción de cumplimiento impetrada contra la Alcaldía de Cali, el material probatorio debidamente allegado al proceso. Esta situación a juicio de la sala de revisión, constituyó una vía de hecho por defecto fáctico. Sobre el punto se sostuvo:

“Ni en el fallo del Tribunal ni en el fallo del Consejo de Estado se hace una valoración de la prueba mencionada, que les permitiera a estas Corporaciones deducir la obligación para el alcalde de dicha ciudad de promover la consulta popular, previa a la realización del proyecto del metro ligero de Cali, pues para ellas el aspecto probatorio en estos procesos no es relevante. En efecto, el Tribunal dijo que las pruebas arrimadas al proceso de la acción de cumplimiento “no tienen influencia alguna en esta decisión” y el Consejo de Estado por su parte, si bien mencionó el aludido testimonio en los antecedentes no hizo ninguna valoración del mismo.

“La razón por la cual tanto el Tribunal como el Consejo ignoraron las mencionadas pruebas indudablemente estriba en la interpretación que estas Corporaciones tienen en cuanto a la procedencia de la acción de cumplimiento, porque en diferentes apartes de sus sentencias se afirma rotundamente que el deber incumplido debe emerger directamente de la norma. Es decir, que de ésta debe desprenderse una especie de título ejecutivo, configurado por una obligación clara, expresa y actualmente exigible, descartándose por consiguiente toda posibilidad de interpretación sobre el incumplimiento de la norma por la autoridad demandada, con arreglo a los métodos tradicionalmente admitidos, y con sustento a las pruebas que oportuna y regularmente aporten las partes o las que oficiosamente está en la obligación de decretar y practicar el juez de conocimiento.

“Considera la Sala, en consecuencia, que se estructura la vía de hecho por defecto fáctico, porque ni el Tribunal ni el Consejo al decidir sobre las pretensiones de la acción de cumplimiento, valoraron la prueba antes referenciada, y omitieron decretar y practicar las pruebas conducentes y tendientes a establecer la existencia o no del incumplimiento de la autoridad demandada.”

Igualmente, en la sentencia T-902 de 2005, con ocasión de la revisión de una acción de tutela incoada contra la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional encontró que se configuraba un defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria, debido a que no se habían valorado en segunda instancia pruebas documentales decisivas para resolver las pretensiones de la demandante. Al respecto se sostuvo:

Las pruebas anteriores, no fueron valoradas por la sentencia de segunda instancia y a juicio de esta Sala son determinantes para concluir, precisamente en lo que debía, a juicio de la sentencia cuestionada, probarse en el proceso de nulidad para poder demostrar la motivación oculta del acto administrativo que declaró la insubsistencia del cargo de la accionante.

- Visto lo anterior, es posible afirmar que el fallo atacado, negó la valoración de una prueba relevante para identificar la veracidad de los hechos puestos a su conocimiento. Si en la lógica del fallo demandado, la prueba no existía en el expediente, si estaba contenida en un anexo, o no aparecía físicamente, pero sí estaba mencionada, referida y valorada tanto por la demanda, como por la providencia de primera instancia, al punto de ser un documento axial del fallo del a quo, no cumplió la sentencia acusada con agotar los medios necesarios para recoger, siquiera sumariamente, prueba de los supuestos fácticos que le habían presentado a su consideración los interesados en el proceso de nulidad y restablecimiento. Se insiste entonces, en que se incurrió en defecto fáctico en su dimensión omisiva, vulnerando de la misma manera el debido proceso de la accionante.

- Los defectos del análisis probatorio, no menos que la falta de relación entre lo probado y lo decidido, vulneran de manera ostensible el debido proceso y constituyen irregularidades de tal magnitud que representan vías de hecho, como ya se indicó. Es el caso de la sentencia cuestionada, que se apartó por alguna circunstancia del material probatorio, no lo evaluó en su integridad, lo ignoró y plasmó en su sentencia un supuesto diferente al que le ofrecía el bloque de pruebas. Por los hechos relatados, se comprobó que el acervo probatorio fue analizado de manera que de ser tenida en cuenta la prueba en comento, cambiaría el sentido del fallo atacado.

- Es claro entonces, que el juicio valorativo de la prueba que la sentencia no analizó es de tal

entidad que cambia el sentido del fallo: (i) porque es una prueba concluyente en la demostración de la posible desviación de poder que se alegaba en el proceso de nulidad y (ii) amén de lo anterior, es la prueba que la sentencia atacada construye como hipótesis para demostrar el desvío de poder, por ello, no existe duda de que era un documento determinante en las resultas del proceso de nulidad y restablecimiento que se discutía en segunda instancia en el Consejo de Estado. En consecuencia, al pie de la jurisprudencia de esta Corporación, se configuró una vía de hecho en tanto la falta de consideración de un medio probatorio conlleva una vía de hecho siempre y cuando ésta determine un cambio en el sentido del fallo.

Con posterioridad, en la sentencia T-162 de 2007, la Sala Primera de Revisión decidió la tutela impetrada contra una providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en un proceso de reparación directa. El órgano judicial, si bien había declarado administrativamente responsable al Seguro Social por el fallecimiento del señor Luis Mauricio Antonio Acevedo Ocampo, en la providencia cuestionada no había reconocido perjuicios materiales, porque, a su juicio, no se habían aportado pruebas concluyentes sobre la actividad económica del occiso. Consideró la Sala de Revisión que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda desconocía pruebas debidamente aportadas al proceso y adicionalmente se apartaba de las reglas de la sana crítica. Sobre el primer extremo sostuvo:

La Corte observa, que efectivamente al proceso contencioso administrativo por reparación directa, instaurado por Diana Cecilia Cardozo Cárdenas y otros, en contra del Seguro Social el 22 de octubre de 2003, en el cual mediante sentencia del 31 de marzo de 2006, se declaró la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, por el fallecimiento del señor Luis Mauricio Antonio Acevedo Ocampo, producto del inadecuado manejo médico hospitalario que recibió para tratar el cuadro de apendicitis del cual fue víctima; fue aportada una constancia laboral, expedida por la firma Suagro Eat, en la que se da cuenta de que el señor Acevedo Ocampo, antes de su fallecimiento, laboraba como ingeniero agrónomo, con una asignación salarial mensual de dos millones novecientos siete mil pesos (\$2.907.000,00) M/cte., documento cuya veracidad fue admitida por la parte demandada en dicho proceso, en la contestación de la demanda, sin que se solicitara en momento alguno, su ratificación.

Por otra parte, de conformidad con el numeral 2º. Del Art. 10 de la Ley 446 de 1998,

concordado con el numeral 2º. Art. 277 del C. de P. C., modificado por la Ley 794 de 2003, no era menester la ratificación de tal certificación laboral para que el Tribunal realizara su valoración como elemento determinante en su decisión final, de manera que, ante la aceptación del ente demandado en el proceso contencioso, consecuente resultaba su admisión como prueba del valor de los recursos económicos percibidos por el señor Acevedo Ocampo. Ahora que, si la misma le proporcionaba dudas, le estaba permitido, al Juez de conocimiento, decretar una prueba oficiosa conforme con los mandatos del Art. 169 del C.C.A.; sin embargo, no lo hizo, pero sí trasladó a los actores los efectos adversos de su inactividad.

Pero en el peor de los casos, si en efecto el órgano sentenciador hubiese carecido de un elemento real de convicción que le indicara el valor de los ingresos percibidos por el extinto padre de familia, el cual sí obraba en el proceso, de acuerdo con abundante jurisprudencia del Consejo de Estado en tales circunstancias, podía presumir un ingreso mensual igual a un salario mínimo legal, por lo que esta Sala de Revisión concluye, que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda contaba con suficientes herramientas para tasar el valor de los perjuicios materiales, cuya ocurrencia estaba demostrada con el acervo probatorio.

#### b. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio

Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

Ello se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, como en el caso de la sentencia T-450 de 2001, en el que un juez de familia en un proceso de aumento de cuota alimentaria, en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro, decidió aumentarle la cuota alimentaria al demandado. En lo pertinente se dijo en dicha providencia:

“En el proceso que ahora es objeto de revisión, no se aprecian las pruebas y razones que justifiquen la decisión tomada por el Juez 15 de Familia de Bogotá, pues aunque la materia sobre la que versa el proceso -aumento de cuota alimentaria- compromete principios

centrales dentro de la organización social (v.gr. la protección del menor, la vigencia del principio de solidaridad, el valor de la justicia y la equidad), que, en principio, alentarían una postura activa por parte del juez competente con el propósito de proteger integralmente los derechos de un menor, su acción no puede estar absolutamente desligada de las pruebas allegadas o decretadas dentro del proceso –en esta oportunidad, las presentadas por la madre- Así, todo reconocimiento superior a las sumas probadas dentro del proceso, e incluso a los derechos alegados, debe estar plenamente sustentada, so pena de convertir a la decisión judicial en un acto arbitrario que tiene un grave vicio fáctico y lesiona los derechos de la parte vencida en el juicio –en este caso el señor Apóstol Espitia Beltrán-.

“En el expediente no existen pruebas o indicios que avalen la posibilidad de aumentar la cuota alimentaria de la manera como lo hizo el juez competente, y si bien tras su determinación existe una clara intención encaminada a proteger los derechos de la niña, reprochando a su vez la indisposición que demostró el padre durante el trámite del proceso, estas no son razones suficientes para justificar la decisión, pues aquí también está en juego el respeto al debido proceso que se predica de toda actuación judicial. Por eso, tiene razón el juez de instancia a quien le correspondió conocer de la tutela, cuando afirma que: “a pesar de que se adopte la tesis que el juez en algunas materias de familia puede fallar más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido, lo que si no puede hacer es más allá o por fuera de lo probado, ya que en tal caso la decisión sólo responde a su propio arbitrio, contradiciendo el deber de motivación o fundamentación de la providencia, lo cual vulnera ostensiblemente el debido proceso”. Por estas razones el fallo de instancia será confirmado.”

