

Sentencia T-1015/10

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES-Protección de los niños y niñas en investigaciones relacionadas con atentados a su integridad sexual

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Valoración de prueba, sana crítica y motivación de los fallos judiciales

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto las resoluciones controvertidas no presentan defectos concretos que pudieran minar la hipótesis fáctica de las autoridades accionadas

Referencia: expediente T-2.520.834

Acción de tutela de Amparo, en representación de su hija menor, Sofía, contra la Fiscalía Seccional 230 de la Unidad de Delitos Sexuales y la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva.

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diez (2010).

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

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES

Anotación preliminar:

La Sala ha decidido suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma los nombres verdaderos de la menor involucrada en este trámite, así como los de sus familiares y demás intervinientes en el proceso, como medida para proteger su intimidad.¹ En ese orden de ideas, la niña cuya identidad se protege será llamada Sofía; su madre, Amparo; su padre, Miguel; su hermana menor, Victoria; y el grupo familiar compuesto por ellos, la familia Rodríguez-Cano.

De los hechos y la demanda.

La señora Amparo interpuso acción de tutela contra la Fiscalía Seccional 230 de la Unidad de Delitos Sexuales y la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (en adelante, “la fiscalía 230 seccional” y “la fiscalía 34 delegada”), por considerar que las autoridades mencionadas vulneraron los derechos fundamentales de su hija Sofía a la verdad, la justicia, la reparación, y a la especial protección debida por las autoridades a los menores víctimas de agresiones sexuales, al proferir resolución de preclusión en la investigación adelantada contra su padre (Miguel), por el presunto ilícito de acto sexual con menor de edad. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda:

1. Antecedentes fácticos que dieron origen a la investigación penal cuya preclusión se cuestiona por vía de tutela:

1.1 La señora Amparo y el señor Miguel sostuvieron una relación marital entre 1998 y 2004, de la cual nacieron las niñas Sofía y Victoria.² En octubre de 2004, Amparo y Miguel decidieron terminar su vínculo matrimonial de mutuo acuerdo, y acudieron al centro de conciliación Cornotare para efectos de regular la separación de bienes, las visitas y la cuota

alimentaria de las menores.

Durante esos trámites Sofía comenzó a expresarle a Amparo comentarios sobre “juegos” que realizaba con su padre que la llevaron a sospechar sobre la ocurrencia de un abuso sexual cometido por Miguel contra Sofía.

1.2 Con base en tales sospechas, la peticionaria interpuso denuncia penal contra Miguel ante la Fiscalía General de la Nación. En esa oportunidad, así como en la ampliación de la denuncia, expresó que la desconfianza hacia su ex esposo se veía reforzada por conductas de Miguel asociadas a adicción al juego (ludopatía) y al sexo, incluida la consulta de páginas de pedofilia en Internet, lo que la llevaba a preguntarse si su ex esposo podría distinguir entre los cuerpos que veía en la pantalla y el cuerpo de su hija.

1.3 De forma paralela a la denuncia penal, la accionante puso en conocimiento del Icbf y la Comisaría 11 de Familia de Bogotá los hechos recién relatados. A partir de su denuncia el Icbf declaró a las menores en situación de riesgo; restringió las visitas entre Miguel y sus hijas, y otorgó la custodia y cuidado de las menores a Amparo. Informa la peticionaria que, ante el acoso de Miguel y el incumplimiento de los acuerdos sobre visitas, acudió ante las autoridades de policía y obtuvo la imposición de contravenciones a Miguel, para evitar acercamientos no autorizados a sus hijas.

2. De la investigación penal adelantada contra Miguel.

2.1. Con fundamento en la denuncia interpuesta por Amparo, la fiscalía 230 seccional inició investigación penal contra Miguel por el delito de actos sexuales con menor de catorce años (agravado por la edad de la presunta víctima), en concurso con incesto.