Igualmente tienen cabida en el supuesto bajo estudio, los eventos en los cuales el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte dentro del proceso. Un caso de esta naturaleza fue examinado por la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-1065 de 2006 en la cual se cuestionaba, por vía de tutela, la providencia proferida por un Tribunal de Distrito, mediante la cual denegaba el reconocimiento de una pensión de invalidez al actor debido a que se había acreditado dentro del proceso el pago de la indemnización sustitutiva. A juicio de la Sala de Revisión esta providencia adolecía de un defecto fáctico porque:

“Considera la Sala que en el presente asunto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de la ciudad de Cúcuta se abstuvo de tener en cuenta la certificación emitida por el Banco Agrario

o para decirlo en otras palabras: el Tribunal dio por probado un hecho sin estarlo. Al hacerlo, no sólo cometió un error ostensible, flagrante y manifiesto en la valoración de la prueba sino que esa omisión incidió de manera directa en la decisión final pues por ese motivo el Tribunal resolvió negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Resulta, pues, evidente que al dar por probado el juzgador un hecho sin estarlo, cambió por entero el sentido del fallo y vulneró la garantía del derecho al debido proceso del peticionario. En este caso se trataba de una prueba concluyente orientada a establecer que el pago de la pensión sustitutiva no había tenido lugar. Esta prueba habría conducido al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitados por el actor - tal como se deriva de la argumentación utilizada por el Tribunal en la sentencia y como se desprende de la jurisprudencia citada por esa Corporación en apoyo de la misma -.

En la sentencia T-162 de 2007, además de encontrar que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda no valoraba las pruebas allegadas al proceso sobre la actividad económica del fallecido, la Sala Primera de Revisión encontró que la providencia atacada en sede de tutela también se apartaba de las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria. Al respecto sostuvo:

“Es aún más significativa en relación con la incongruente conclusión adoptada por el Tribunal en el fallo demandado, la afirmación efectuada por el mismo a renglón seguido: ‘aún cuando se tuviera por establecida la actividad económica de la víctima, de todas formas no podría accederse a la indemnización deprecada, por cuanto no consta en el expediente que el fallecido Acevedo Ocampo proveyera al sostenimiento de su compañera y de sus hijas, vale decir, que ellas dependieran económicamente de él.’ No puede la jurisprudencia constitucional respaldar tal postura, ello iría en contravía de los principios de la lógica que está obligado a seguir el juez en su valoración probatoria fundada en la ‘sana crítica’ y sería tanto como desconocer la obligación alimentaria del fallecido padre de familia para con sus hijas menores.

Esta Sala de revisión ha constatado que estaba demostrado en el proceso e incluso, fue objeto de manifestación por parte del Tribunal, el sentimiento de amor que unía a la familia, y el respaldo propio de un buen padre de familia, que prodigaba la víctima a los suyos, así como su convivencia con la accionante y sus tres hijas. Adicionalmente, es claro, que para el 15 de octubre del año 2002, fecha del trágico incidente, las menores Manuela y Sara,

Acevedo Cardozo, once (11) y cinco (5) años respectivamente hecho que a la luz de los artículos 411, 422 del Código Civil les hacía titulares del derecho a percibir alimentos, por lo cual propio era considerar la obligación alimentaria en cabeza de su difunto progenitor.

Los hechos descritos con anterioridad son suficientes para concluir que Luis Mauricio Acevedo Ocampo, se conducía de manera responsable y amorosa con su compañera e hijas y resulta lógico pensar que el dinero por él percibido como contraprestación a su trabajo, era gastado en su sostenimiento propio y el de su hogar. La experiencia demuestra que en las condiciones narradas, es éste el comportamiento de un buen padre de familia, y no tenía el despacho de conocimiento, elementos de juicio para desvirtuar su conducta, convirtiéndola en reprochable. ¿Cómo podría sostenerse válidamente que unas hijas menores de edad titulares de derechos alimentarios y su compañera permanente, no sufrieron perjuicios materiales como producto del fallecimiento de uno de los miembros fundantes del núcleo familiar?; considerar lo contrario convertiría al fallecido Acevedo Ocampo, en un padre y esposo irresponsable de sus deberes y obligaciones, sin que le esté permitido al funcionario judicial hacer tales presunciones sin respaldo probatorio.

En la sentencia T-458 de 2007 la Sala Octava de Revisión examinó la acción interpuesta contra una decisión proferida por una jueza de menores mediante la cual decidía la cesación del procedimiento en una investigación que se adelantaba por un supuesto delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir cuya presunta víctima era una menor de edad. Estimó la Sala de Revisión que la providencia atacada en sede de tutela adolecía del defecto fáctico de indebida valoración probatoria porque desconocía el alcance de un dictamen pericial rendido dentro del proceso. Textualmente se afirma:

En sentir de la Corte en este caso se produjo una vía de hecho por parte de la juez de menores al momento de evaluar precisamente la prueba pericial, pues claramente la conclusión judicial adoptada con base en ella es contraevidente, es decir, el juez dedujo de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, como es que la menor sí tenía capacidad para discernir y consentir la relación sexual llevada a cabo en las circunstancias reseñadas por Medicina Legal. Es una valoración defectuosa de una prueba que terminó separando el fallo de lo que realmente aparecía como probado.<sup>19</sup>

La Sala precisa que si bien el respeto a la autonomía judicial hace que se permita que los jueces valoren libremente el acervo probatorio dentro de las normas de la sana crítica, el valor normativo de la Constitución conlleva de manera ineludible a que la valoración probatoria que se aparta de las reglas de la sana crítica, cuando la prueba tiene “la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”<sup>20</sup>, haga procedente la acción de tutela contra la providencia judicial respectiva.

Así, advierte la Corte, que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la evaluación probatoria del juez de conocimiento y es evidente que no todo vicio en la valoración probatoria<sup>21</sup> culmina en una vía de hecho. Así, sólo es factible fundar la prosperidad de una acción de tutela de manera excepcional, cuando se observa que existe un error ostensible y manifiesto<sup>22</sup> en el juicio valorativo de la prueba que además, tiene una incidencia directa en la decisión.

Es evidente en el caso objeto de revisión, que la existencia de capacidad para discernir acerca de la aceptación o rechazo de la implicación sexual llevada a cabo, no es un derivado del examen de medicina legal y por consiguiente mal podía concluirlo la juez del proceso. Escindir el dictamen forense, para afirmar que estaban afectadas las funciones de memoria y fijación de la niña, más no las de discernimiento y las motoras, es un arbitrio de la juez que tiene incidencias en la valoración congruente de la prueba pericial, y que en este caso, generó una violación a los intereses superiores de la menor, protegidos constitucionalmente.

Así pues, es factible fundar una acción de tutela frente a una vía de hecho por defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente equivocada o arbitraria. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”<sup>23</sup>.

Mediante Sentencia C-1068 de 2002, esta Corporación estudió el bloque de constitucionalidad, que compone las normas protectoras de los menores de edad. Al respecto se afirmó:

“Con el tiempo, la presencia de los niños en los grupos humanos ha provocado un creciente y evolutivo interés de parte de la comunidad internacional, en tanto se ha impuesto la necesidad de reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos al amparo de unas categorías políticas y sociales que otorguen suficiente soporte al discurrir de su crecimiento, desarrollo e integración fundamental en la sociedad, que de suyo abreva desde antiguo en la irradiación de esa sorprendente inteligencia y demoledora capacidad de cuestionamiento que protagonizan los niños.

El reconocimiento de esta especial necesidad tuitiva aparece en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Tal como lo pone de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la ley 12 de 1991.

Esta Convención expresa en su artículo 1º:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Vale decir, mientras la legislación interna de los países signatarios no establezca un tope inferior para la mayoría de edad de sus naturales, en el contexto de la Convención de 1989 se estima como menor de edad a toda persona que no haya cumplido dieciocho años de

existencia. Y en cualquier caso, se entiende por niño todo ser humano que se halle en la condición de menor de edad.

Esta calidad cronológica fue reiterada en la Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en Colombia mediante la ley 470 de 1998, a cuyos efectos dispuso en su artículo 2º:

“Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente Convención:

a) “Menor” significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años”.

“En este orden de ideas, dado que se trata de un saber jurídico que admite conceptos diversos y teniendo en cuenta la falta de claridad respecto de las edades límites para diferenciar cada una de las expresiones (niño, adolescente, menor, etc.), la Corte, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

“Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

“El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c) [3], antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

“Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)” En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años”.

Por lo tanto, al tenor del bloque de constitucionalidad se considera niño a todo ser humano que no haya accedido a la mayoría de edad, con los privilegios y facultades que otorga el artículo 44 superior.”

## 7. Sobre el interés superior del niño.

Es amplio el acuerdo existente en las legislaciones nacionales e internacionales en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, ha generado como principio orientativo para la resolución de los conflictos que involucren a un menor, el concepto del interés superior del menor, que se ha incorporado como eje central del análisis constitucional.<sup>24</sup>

Desde ésta perspectiva de análisis, el menor se hace acreedor de un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se halla. Es así que el interés superior del menor posee un contenido de naturaleza real y relacional<sup>25</sup> criterio

con el cual se exige una verificación y especial atención a los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, sus familias y en donde se encuentran presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha decantado una serie de parámetros generales que contribuyen a establecer criterios claros para el análisis de situaciones específicas. En efecto se han fijado dos condiciones a verificar, fácticas y jurídicas, que contribuyen a determinar el grado de bienestar del menor. Dentro de las primeras, i) fácticas se encuentran “-las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-,” y las (ii) jurídicas prevén “-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-.”<sup>26</sup>

### 7.1. Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor

Dentro de los múltiples criterios que esta Corporación ha elaborado como herramientas útiles para determinar el interés superior del menor y cuya implementación se encuentra condicionada a la situación concreta del niño o niña en cuestión, la Corte ha reseñado los aspectos más relevantes para adoptar una decisión en casos similares al que se analiza<sup>27</sup>:

- El artículo 44 de la Constitución establece la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño y a la niña para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Según esta norma, es obligación de todos garantizar el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador ha establecido una serie de derechos más específicos y deberes concretos que deben ser garantizados por el Estado. En particular, para los efectos del presente caso, no sobra recordar que este deber compromete especialmente a los jueces constitucionales.

- Según el artículo 18 de la nueva Ley de Infancia, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar,

escolar y comunitario. Para los efectos del Código de la Infancia, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

- El artículo 20 del mismo estatuto, dispone que los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención; la explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad; el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización; la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad; la tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria y en general de cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

- A su turno, el derecho internacional de los derechos humanos se ha ocupado de proteger los derechos del niño y de la niña y de garantizar la protección prevalente del interés superior del menor. De una parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>28</sup> en su artículo 19 establece: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y el Estado.". Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Ley 12 de 1991), consagra el derecho del menor a tener relaciones personales y directas con los padres y establece como excepción a este derecho la protección del interés superior del menor. Según el artículo 9.1 de la precitada Convención:

"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes

determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

Así, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales e internacionales citadas, la Corte Constitucional ha señalado 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<sup>29</sup>; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere<sup>30</sup>; 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<sup>31</sup>.”<sup>32</sup>

#### 8. Los derechos de las víctimas de delitos a la luz de la jurisprudencia constitucional

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada que en un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1, CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Así, el artículo 1º Superior establece como uno de los principios fundantes del Estado colombiano el respeto de la dignidad humana, el artículo 2º de la Carta señala como fines esenciales del Estado, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como el aseguramiento de un orden justo y dispone que las autoridades están constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Igualmente, el artículo 228 constitucional ordena que en las actuaciones de la administración de justicia prevalezca el derecho sustancial y el artículo 229 de la Carta garantiza el derecho que tienen todas las personas a acceder a la justicia; el numeral 1 del artículo 250 Superior dispone que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde, entre otras cosas, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito y, el numeral 4 del mismo artículo 250, señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas.”

Sobre los derechos de las víctimas del delito, esta Corporación dijo lo siguiente en la

sentencia C-228 de 2002:33

“Como desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos.

(...)

“En la Carta se refleja también una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no está prima facie limitada a lo económico. En efecto, el numeral 1 del artículo 250 superior, establece como deberes de la Fiscalía General de la Nación el “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”. De ello resulta que la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.

“En consonancia con lo anterior, el artículo 229 de la Carta garantiza “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Ese derecho comprende, tal como lo ha reconocido esta Corte, contar, entre otras cosas, con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones,<sup>34</sup> la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas<sup>35</sup>, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso<sup>36</sup>, la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias<sup>37</sup>, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres<sup>38</sup> y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional<sup>39</sup>. Y, aun cuando en relación con este tema el legislador tiene un amplio margen para regular los medios y procedimientos

que garanticen dicho acceso, ese margen no comprende el poder para restringir los fines del acceso a la justicia que orientan a las partes hacia una protección judicial integral y plena de los derechos, para circunscribir dicho acceso, en el caso de las víctimas y perjudicados de un delito, a la obtención de una indemnización económica. Por lo cual, el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos.

“El derecho de las víctimas a participar dentro del proceso penal para lograr el restablecimiento de sus derechos, tienen también como fundamento constitucional el principio participación (artículo 2, CP), según el cual las personas pueden intervenir en las decisiones que los afectan.<sup>40</sup> No obstante, esa participación deberá hacerse de conformidad con las reglas de participación de la parte civil y sin que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, y sin que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado.

“Finalmente, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas (Arts. 1º, 15 y 21, CP), puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de la víctimas o perjudicados.<sup>41</sup>”

De lo anterior se concluye que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito comprende tres derechos esenciales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación del daño.

La doctrina descrita se mirará a la luz del caso propuesto.

## 9. Caso concreto

La Fiscalía 21 Seccional de Cartagena adelantó una investigación en contra de JUAN -padre

de la presunta víctima-, sindicado de actos sexuales con menor de 14 años. Sin embargo, el 2 de diciembre de 2008 profirió resolución de preclusión a favor del procesado. Apelada la anterior decisión por la accionante, madre de la menor agredida, fue confirmada a través de providencia dictada el 19 de mayo de 2009 por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena.

La madre de la menor, actuando con apoderado, interpuso acción de tutela tras afirmar que las autoridades accionadas, mediante las providencias antes mencionadas, incurrieron en “vías de hecho” por errores en la valoración de las pruebas, pues desestimó “el valor probatorio de importantes testimonios técnicos y de documentos que se allegaron oportunamente al proceso, en todos los cuales, de modo unánime diversos profesionales de la salud coincidían en manifestar (...) Que a partir de los diversos análisis practicados a la - menor-, ésta había sido objeto de abuso sexual. Por lo anterior la accionante solicitó al juez de tutela, dejar sin efecto la resolución número 064 dictada el 19 de mayo de 2009 por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena mediante la cual confirmó la preclusión proferida en primera instancia a favor de JUAN, y ordenar que “se profiera una nueva resolución...”

Las sentencias objeto de revisión consideraron que las providencias impugnadas no incurrieron en ninguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela, en tanto fueron debidamente motivadas al desestimar válidamente el acervo probatorio acopiado en el expediente.

Precisado lo anterior, se hace necesario examinar, si el presente caso se adapta a una o más causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, recordando que en esta oportunidad se discute si la valoración probatoria realizada por las decisiones objeto de tutela se hizo acorde con los dictados de la sana crítica, atendiendo el interés superior del menor y respetando los derechos de las víctimas en los delitos de abuso sexual. Lo primero será precisar un tema que se destaca en las providencias impugnadas y que merece el detenimiento de la Sala, puesto que sirvió de trasfondo argumentativo a las respectivas decisiones: el testimonio de los menores de edad en los casos de abuso sexual y la valoración probatoria en los mencionados eventos.

## 9.1. El testimonio de los menores de edad en los casos de abusos sexual y su valoración probatoria

La descalificación del testimonio de los niños parece hoy cosa del pasado, al tiempo que el proceso de visualización del fenómeno de abuso sexual infantil cobra trascendencia en todos los niveles, particularmente en el reconocimiento que la jurisprudencia ha hecho del testimonio de los menores de edad en los casos de abusos sexuales.

Es así como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicación 23706), retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar ex ante el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual. En esa ocasión la Corte sostuvo que a partir de investigaciones científicas es posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Además de lo anterior, en jurisprudencia que se mantiene hasta el presente, sobre el tópico ha sostenido la Corte Suprema de Justicia<sup>42</sup>:

“Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”.

Así, la Corte Suprema de Justicia, a través de sus últimos pronunciamientos ha venido sosteniendo, que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-

perceptivas (como ocurre con los ancianos). Tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos. Tales planteamientos se acompañan con el denominado interés superior que ha adquirido el menor en la sociedad- concepto que como ya se indicó en precedencia, transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad.

También la Corte Constitucional así lo planteó en uno de sus primeros pronunciamientos sobre el tema:

“En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3°) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)”<sup>43</sup> .

Igualmente, la Corte Constitucional, en la sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual también adujo:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la

observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor".

La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales<sup>44</sup> y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

## 9.2. La existencia de una clara causal de procedibilidad

Delimitado el tema anterior, la Sala advierte que los hechos acontecidos en este caso permiten apreciar, que estamos ante providencias que adolecen del vicio denominado defecto fáctico, que se presenta precisamente cuando el apoyo probatorio en que se basó el juez es absolutamente inadecuado. Es este un caso paradigmático de la vulneración de derechos fundamentales relacionados con el soporte probatorio utilizado en las providencias tuteladas, específicamente por una indebida valoración de las pruebas y un juicio contraevidente. De entrada lamenta la Corte, que el abuso sexual infantil, entendido hoy en un entorno mayor como lo es el del trato dispensado a la infancia, siga siendo inadecuadamente ponderado en procesos judiciales. Las razones de tal aserto son las que siguen:

Los vicios en materia probatoria predicables de las providencias atacadas se describieron así en la demanda: (i) haber descartado el concepto de la Dra. Vejarano por cuanto no cumplía

con la ritualidad propia de un dictamen pericial; (ii) desestimar el dictamen del Dr. Villalba por cuanto no le pareció a los Fiscales respectivos que tal dictamen fuera creíble a la luz de un diccionario jurídico que se consultó y (iii) no tener en cuenta el dictamen de la Dra. Alexa Rodríguez Padilla, por cuanto aunque sí cumplía con las formalidades de un dictamen pericial, la experta no había empleado unas técnicas de entrevista específicas para llegar a las conclusiones a las que arribó.

#### 1. El concepto de la Doctora Vejarano.

Se recuerda que la valoración psicológica efectuada por la Dra. Mónica Patricia Vejarano, fue la que motivó la interposición de la denuncia penal por parte de la madre de la niña y se allegó al proceso como una prueba documental.

Consta en el expediente la siguiente información:

#### VALORACIÓN PSICOLÓGICA

FECHA DE LA VALORACIÓN: Marzo 11 de 2006

#### 1. INFORMACIÓN PERSONAL

NOMBRE DE LA NIÑA: Laura

EDAD: 3 años, 8 meses

SEXO: Femenino

ESCOLARIDAD: Primer Jardín

COMPORTAMIENTO EN CONSULTA: Laura llega a la Asociación Creemos en Ti, acompañada de su madre María. La niña presenta una actitud de colaboración, confianza y tranquilidad, desde que entra al consultorio en compañía de la Dra. Mónica Vejarano, sin mostrar temor de separarse de su madre.

LAURA, al estar dentro del consultorio se desenvuelve con seguridad y comienza a

inspeccionar todos los juguetes y elementos que se encontraban en el consultorio, como la casa de muñecas, los colores, plastilina, etc.

### III. FUENTE DE REMISIÓN:

La remite la Dra. Teresa Rey de Serra, conociendo por el ICBF que la Asociación Creemos en Ti, se especializa en evaluación y tratamiento de casos de Maltrato infantil y Abuso Sexual.

### IV. RELATO DE LOS HECHOS

Laura, luego de realizar el proceso de empatía con la terapeuta, expone la conformación familiar, explicando que su mamá se llama María, que su padre se llama Juan. Reporta ser hija única.

Laura describe que en su casa hay dos habitaciones en donde en una duerme su madre y ella, en dos camitas, en otra habitación duerme su abuelita Pepita y su abuelito Papucho. Mi papá, tiene otra casa por que ellos se separaron.

La terapeuta le pregunta a Laura: ¿Tu sabes a que me dedico? Laura responde: "no sé"

La terapeuta le explica a Laura que se especializa, en hablar con niños que les han pasado cosas difíciles, que se les dificulta contarle a otras personas.