2.2. En el transcurso de la investigación se efectuó una intensa actividad probatoria que llevó a incorporar al expediente amplio número de elementos probatorios, tales como: (i) denuncia ampliación de la denuncia formulada por Amparo; (ii) versión libre e indagatoria de Miguel; (iii) declaraciones de Sofía, rendidas ante la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional de Medicina Legal (INML), y entrevistas de la niña realizadas por distintos profesionales de la salud; (iv) dictámenes de diversos profesionales sobre las condiciones psicológicas de Sofía, Amparo y Miguel; (v) testimonios de algunos de los profesionales que entrevistaron a Sofía; (vi) documentos científicos sobre el valor del testimonio del menor en

casos de abuso sexual; (vii) testimonios de personas allegadas a la familia Rodríguez-Cano; (viii) informe de recuperación de datos de un computador personal (supuestamente) utilizado por Miguel cuando residía en el hogar de la familia Rodríguez-Cano, entre otros³.

2.3. El trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009), la fiscalía 230 seccional decidió proferir resolución de preclusión en favor de Miguel. Como sustento de su decisión, expresó que al cierre de la investigación existía duda insalvable sobre la ocurrencia del hecho investigado dadas ciertas inconsistencias en el relato de los hechos por parte de la menor.

2.4. La parte civil interpuso recurso de apelación contra la decisión de la fiscalía 230 seccional, considerando que incurrió en diversos yerros en la apreciación de las pruebas allegadas al expediente.

2.5. La fiscalía 34 delegada, en providencia de catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009), decidió confirmar la resolución de preclusión, basándose en un análisis coincidente en sus principales aspectos con el de la seccional 230.

2.6. La peticionaria considera que las autoridades accionadas incurrieron en defecto fáctico al precluir la investigación adelantada contra Miguel, a partir de una valoración irrazonable de los medios probatorios allegados al sumario, y de la omisión en la valoración de algunas pruebas determinantes para la adopción de una decisión ajustada a derecho. A su juicio, esos defectos se traducen en un desconocimiento de los derechos fundamentales de Sofía, consagrados en el artículo 44 de la Carta Política, y en las disposiciones concordantes del bloque de constitucionalidad.

La Sala estima conveniente mencionar que la discusión de fondo propuesta en este fallo, se origina en las actuaciones brevemente reseñadas en los numerales 2.3 - 2.6. Los argumentos propuestos por las partes en esos momentos procesales serán expuestos y abordados en el acápite del caso concreto, si se acreditan los presupuestos de procedibilidad de la tutela

contra providencias judiciales.

3. En relación con la procedibilidad de la presente acción, expresa la peticionaria que ya agotó los recursos ordinarios (apelación) y no cuenta con recursos extraordinarios para la protección integral de los derechos de Sofía, pues el recurso de casación no procede contra resoluciones de preclusión, y la acción de revisión tiene un alcance limitado frente a decisiones de tal naturaleza, de manera que los hechos puestos en conocimiento del juez de tutela escapan a los presupuestos especiales de la revisión penal.

4. Intervención de las autoridades accionadas.

4.1. De la Fiscalía 230 seccional de la unidad de delitos sexuales.

La fiscalía 230 seccional intervino en el trámite de la primera instancia y solicitó denegar el amparo, argumentando que la resolución de preclusión proferida el trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009) se basó en un estudio de las pruebas aportadas al expediente, a partir del cual se determinó que existían serias dudas respecto de la comisión del hecho denunciado. En ese sentido, informa la accionada que “Sofía de escasos 6 años de edad para la época, al ser remitida por primera vez ante el Instituto Nacional de Medicina Legal (...)refirió textualmente:

“Los juegos con mi papá son chéveres porque jugamos chévere y mi papá me hace reír porque es chistoso, cuando me hace cosquillas cuando hace las caras chistosas, jugamos balón en el suelo encima de las camas, en un parque, jugamos parqués, hacíamos experimentos con agua, mi papá me decía cómo se hacía y la parte mía era pasarle las cosas que necesitaba aparte del agua, en el baño, mi papá me alzaba para que tocara el agua arriba, me alza, yo abro las piernas, para sostenerme de las piernas en el pecho del papá, estiro la mano y toco el agua, lo abrazo con las piernas...”, testimonio que no permite inferir razonablemente ningún tipo de acto sexual realizado por su padre.

Agrega que para también fue tomado en cuenta el resultado del examen físico practicado el mismo día por un profesional del Instituto Colombiano de Medicina Legal (en adelante, INML) en el que se consignó que no fueron halladas huellas de abuso sexual.