La terapeuta le pregunta a Laura, si tiene algo que contar? LAURA dice que no.

La terapeuta le pregunta a Laura:

¿Qué te gusta hacer con tu mamá? Me gusta jugar, pintar.

¿Qué no te gusta hacer con tu mamá? No me gusta tocar violín.

¿Que te gusta hacer con tu papa?

Jugar, pintar y jugar con los perritos en el colchón. Qué no te gusta hacer con tu papa?

Tocar violín no me gusta el juego de pintarme los labios. Cuál es el juego de pintarse los labios?

Mi papi me hace que me pinte los labios y me da besos en la boca. La terapeuta le dice a LAURA, podrías mostrarme con estos muñequitos como es lo del juego de pintarse los labios?

“mira, el me sienta así, y me besa los labios” (Ver Anexo 1)

“No te lo puedo decir” (LAURA se muestra muy nerviosa y evasiva)

Laura dice: “Es un secreto”.... (LAURA cambia de actividad y comienza a jugar con la caja de arena).

La terapeuta le pregunta a Laura si ella conoce las partes del cuerpo. Laura responde: “Sí”.

La terapeuta dice: “Si yo te pregunto como se llama esto, tu que dices? El cabello.

¿Y esto?

ojo

¿Y esto?

nariz ¿Y esto? boca ¿Y esto? tetas ¿Y esto? ombligo ¿Y esto?

brazo

¿Y esto?

tontón (refiriéndose a los genitales) ¿Y esto?

pierna ¿Y esto? rodillas ¿Y esto? pie

¿Y la parte de atrás? “cola”

Laura dice: se acabaron las partes del cuerpo.

La terapeuta le pregunta si alguien en alguna oportunidad le ha tocado sus partes privadas?

La terapeuta le pregunta [a la niña a) si alguien en alguna oportunidad le ha tocado sus partes privadas? LAURA responde: “no sé qué es eso”. La terapeuta le explica a LAURA que las partes privadas son las que cubre el vestido de baño y se las señala utilizando los mismos términos que ella utilizó, en el inventario de partes.

“La terapeuta vuelve a hacer la pregunta: ¿Alguien te ha tocado tus partes privadas? “No te puedo decir, ya te dije que es un secreto”. La terapeuta le pregunta un secreto entre quién y quién? “mi papi y yo”. La terapeuta le dice a LAURA si podría marcar en unas figuras humanas en qué parte está el secreto” LAURA marca en la figura humana de la niña.<sup>45</sup>Laura pregunta: tienes un señor como mi papi? La terapeuta le pasa una figura humana de un hombre. Laura marca en la figura humana de un, hombre.<sup>46</sup> LAURA dice: “el secreto está en esas partes del cuerpo, pero no puedo contarte”. Si yo te muestro unas caritas de sentimientos, tú me dices como te sientes con este secreto? “sí”. Laura escoge varias caritas y va diciendo: triste, con vergüenza, triste, sacando la lengua, con vergüenza, triste.<sup>47</sup>

“La terapeuta le muestra un cuento a Laura, donde una niña cuenta un secreto muy grande que tenía y como se siente después de haber hablado y como su mami la apoya y la quiere mucho. Laura dice: mira te voy a mostrar mi secreto. Toma el muñeco anatómico y se monta sobre el muñeco, mostrando el secreto (realizando el movimiento del acto sexual sobre el muñeco). La terapeuta le dice a Laura: Me puedes mostrar con estos muñequitos el secreto? Laura toma el muñeco que representa a Laura y dice mira esta soy yo, quitándole los interiores a la muñeca, luego, toma un muñeco grande y dice este es mi papi, quitándole el pantalón y los interiores. Tira al muñeco grande al piso y luego a la muñeca pequeña la ubica encima del otro muñeco y dice: “ese es mi secreto”. <sup>48</sup>Luego Laura coge otro muñeco grande y lo acuesta al lado del que representa al papá y dice: “este es mi primito, a él le hacen lo mismo que a mí, pero mi abuelo y en la misma camita”. Luego quita esos otros muñecos y deja al que representa a su papá y a ella y dice: “él (refiriéndose al padre) me mete el tontón por aquí. <sup>49</sup>La terapeuta le pregunta a Laura si esto ocurría cuando su papito vivía en la misma casa o empezó a ocurrir cuando él se fue? Laura responde: “cuando vivía en mi casa”. La terapeuta pregunta a Laura y esto ocurre ahora que tu papito no vive en la casa? Laura responde: “sí, cada vez que salgo con él”. La terapeuta le pregunta a Laura si

existe algo más del secreto que ella quiera decir o mostrar con los muñecos, Laura responde: “No” .La Terapeuta le agradece a Laura por haber contado ese secreto tan difícil para ella, explicándole que esa es la única forma de ayudar a los niños y las niñas a que estas cosas no ocurran más.”

Esta valoración fue ratificada con posterioridad en el proceso, en el momento en que la Doctora Vejarano compareció como testigo. En su testimonio se reafirmó en lo dicho y atendió las preguntas que se le formularon, en especial sobre la técnica de valoración efectuada, donde sostuvo lo siguiente: “yo utilizo una entrevista estructurada que me permite evaluar lo que el niño reporta, entonces inicio haciendo siempre un proceso de empatía con el niño. Luego de haber logrado eso, hago un genograma, que es como un árbol genealógico para que el niño me describa su composición familiar y luego, hago un mapa de camas, que me permite en muchos de los casos que yo valoro, evaluar el tipo de riesgo que está corriendo ese niño y los que comparten la casa con él.” Explicó con detenimiento la técnica de los dibujos del cuerpo, la de los muñecos, la de la descripción del cuerpo, etc.

-La Resolución 92 del Fiscal 21 de Cartagena, esto es, la autoridad de primera instancia, descartó el mérito probatorio de esta prueba con los siguientes argumentos:

“No se duda de las calidades profesionales de la doctora MÓNICA PATRICIA VEJARANO VELANDIA y de la experiencia en este campo, que tuvimos oportunidad de comprobar en la declaración bajo juramento presentada ante esta Delegada, pero tal como lo resaltan los sujetos procesales, su valoración se volvió muy subjetiva, al incumplir una obligación que le está vedada a los peritos y es la prohibición absoluta de emitir juicios de responsabilidad penal —artículo 251 de la ley 600 de 2000. Basta con mirar sus conclusiones para comprobar que prácticamente emite juicio de responsabilidad del aquí. Sindicado. Además, tampoco dejó documentada la entrevista en video o grabación, que permitiera examinar cómo se desarrolló la misma, las manifestaciones de la niña, el método utilizado, las preguntas realizadas y las respuestas dadas. Tampoco explicó el procedimiento utilizado y, las bases científicas que le sirvieron de soporte a sus conclusiones” (folio 12).

Si se observa el informe de la Dra. Vejarano, en ningún apartado del mismo se hace alusión alguna a juicios de responsabilidad penal. La profesional hace valoraciones y recomendaciones de tipo terapéutico, sin relación alguna con asuntos legales, ni hay asomo

de que haya emitido un concepto de orden penal. La conclusión de la Fiscalía es ajena a lo que realmente se percibe de la entrevista con la menor, que se repite, era una valoración psicológica que fue aportada al proceso como prueba documental, y a partir de ella, fue instaurada la denuncia penal. Era por tanto, una prueba documental que estaba compuesta por un informe de la profesional y unas fotografías tomadas en la sesión. No se trataba, entonces, de un dictamen pericial solicitado y decretado como tal.

Por ello, resulta inaceptable que se descarte el valor de una prueba documental tan contundente, respaldada además por fotografías y por el testimonio de su autora, bajo la consideración errada de que esa prueba no cumplió con unos requisitos que, entre otras cosas, como se expondrá, tampoco se predicen de una prueba pericial en el contexto de abuso de menores.

-A su vez, la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior, esto es, la dependencia de la Fiscalía que conoció en segunda instancia de la investigación, también descartó el valor probatorio de la valoración psicológica aduciendo lo siguiente:

“En este orden de ideas tenemos que la psicóloga MÓNICA BEJARANO [sic], muy a pesar de los títulos que en torno a su especialidad ostenta, incurre en un error garrafal, como lo es el de no elaborar el correspondiente protocolo propio de los dictámenes periciales, a través del cual el perito anuncia que estudios se dispone a efectuar, que método empleará, y a que conclusión lo lleva dicho estudio, omitiendo por consiguiente toda opinión de carácter personal, que de hacerlo vicia por completo el dictamen. En el caso concreto que hoy ocupa nuestra atención la Dra. BEJARANO, no solo omitió dichos protocolos, requisitos sine quomodo [sic] para todo peritazgo, si no [...] que adicional a ello no guardó memoria alguna de carácter audiovisual, que en un momento dado sirviera de soporte ante una eventual objeción del mismo, si bien es cierto lo atribuye a un daño ocasional de su equipo MP3, no lo es menos que ante la ausencia de esa prueba audiovisual es apenas obvio que la defensa se lance en ristre contra la veracidad del estudio, y la Fiscalía se encuentra imposibilitada de tomar dicho experticio informal, como medio de prueba contundente para edificar con base en el mismo el pregón de responsabilidad.<sup>50</sup>

Considera la Sala, que la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en los fallos

impugnados, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente, como lo hicieron los fallos atacados. De la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales, luego lo que hicieron los fiscales cuestionados fue no tener en cuenta lo que la niña le contó a las psicólogas, y no se dieron a la tarea de seguir indagando sobre ese particular.

La Sala recuerda que según lo tiene dispuesto la jurisprudencia, “si bien el juzgador goza de gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica, dicho poder jamás puede ser arbitrario y su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables”.<sup>51</sup> Es evidente que no se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta en los casos como el presente, en los que el juez no da por probados hechos o circunstancias que de la misma emergen clara y objetivamente.

-La doctora Vejarano anunció en su valoración el objetivo de la misma, a qué apuntaba el estudio; explicó las técnicas utilizadas y logró lo único que es importante dentro de su rol: acercar al proceso el dicho de la niña y ayudarla a verbalizar lo sucedido. Las técnicas para la elaboración de la entrevista a las víctimas de abusos sexuales que las sentencias echan de menos, no son exigibles en la legislación colombiana, ni existe ningún documento que contemple la obligatoriedad de las mismas bajo ciertas y estrictas modalidades. Es posible que la doctrina y la práctica extranjera prevean tales exigencias al punto de que su ausencia genere una entrevista inválida.

No es el caso colombiano y por ello, recurrir a ellas como requisito sine quanon de un peritazgo psicológico es simplemente darle una connotación que no tienen, agregar requisitos que no existen e incurrir por ende, en una valoración defectuosa de la prueba que a la postre terminó afectando los derechos de la víctima.

Las entrevistas con video- filmación pueden ser útiles por que se trata de una prueba testimonial conservada, pero no son las únicas formas de lograr el propósito requerido, al tiempo que tienen también múltiples desventajas, dentro de las cuales, estudios científicos mencionan lo intimidante que resultan para el menor, el nerviosismo que generan frente al entrevistador y la distracción que producen en punto al hilo y la coherencia del relato. 52 Por ello, lo medular de la exploración psicológica es que el método empleado, cualquiera que fuese, tenga como finalidad minimizar el posible daño que ya se le causa al menor con el interrogatorio y acompañar a la menor en su relato.

El artículo 193 del Código de la Infancia relativo a los procedimientos especiales cuando los niños son víctimas de delitos no contempla ninguna exigencia en materia de testimonio de menores en casos de abusos. El único documento vigente en torno al abordaje de la víctima en la investigación de los delitos sexuales, es el Reglamento Técnico del Instituto de Medicina Legal, versión 02 de agosto de 2006, en donde no se exige ningún tipo técnicas en particular, distintas a las que faciliten al menor el tránsito hacia lo sucedido. Textualmente el documento dice:

#### “INSTRUCTIVO PARA ENTREVISTAR A MENORES VÍCTIMAS DE DELITO SEXUAL

##### 1. ENTREVISTA, POR PARTE DEL PSIQUIATRA O PSICÓLOGO FORENSE, EN MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

Pretende a partir del establecimiento de la empatía, el brindar un clima adecuado para explorar, con el niño o la niña, las situaciones motivo de la denuncia, usando una técnica apropiada a su desarrollo y edad. Se considera indispensable el éxito de este primer paso para cumplir con los objetivos de trato digno y como un primer contacto que evaluará el desarrollo del niño o niña y facilitará el conocimiento sobre los hechos, de manera que la información pueda ser útil como medio de prueba.

La segunda parte, es quizá la de mayor interés desde el punto de vista forense, debido a que aporta información objetiva sobre los hechos sucedidos, quién o quiénes son los implicados, cuándo ocurrieron los hechos, si es un caso aislado o por el contrario tiene antecedentes conexos con otros casos, cuánto tiempo llevan sucediendo, sí es un caso de proceso, así como la naturaleza del impacto físico y psíquico.

El tercer momento de la entrevista se dará en el consultorio médico. El comunicar al médico la situación del niño o niña víctima del delito sexual en términos que sean accesibles a él o ella reduce la incertidumbre, baja la ansiedad de todos los participantes en la intervención, y brinda al menor una experiencia de contraste en relación con la forma en que ha sido tratado por abusadores, familiares y personas también impactadas por los hechos (secretos y colocación del niño o niña en situación pasiva fuera de su control, etc.). Igualmente, esta comunicación orienta al médico en la búsqueda específica de pruebas en un corto tiempo.

Finalmente el entrevistador hará una muy necesaria intervención con los acompañantes del niño o niña, para informar sobre el resultado de la valoración hasta ese momento.

Las personas que han acudido en busca de justicia, presentan un estado emocional especial en el cual la incertidumbre, la ira, los conflictos reactivados de sus propias experiencias previas o anteriores y las nuevas que se han producido (o desencadenado con la revelación o conocimiento de los hechos), deben ser atendidos pues de ello depende el curso que tome el caso, la colaboración futura con las autoridades, el respaldo o protección al menor, entre otros.

Es fundamental, entonces, brindar una información básica, clara, con sugerencias apropiadas al caso particular, incluyendo la reformulación del "problema" en términos positivos, lo cual incide en el manejo de la culpa del menor y en la actitud del adulto hacia éste.

Este cierre puede ser lo más valioso de la intervención y puede constituirse en la única oportunidad en la que el niño o niña tengan contacto con una persona idónea, hábil y conocedora del tema; por ello se requiere una especial habilidad que se ofrece a las personas interesadas y capacitadas, para vislumbrar el "conflicto emergente" en cada caso particular e intervenir exclusivamente en ese sentido, observando las restricciones inherentes a la prestación de una atención médica responsable en la que se debe evitar generar más confusión, aumentar la ansiedad y la posibilidad de descuidar, dejando al azar la valiosa información recogida durante el trabajo precedente.

Entrevista con el menor de edad solo:

Se le informará al niño(a) víctima del delito sexual que el acompañante estará cerca durante los siguientes minutos; si es pequeño(a) y no se han detectado dificultades con el

acompañante, puede permitirse que éste permanezca en el consultorio en un sitio en el cual no haga contacto visual con la víctima y advirtiéndole que el niño será quien debe responder.

Es posible que buena parte de la información se haya recogido en el paso anterior; por lo tanto, esta parte puede demandar menor tiempo y estará limitada a la información sobre el examen médico. Sin embargo, si el médico considera necesario o conveniente, el niño(a) podrá ser abordado con preguntas cortas, claras, relacionadas, para aclarar o ampliar la información obtenida en la fase anterior.

Si el niño(a) es mayor de siete años, muy probablemente logrará exponer los hechos tal como lo manifestó cuando los reveló por primera vez, como se indicó previamente, guiado por preguntas indirectas cortas y claras, partiendo de la experiencia reciente con el acompañante. Se pueden realizar preguntas tales como: “tu mamá esta preocupada por lo que vio” o “ella siente preocupación por lo que tú le contaste que pasó con fulanito”, “cómo fue... ” , entre otras.

Con los niños(as) más pequeños se intentará lo mismo, consignando en el informe pericial lo referido por el niño en sus palabras. Además, siempre hay que agradecer al niño su relato. En caso de no lograrse una exposición espontánea por parte del niño(a) no se debe considerar la intervención como un fracaso, pues en el curso de la investigación el menor será interrogado de nuevo por personal especializado. Finalmente, con fines de sugerir protección es importante conocer por parte del niño(a) lo que pienso que sucederá al salir del consultorio, para ello se le preguntará ¿qué problema surgirá con lo que le ha sucedido? 0 ¿qué dificultades se han presentado luego de que él reveló el abuso?; estas preguntas disminuyen la culpa y la vergüenza. Igualmente se debe estimular al niño(a) haciendo referencia al valor para enfrentar la situación por la que está atravesando.

Es posible que al ampliar la intervención del médico surjan situaciones que requieran de técnicas más elaboradas, las cuales demandan mayor tiempo y energía psíquica, o que se generen temores o sentimientos diversos que produzcan conflictos en cualquiera de los protagonistas. Por lo tanto, las recomendaciones indicadas anteriormente no se constituyen en garantía de que no se presentarán este tipo de eventualidades. Se recomienda dejar el registro para que sean manejadas por el especialista en psicología y psiquiatría forense. De

ser posible la intervención especializada en salud, se le comentará al niño(a) y se le manifestará que sus sentimientos son entendibles, que se está con él y que más adelante también será visto por un especialista, quién lo ayudará más específicamente.

Si los hechos revelan la posibilidad de evidencia física, al menor se le explicará, también de manera sincera y clara, que el examen será corto, no doloroso pero tal vez un poco molesto y que en caso de que esté resultando insoportable, el niño(a) podrá solicitar que se suspenda en cualquier momento”.

## 2. Peritazgo de la psicóloga Especialista Forense Alexa Liliana Rodríguez Padilla

La doctora Rodríguez Padilla también valoró a la menor Laura y su experticio se condensó así en el expediente:

“De acuerdo con el relato que realiza la madre de las conductas observadas en la menor Laura, hace referencia a pesadillas, irritabilidad, hiper sexualidad (conductas masturbatorias), regresiones en cuanto al control de esfínteres urinarios, falta de interés por la actividad académica y social, miedo a salir de la casa, las cuales corresponden a indicadores de abuso sexual. Llama la atención, el número significativo de signos y síntomas que presenta la evaluada, claros indicadores de abusos sexual en infantes.

A partir de la evaluación psicológica practicada durante la entrevista se evidencian alteraciones en la esfera emocional y cognitiva de la menor, las cuales corresponden a un trastorno por estrés postraumático de carácter crónico, teniendo en cuenta la permanencia de la sintomatología mayor a tres meses. En relación con los hechos que se investigan, resulta altamente probable que exista una relación directa entre la sintomatología presentada por la menor y los hechos investigados, razón por la cual se recomienda iniciar en el menor tiempo posible tratamiento psicoterapéutico con especialista en terapia infantil”.

Tal peritazgo también se descartó por las resoluciones acusadas con la siguiente argumentación:

“No puede ésta delegada inadvertir que lastimosamente la psicóloga de medicina legal Dra. ALEXANDRA LILIANA RODRIGUEZ muy a pesar que inicia bien su evaluación psicológica, de

pronto en una forma abrupta, deja de interactuar con la menor LAURA y se enfrasca a oír todas las tristezas de la madre de la menor como si la evaluada fuese ésta y no aquélla, de tal suerte que incurre lastimosa y penosamente en un subjetivismo que impide concluir si la menor efectivamente fue abusada por su señor padre.

“Efectivamente dirijamos nuestra atención al dictamen médico legal visible a folio 75 del cuaderno 1 en el párrafo concerniente a relato de los hechos, en el cual se deja constancia que la entrevistadora (psicóloga) le pregunta a LAURA si le ha sucedido una situación dolorosa o que le da pena contar, a lo cual se dice que contesto “mi papito me hizo un secreto y me dijo que no se lo diga a nadie (silencio) ... pero ... después me abrazó y me pintó los labios y después (silencio) ... no me acuerdo .. (silencio)” agregando la psicóloga que la menor evade la mirada y se esconde detrás del computador; nótese y resáltese que a partir de allí ningún esfuerzo hizo la Dra. RODRIGUEZ PADILLA, por tratar de ganarse la confianza de LAURA y extraerle de su viva voz cual fue aquel secreto entre ella y su padre que no debe ser revelado; es posible que si hubiese empleado una terapia igual o parecida a la psicóloga particular habría obtenido los mismos resultados que aquella, y ese dictamen así con ese protocolo y con todas las reseñas aptas para ser revisadas por todos los sujetos procesales, habría sido el medio probatorio expedito para sobre él edificar la responsabilidad.

[. .

“En cuanto a que una menor de tan corta edad no es capaz de mentir sobre aspectos tan puntuales, téngase en cuenta que, el único dictamen que se trajo a colación fue el de medicina legal en el cual como se dijo en párrafos precedente la psicóloga no profundiza en el diálogo con la menor a fin de obtener cuál era aquel secreto entre ella y su padre, valiéndose ya sea de la lúdica o de cualquier juego que impidiera que la menor se traumatizara, más sin embargo que se suministrara la información que se pedía.”

Resulta entonces, según el criterio de la Fiscalía, que esta prueba pericial sí cumplía con los requisitos de forma para ser valorada, pero se desecha porque la Fiscal se aparta por completo de la conclusión certera, indubitable, contundente de la perito, en cuanto a la existencia del abuso sexual, bajo la consideración de que el dictamen le parece subjetivista y porque la perito no utilizó unas técnicas semejantes a las que sí había utilizado la psicóloga

Vejarano, cuya valoración también se desechó.

El error fáctico es inexcusable y las decisiones cuestionadas tienen fundamento solo aparente, pues niegan eficacia probatoria a las pericias psicológicas y médicas, sustituyendo el criterio de los peritos por generalizaciones espurias sin ningún fundamento empírico.

Respecto de dos valoraciones psicológicas en las que se llega a la misma conclusión, esto es, a la existencia de actos sexuales abusivos contra una niña de tres años y ocho meses de edad, la Fiscalía descarta la primera de ellas porque no cumple con las formalidades de la prueba pericial, cuando claramente se trataba de otro medio de prueba igualmente válido (documento, testimonio), y desestima la prueba pericial porque la perito no empleó las mismas técnicas que había utilizado la otra psicóloga, cuya opinión profesional tampoco fue tomada en cuenta.

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. Rechazar un peritazgo por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.<sup>53</sup>

-Hubo en este caso un manifiesto error en el entendimiento de la prueba que conlleva indefectiblemente a un defecto fáctico. El testimonio de la niña (víctima) obtenido en las dos entrevistas psicológicas, estaba rodeado de las suficientes corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo dotaban de aptitud probatoria: (i) existía el examen médico legal que arrojaba como resultado actos sexuales abusivos; (ii) se allegó un relato de la médica pediatra de la niña, Doctora Escallón Góngora, a quien se le recibió declaración juramentada dentro del proceso, donde indicó que la menor verbalizó en varias ocasiones ( en 6 citas específicamente) los detalles de los abusos sexuales, los pormenores de los encuentros con

su padre- a quien la niña le llama monstruo- cuando le toca los genitales, la besa en la boca y se acuesta desnudo con ella;54 (iii) había una clara persistencia en los dictámenes, en la medida en que las dos psicólogas se ratificaron en sus informes y el médico forense en su dictamen físico. No había ambigüedad en los hechos y aún así, con base en excusas irrelevantes, los fiscales minaron la contundencia del relato de la niña, objetivamente descriptivo, tras señalar que los peritazgos pecaron por informales.

-La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.55 Así, con las decisiones atacadas, los fiscales no sólo incurren en una causal de procedibilidad en la modalidad de defecto fáctico sino que violan directamente la Constitución pues contrarían el derecho de acceso a la justicia, el debido proceso y violan el precedente constitucional según el cual el testimonio del menor abusado debe ser debidamente ponderado.

-Sugirió la providencia de segunda instancia, que la psicóloga-perito debió ahondar en el testimonio de la niña a fin de poder obtener una información más completa. Tal razonamiento igualmente no sólo ignora los deberes de protección de la intimidad y dignidad de los niños, derivados de los términos del artículo 44 de la Constitución y del artículo 193 del Código de la Infancia, si no que ignora que en estos casos, los fiscales y jueces tienen que armar sus decisiones con el apoyo de los especialistas interdisciplinarios que se llaman con experticia a los casos de abusos, y son ellos quienes tienen el manejo emocional de los menores objeto de abusos.

-De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho debe ser ponderado de manera muy cautelosa y con mucha confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada,

en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente.

Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso.

También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. Los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las

otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas.

Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...”<sup>56</sup>.

Así pues, al tenor de las reglas de la sana crítica, son los profesionales de la salud, como cualquier perito, los que determinan qué técnicas utilizan pues son ellos quienes tienen los conocimientos que les permiten llegar a conclusiones que auxilian a la actividad judicial. Un sistema jurídico social y humanizado como el nuestro, que repara en la persecución del delito, no puede olvidar la situación del niño doliente. Martirizar con más preguntas a quien es ya hostigado con preguntas que apuntan a su intimidad sexual, es violar flagrantemente los derechos de una niña de tres años que logró en ambas entrevistas, a su manera, y con sus propias palabras, aportar elementos útiles en la reconstrucción de lo sucedido. Pretender un interrogatorio más exhaustivo es recorrer el laberinto de Dédalo, so pretexto de asegurar y corroborar lo sucedido; ello viola la Constitución y acentúa a la postre el proceso de revictimización de la menor.

La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier

manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.” 57

### 3. Dictamen del Doctor Carlos Villalba Canellas

El Doctor Carlos Villalba, médico forense, examinó a la menor por primera vez el 13 de marzo de 2006 y en su informe se lee:

Examinada de tres años de edad, sin lesiones personales, himen íntegro no dilatado sin lesiones, ano normotónico con presencia de equimosis a nivel de piel en meridiano de las doce en reborde anal compatible con actos sexuales crónicos a ese nivel”. Dos meses después del anterior informe forense, el 16 de mayo de 2006, ante la solicitud de aclaración y/o adición del dictamen, en el sentido de si las equimosis se podían explicar por causas diferentes al abuso sexual, el médico Villalba manifestó lo siguiente: “1) Las equimosis encontradas a la menor LAURA de tres años de edad, durante el examen practicado el 13 de marzo hogaño, que por su localización en la piel de reborde anal a nivel de meridiano de las doce, y su cronicidad, dada por su morfología, se descarta causa diferente a maniobra sexuales a ese nivel. 2) Este tipo de lesiones equimióticas con las características encontradas tiene una fecha superior a diez días. 3) Estas equimosis, no generan malestar físico CONCLUSION. El suscrito perito se reafirma en cada uno de los enunciados del dictamen pericial Número 0033 Gides.”

El dictamen pericial del Dr. Villalba se descartó con la siguiente argumentación de la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena:

“En principio, con estos antecedentes, se muestran graves los acontecimientos, máxime si a esto se adosa el resultado del examen sexológico practicado a la niña LAURA, el mismo día de la denuncia — 13 de marzo de 2006, por parte del doctor GABRIEL VILLALBA CANELLAS, médico del CTI, donde concluyó que ésta presentaba una equimosis en región de piel en meridiano de las doce (12) de reborde anal, compatible con actos sexuales crónicos a ese nivel, que, prácticamente, al rompe, se pensaría daba por demostrada la materialidad del conducta [sic] investigada, esto, los actos sexuales abusivos, a que supuestamente fue

sometida la niña y que señalaban como responsable al padre de la misma JUAN.

“Pero esta información inicial, fue perdiendo fuerza al ahondar en la investigación y establecer todas las circunstancias antecedentes, de las cuales se han mencionado algunas, y al ser confrontados los profesionales que participaron en las predichas evaluaciones, se verificó que dejaron en sus pericias y en la falta de cumplimiento de los protocolos, fisuras que no permiten a la luz de la sana crítica probatoria, ampararlos con la credibilidad de pronto esperada, porque incluso, no documentaron debidamente las sesiones, que sirvieron de soporte a sus conclusiones, sin que pudiera hacer una posterior confrontación y contradicción” (folios 1 1-12)”.

La anterior afirmación de la Fiscalía es realmente contraria a todo el material probatorio allegado al expediente. En el proceso consta que se presentó el informe médico-legal, que se sometió a contradicción por los sujetos procesales, que sobre el mismo se decretaron aclaraciones, explicaciones y adiciones, y que el Dr. Villalba acudió también a rendir testimonio sobre lo que le constaba, así que mal puede la Fiscalía, a la hora de valorar la prueba, descartarla simplemente porque considera que las sesiones no se documentaron en debida forma, cuando en el expediente consta de modo específico el relato de cómo se realizó la consulta médica con la menor de edad, y consta igualmente que el dictamen de este profesional legista fue controvertido debidamente mediante la solicitud de aclaraciones y complementaciones, no habiendo prosperado ninguna objeción por error grave respecto del mismo.

Menos aceptables aun resultan las consideraciones de la Unidad Delegada de la Fiscalía ante el Tribunal Superior Cartagena, como quiera que, en segunda instancia, descartan el valor probatorio de este dictamen pericial al cotejar las afirmaciones del profesional legista con un diccionario jurídico y con las propias opiniones del fiscal, tal y como se aprecia en los siguientes extractos de la resolución respectiva:

“En lo que atañe al dictamen medico legal del Dr. GABRIEL VILLALBA CANELAS, ocurre otro tanto, toda vez que el profesional de la medicina a cargo del mismo, en su afán es posible que se señalara un culpable, incurre en desaciertos como plasmar en dicho dictamen que la menor presentaba equimosis, en la región anal, lesión ésta que por sus características difícilmente aún podía prevalecer a la fecha del reconocimiento, si se tiene en cuenta que la

última manipulación que se pudo haber efectuado en esa área, aconteció hacía más de 1 mes, así las cosas que el panorama se va mostrando favorable”.

[.. 1

“Como quiera que el recurrente se ha referido al dictamen médico legal del Dr. VILLALBA visible a folio 192 del cuaderno 1 donde el prementado profesional de la medicina hace énfasis en que la equimosis que presenta LAURA en su región anal es compatible con Abuso Sexual en esa área que se descarta otra causa diferente, tratando la equimosis como de carácter crónico, oigamos lo que define el Diccionario Jurídico como Equimosis: “Llámase equimosis la extravasación de la sangre al interior de los tejidos, que produce una hiperpigmentación, al principio de color negruzco y luego, en la medida en que la materia colorante en la sangre extravazada la hemoglobina, experimente modificaciones regresivas por hidratación y oxidación, toma sucesivamente los tonos violáceos, azul, verde, amarillo. Las equimosis son llamadas corrientemente morados, cardenales o poateros. La presencia de equimosis caracteriza las contusiones de primer grado, en las que se han roto únicamente los pequeños vasos; demuestra que ha intervenido un traumatismo, consistente en el choque que de un cuerpo duro contra los tejidos. Según la forma de la equimosis, con frecuencia es posible, al menos en los primeros días, deducir indicaciones sobre la forma y la naturaleza del objeto contundente. Un golpe dado con un bastón, un palo, produce una equimosis rectilínea más o menos ancha. La disposición de la equimosis en el cuello de los sujetos estrangulados proporcional la prueba de la estrangulación manual, habiéndose apoyado el pulgar en un lado del cuello y los otros dedos en el lado opuesto” Diccionario Jurídico Colombiano con enfoque en la Legislación Nacional, Autores Luis Fernando Bohórquez Botero y Jorge Iván Bohórquez Botero, Editor Jurídica Nacional, página 325.

“Como se podrá observar la equimosis desaparece con los días adquiriendo distinta coloración en la piel, haciendo imposible determinar con qué objeto. se maltrató a la víctima; de tal suerte que para la época en que fue examinada la menor LAURA había transcurrido más de un mes del último encuentro con su padre, luego entonces mal podría determinarse que aún la equimosis estaba clara en la humanidad de la niña y que ésta era de carácter crónico”.

A este respecto sólo valga agregar lo siguiente: (i) el hecho de que los exámenes forenses o los peritazgos no sean vinculantes al fiscal no significa que éste pueda apartarse

arbitrariamente de los mismos, concluyendo de su propia autoría, evaluaciones médicas que el dictamen médico no contiene; es claro que a la luz de la sana crítica, la desestimación de las conclusiones de un peritazgo deben ser razonable y científicamente fundadas.(ii) Tampoco se compadece con los dictados de la sana crítica que se convoque a los expertos a este tipo de casos y luego se contraponga, al dictamen del profesional, la opinión individual del fiscal en un área ajena a su incumbencia.

#### 4. Se ignoró la aplicación del principio pro infans

Una de las principales razones que finalmente soportaron la sentencia de primera instancia objeto de impugnación en este caso, tiene que ver con la disyuntiva para fallar y resolver el caso frente a la duda que le ofrecía el material probatorio al fallador de primer grado. Es así como la sentencia proferida por el Fiscal 21 de Cartagena sostuvo lo siguiente:

“Estas situaciones generan una serie de dudas, por demás razonadas, que no pueden ser salvadas con otros medios de convicción, por lo que con este panorama probatorio, hay que preguntarse, para concluir: Está demostrada la materialidad de la conducta? Consideramos que no, pues los aspectos puestos de presente no nos permiten prodigar credibilidad a los medios convicción examinadas (sic), en la medida que tanto de manera individual como el conjunto, no ofrecen los serios motivos de credibilidad que exige el procedimiento para proferir resolución de acusación, rogada por el representante de la parte civil, por lo que mal puede entrar a establecerse si está o no comprometida la responsabilidad del sindicato, cuando no se demostró la materialidad de la conducta de actos sexuales con menor de catorce años que sanciona la ley penal”

Y añadió:

“y en todo caso la duda se resolverá a favor del sindicato, decisión que procede en el subjuice, ante el acervo probatorio acopiado, que arroja dubitación en cuanto a la materialización de la conducta y la responsabilidad del encartado.”

Tales apreciaciones que constituyen no sólo un defecto fáctico por fallar de manera contraevidente a la realidad del caso que se le presentaba, violan también directamente la Constitución por cuanto infringen los dictados del artículo 44 superior, ignoran el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y

desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de un atentado sexual. Perdió de vista el fallador que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- la menor requería de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.

El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.<sup>58</sup> En esa medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, axioma que desecharon los fallos cuestionados.

5. El deber de declarar bajo juramento no existe en los casos de menores de edad. Un evidente defecto sustantivo en la sentencia de la Fiscal Seccional 21 de Cartagena.

Y finalmente, el argumento más sorprendente de las decisiones impugnadas, es aquel emitido por la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, que echa de menos la falta de declaración sin juramento de la menor, olvidando que los menores de 12 años no están obligados a declarar bajo juramento. Así razonó el fallo:

“Ante esta realidad, es indiscutible que la falta de la declaración sin juramento de la víctima, genera un vacío probatorio, difícil de llenar con las pruebas arriba mencionadas, pues se sabe que no obstante la niña fue citada por esta delegada y remitida a valoración psicológica para determinar si estaba en condiciones de realizar la diligencia, en seis (6) oportunidades — resoluciones de 14 de marzo de 2006, 24 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, 29 de marzo de 2007, 17 de mayo de 2007 y 13 de febrero de 2008 — nunca se pudo allegar, ya que mediaba certificación de la médico tratante, doctora CARMEN EDITH ESCALLON GONGORA, que no recomendaba someter a la niña a la diligencia de declaración por el estado de salud que presentaba, esto es, estrés post traumático, que no lo hacían aconsejable.

[...]

Ante la falta de esta declaración sin juramento y teniendo entonces los manifestado (sic) por los expertos, llama poderosamente la atención, que la niña nunca le dijera a su madre de manera expresa lo que le estaba sucediendo con su padre, solo hablaba de un secreto, así se lo dijo a la doctora MONICA PATRICIA VEJARANO VELANDIA, a la doctora ALEXA LILIANA RODRIGUEZ PADILLA, no le dijo absolutamente nada, lo que contrasta con la versión de la doctora CARMEN EDITH ESCALLON GÓNGORA, donde según explicó la médico pediatra tratante, desde la segunda sesión, le verbalizó absolutamente todo, utilizando términos, como monstruo, que nunca antes la niña mencionó y una serie de actos de carácter libidinoso que la niña tampoco mencionó en principio.”

En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, se tiene que tanto en la Ley 600 de 2000 (artículo 266), como en la Ley 906 de 2004 (383, inciso segundo) se establece que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

En efecto, en sentencia de 11 de marzo de 2009, la Corte Suprema de Justicia reseña que el artículo 266 de la Ley 600 de 2000, que consagra el deber para toda persona de rendir testimonio, establece que al testigo menor de doce años de edad “no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia”. Acerca de esta disposición, la Sala de Casación Penal, intérprete autorizado del derecho penal, reiteró que abstenerse de juramentar al menor de doce años, como lo dispone el artículo 266 de la Ley 600 de 2000, comporta un doble sentido en la preceptiva legal: (i) de un lado, libera al infante de un compromiso interior de contenido moral que no está en capacidad de asumir y, en segundo lugar (ii) excluye cualquier posibilidad de que penalmente pueda ser contrastada su conducta en el orden de la tipificación en los delitos contra la administración de justicia .59

La providencia desconoció que los menores de edad, y en especial una niña de cuatro años que presuntamente ha sido víctima de un delito de abuso sexual, no estaba obligada a declarar y que por lo tanto no se podía deducir consecuencias jurídicas de esta prueba

imposible, lo cual se establece también de modo claro en el artículo 193 del código de la infancia (Ley 1098 de 2006) que dispone que en los procesos judiciales en los que haya víctimas niños o niñas, la autoridad judicial tendrá en cuenta que no se les deben generar nuevos daños (a los niños) con el proceso judicial de los responsables.

El deber de los fiscales que fallaron la investigación de este caso, era velar por la protección del interés superior de la menor, y no deducir consecuencias jurídicas de una falta de comparecencia que no era legalmente exigible. Por ende, incurre la providencia de primera instancia en un claro defecto sustantivo al sugerir la aplicación de una norma claramente inaplicable al caso sub examine. El defecto sustantivo, se recuerda recae precisamente sobre una autoridad judicial que fundamenta su decisión en una norma claramente inaplicable al caso concreto<sup>60</sup>.

Por todo lo que se ha expuesto, se revocarán las sentencias de instancia, para dar paso a la protección solicitada ordenando se deje sin efectos la Resolución No. 92 de 2 de diciembre de 2008, proferida por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, que precluyó la investigación, y la Resolución 064, de la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta), proferida en Cartagena el 19 de mayo de 2009, y que fue notificada a partir del 11 de junio de 2009, mediante la cual se confirmó la decisión preclusiva de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena, ( Fiscalía Cuarta) que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

Finalmente, en tanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con sede en Cartagena, ha estado enterado de los pormenores de este caso, se le ordena que de manera inmediata, realice las diligencias para amparar a la menor con una medida cautelar de protección, contra toda forma de abuso sexual por parte de su padre.

### III. DECISIÓN

Con base en las consideraciones expuestas la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

Primero.-TUTELAR los derechos al debido proceso y al interés superior de la menor LAURA. En consecuencia REVOCAR las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Penal, mediante fallos de 28 de julio y 8 de septiembre de 2009.

Segundo: DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. 92 de 2 de diciembre de 2008, proferida por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, que precluyó la investigación, y la Resolución 064, de la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta), proferida en Cartagena el 19 de mayo de 2009, mediante la cual se confirmó la decisión preclusiva de primera instancia.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Unidad Delegada de la Fiscalía ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta) que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con ( i ) los argumentos expuestos en este fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con (ii) los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

Cuarto: En tanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con sede en Cartagena ha estado enterado de los pormenores de este caso, se le ordena que de manera inmediata, realice las diligencias para amparar a la menor, mientras dure el proceso, con las medidas que crea conveniente para la eficaz protección contra toda forma de abuso sexual por parte de su padre.

Quinto: Compulsar copias de esta sentencia y del expediente al Consejo Seccional de la Judicatura de Cartagena y al Consejo Superior de la Judicatura, para que, si lo consideran del caso, adelanten las investigaciones disciplinarias a que haya lugar contra la Fiscal Seccional 21 de Cartagena y la Fiscal Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, que

intervinieron en la investigación penal que dio origen a esta acción de tutela.

Sexto: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Auto 060/10

Referencia: Aclaración de la Sentencia T-078 de 2010, expediente T-2418585

Acción de tutela instaurada por Néstor Iván Osuna contra la Fiscalía 21 de Cartagena y la Fiscalía Cuarta ante el Tribunal de Cartagena.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, DC., diecinueve (19) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido el siguiente auto.

## CONSIDERANDO

1. Que existió un error de redacción en el cuerpo de la sentencia de la referencia, que si bien no altera el fondo de la decisión adoptada en la misma, debe ser corregido para evitar equívocos.
2. Que tal error consistió en transcribir en la parte motiva y resolutive de la sentencia T-078 de 2010 el nombre de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, y no el nombre de la Fiscalía 21 de Cartagena, entidad encargada de proferir “una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad”.
3. Que el 15 de marzo del año en curso el Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena, solicitó a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional que aclarara la sentencia T- 078 de 2010, en el sentido que se ha indicado.
4. Que esta Corporación ha señalado que cuando en la transcripción del texto de una sentencia se producen errores, es aplicable el artículo 310 del CPC a fin de proceder a la corrección<sup>61</sup>, en cualquier tiempo.<sup>62</sup>

## RESUELVE:

Primero.- Corregir el texto de la página 53 de la sentencia T- 078 de 2010 y por lo tanto donde dice:

“Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena, ( Fiscalía Cuarta) que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad”.

Corregirse por:

Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Fiscalía número 21 de Cartagena que profiera una nueva Resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

Segundo.- Corregir el texto de la parte resolutive de la sentencia T- 078 de 2010 (numeral tercero) y en consecuencia donde dice:

“Tercero : Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Unidad Delegada de la Fiscalía ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena ( Fiscalía Cuarta) que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con ( i ) los argumentos expuestos en este fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con (ii) los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.”

Corregirse por:

Tercero : Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Fiscalía 21 de Cartagena que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con ( i ) los argumentos expuestos en este fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con (ii) los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

Tercero: La parte resolutive de la sentencia quedará entonces así:

Segundo: DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. 92 de 2 de diciembre de 2008, proferida por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, que precluyó la investigación, y la Resolución 064, de

la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta), proferida en Cartagena el 19 de mayo de 2009, mediante la cual se confirmó la decisión preclusiva de primera instancia.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Fiscalía 21 de Cartagena que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con ( i ) los argumentos expuestos en este fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con (ii) los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

Cuarto: En tanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con sede en Cartagena ha estado enterado de los pormenores de este caso, se le ordena que de manera inmediata, realice las diligencias para amparar a la menor, mientras dure el proceso, con las medidas que crea conveniente para la eficaz protección contra toda forma de abuso sexual por parte de su padre.

Quinto: Compulsar copias de esta sentencia y del expediente al Consejo Seccional de la Judicatura de Cartagena y al Consejo Superior de la Judicatura, para que, si lo consideran del caso, adelanten las investigaciones disciplinarias a que haya lugar contra la Fiscal Seccional 21 de Cartagena y la Fiscal Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, que intervinieron en la investigación penal que dio origen a esta acción de tutela.”

Cuarto: Remitir inmediatamente, por medio de la Secretaria General, copia del presente Auto a la Fiscal 21 de Cartagena, al Fiscal Cuarto ante el Tribunal Superior de Cartagena y a las partes que intervinieron en el presente asunto.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Secretaria General

1 La decisión de excluir de cualquier publicación de la presente sentencia los nombres originales de los menores y sus familiares involucrados en el caso bajo estudio, como medida de protección, ha sido tomada entre otras, en las siguientes sentencias: T-523/92, M.P. Ciro Angarita Barón; T-442/94, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-420/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1390/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1025/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-639/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-988/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-912/08, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

2 En la Sentencia T-510/03 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa la Corte implementó éste recurso de protección a la identidad de los menores.

3 Sentencia T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Sentencia T-173 de 1993 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sentencia T-504 de 2000 M. P: José Gregorio Hernández Galindo.

6 Sentencia T-008 de 1998 y SU de 2000

7 Sentencia T-658 de 1998 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

8 Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

9 Sentencia T-522 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Sentencias T-462 de 2003; SU 1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T- 1031 de 2001.

11 Ver sentencia T-567 de 1998.

12 Sentencia Ibídem.

13 Ibídem.

14Cfr. sentencia T-239 de 1996. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

15 Ver Sentencia T-576 de 1993.

16 Ver, por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

17 Ver Sentencia T-538 de 1994. Recientemente en sentencia T-086 de 2007 se explico de la siguiente manera: “(ii) Se produce un defecto fáctico en una providencia, cuando de la actividad probatoria ejercida por el juez se desprende, - en una dimensión negativa -, que se omitió la “valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. En esta situación se incurre cuando se produce “la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”. En una dimensión positiva, el defecto fáctico tiene lugar, cuando “la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no se puede apreciar, sin desconocer la Constitución”. Ello ocurre generalmente cuando el juez “aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.). En estos casos, sin embargo, sólo es factible fundar una acción de tutela por vía de hecho cuando se “observa que de una manera manifiesta, aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de

tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”.

18 Sentencias T-902 de 2005 y T- 458 de 2007.

19 El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio aparece ampliamente explicado en la sentencia T- 450 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en un caso en donde el juez falló en contra de la evidencia probatoria.

20 Ver sentencia T-025 de 2001.

21 Como se ha sostenido en las Sentencias T-442 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

22 “Este defecto entonces, puede concretarse cuando: a) hay falta de práctica y/o decreto de pruebas conducentes para el caso debatido, valga decir, insuficiencia probatoria; b) la errada o defectuosa interpretación de las pruebas allegadas al proceso o interpretación errónea; c) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho, o sea la ineptitud e ilegalidad de la prueba.” Sentencia T-840 de 2006.M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

23 Cfr. sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

24 Constitución Política, art. 44; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1; Código del Menor, arts. 20 y 22. Código del Menor. Es así que el artículo 20 establece: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. || Código del Menor, artículo 22: “La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”.

Entre otras las sentencias T-408/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-551/06 M.P. Marco Gerardo Monroy, T-189/03 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-864/05, M.P. Álvaro Tafúr Gálvis, T-041/96, M.P. Carlos Gaviria, y T-510/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, han acogido este parámetro como criterio determinante para el análisis y resolución del caso en el que se

involucran los derechos de los niños.

26 Sentencia T-510/93, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 T-255de 2003

28 Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

29 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.

30 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.

31 “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, 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.”.

32 Sentencia T-808 de 2006

33 Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, donde la Corte analizó el alcance de los derechos que tienen las víctimas de delitos a la verdad, la justicia y la reparación dentro del proceso penal.

34 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-597 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón, SU-067 de 1993, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T-451 de 1993, MP: Jorge Arango Mejía; T-268 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell.

35 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-399 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo; C-544 de 1993, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-416 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-502 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara.

36 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-046 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-093 de 1993, MP: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero, C-301 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-544 de 1993, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-268 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell., C-742 de 1999, MP: José Gregorio Hernández.

37 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, SU-067 de 1993, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, T-275 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero, T-416 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-502 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, C-652 de 1997, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-742 de 1999, MP: José Gregorio Hernández.

38 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-522 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell; C-037 de 1996, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; y C-071 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz.

39 Ver por ejemplo la sentencia C-157 de 1998, MPs: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara, en la cual la Corte encontró que no se vulneraba el derecho a acceder a la justicia al exigir que la interposición de la acción de cumplimiento se hiciera ante los Tribunales Administrativos, pues la ley establecía un mecanismo para facilitar el acceso en aquellos sitios donde no hubiera Tribunales. Dijo entonces la Corte: “No se vulnera el derecho de acceso a la justicia con la asignación de la competencia en los Tribunales Contencioso Administrativos, porque aquél se garantiza en la medida en que las personas no tienen que acudir directa y personalmente ante los respectivos tribunales a ejercer su derecho a incoar la acción de cumplimiento, porque pueden remitir, previa autenticación ante juez o notario del lugar de su residencia, la respectiva demanda, según las reglas previstas para la presentación de la demanda en el Código Contencioso Administrativo, cuando el demandante no resida en la sede del Tribunal.”

40 Así lo reconoció la Corte en la Sentencia C-412 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde afirmó “las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático debe ser eminentemente participativa.”

41 Ver, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional T-275 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte reconoció el derecho a conocer la verdad de los familiares de la víctima de un presunto suicidio.

42 Auto del 9 de marzo de 1992, Rad. 7.199.

43 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 2005

44 (Golding, Alexander y Stewart, 1999. The effect of hearsay witness age in a child sexual assault trial .Vol.5 (2004

45 (Ver anexo 2).

46 (Ver anexo 3).

47 Ver Anexo 4 del expediente

48 ver anexo 5

49 Ver anexo 6.

50 Folio 45 del expediente.

51 T-1276 de 2005

52 Potential disadvantages of videotaping interviews. Hunter R. Joffe R. Zaparniuk J. (1993) Chile victims. New York: Guilford Press

53 T-255 de 2003 y T-554 de 2003.

54 Folio 104 del expediente.

55 T-171 de 2006

56 "Violencia familiar y abuso sexual", capítulo "abuso sexual infantil". Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

57 Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.

58 T-1227 de 2008

59 Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 21791.

61 Ver auto de corrección de la sentencia T-029 de 2002 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

62 Ya en otras ocasiones la Corte Constitucional ha corregido partes de sus sentencias, entre ellas, por ejemplo, Auto 097 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), en este caso se corrigió las fechas que indicaban un periodo de práctica que debía ser reconocido; Auto 087 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en este caso se corrigió en la parte resolutive de la sentencia el nombre de la persona a la cual se había impartido una orden; Auto 229 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis), en este caso se corrigió en la parte resolutive la fecha de la sentencia que había sido revocada, dato que permitía identificar el fallo. En el mismo sentido los autos números 067 de 2007 , auto 051 de 2007, 01 de 2008, 197 de 2007 y 174 de 2005 .