Explica que esa declaración mereció mayor credibilidad que las posteriores por ser clara,

espontánea y coherente, mientras que en otras versiones la menor comenzó a hacer manifestaciones sobre supuestos abusos sexuales mostrando cambios en su lenguaje, y consignando palabras técnicas en su relato para referirse a los genitales, “notándose” que fueron enseñadas por un adulto.

Expone que la fiscalía tuvo en cuenta que Amparo sometió a su hija a diversas valoraciones médicas, particulares y oficiales, que a la postre llevaron a Sofía a experimentar sentimientos de odio hacia su padre y a expresar que sufrió manipulación sexual por parte del mismo.

Concluye entonces, que “los medios probatorios fueron sopesados y ponderados, tanto por la delegada como por la Fiscalía de segunda instancia, para llegar a la conclusión de que existen serias dudas sobre la ocurrencia de los hechos”.

4.2. De la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La autoridad mencionada solicitó, en el curso de la primera instancia, denegar el amparo, considerando que en las resoluciones controvertidas “se efectuó una ponderada valoración de los elementos probatorios allegados al plenario de manera oportuna y legal, que permitieron concluir que no se reunían las exigencias legales para proferirse RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN generando como consecuencia lógica la confirmación de la decisión adoptada por el a-quo (...)”.

En concepto de la accionada, “la tutela no [puede] ser la vía para efectuar una nueva valoración sobre el asunto ya decidido, tal como lo hace la accionante de manera equivocada en la demanda de tutela... citando de manera sesgada apartes de elementos probatorios que fueron objeto de valoración y análisis al momento de emitirse el correspondiente pronunciamiento por parte de este despacho”. Como apoyo de su posición, citó la sentencia T-332 de 2006 de esta Corporación, con el fin de resaltar la importancia de la autonomía judicial en la valoración de la prueba.

Del fallo de primera instancia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009), decidió denegar el amparo. Su decisión se basó en (i) el carácter excepcional de la tutela contra providencias judiciales, y (ii) la motivación razonable

sobre la valoración de las pruebas que se constata en las resoluciones controvertidas.

Insistencia presentada por el Defensor del Pueblo.

En escrito radicado en la Secretaría de la Corte Constitucional el dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), el Defensor del Pueblo, en ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales presentó insistencia sobre la revisión del expediente de la referencia, con base en las siguientes razones:

(i) El presente caso presenta relevancia constitucional, pues permite a la Corte Constitucional aclarar el alcance de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en el marco de los procesos penales, en los que aparecen como víctimas de derechos sexuales, [y] evitar, en caso de constatarlo un perjuicio grave en cabeza de Sofía”.

(ii) En el caso concreto, la tesis de la Fiscalía sobre las incoherencias en el relato de la menor no parece contundente, pues “de los diferentes conceptos rendidos por profesionales de psiquiatría y psicología del Instituto Nacional de Medicina Legal, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de las Asociaciones Afecto y Creemos en Ti, se infiere prima facie, la coherencia del relato de la niña (...) la falla de coherencia en el relato de la niña, en la que se basa la Fiscal accionada, no parece tal, pues las diferentes narraciones que se presentan a lo largo de las entrevistas ... no presentan incoherencias, ni parecen corresponder a mentiras deliberadas de la niña o la manipulación de terceros, dentro de los cuales se encontraría su propia progenitora”, como lo explican algunos de los expertos que intervinieron en el trámite.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si la fiscalía 230 seccional y la fiscalía 34 delegada (las accionadas) violaron los derechos fundamentales de Sofía a la especial protección debida por las autoridades judiciales a los menores; al acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva; y a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de los hechos punibles, al calificar el sumario en la investigación adelantada contra Miguel (padre de Sofía) con resolución de preclusión, incurriendo en diversos defectos en el manejo del material probatorio y, principalmente, en la valoración contraevidente de determinados medios de prueba y la omisión en la valoración de otros elementos probatorios relevantes.

Para resolver el problema planteado en este trámite, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, profundizando (ii) en el defecto fáctico como causal de procedencia de la acción; (iii) hará referencia a los criterios de aplicación e interpretación del interés superior del menor en todas las actuaciones públicas en que intervenga, y cuyo resultado afecte, a niños y niñas; y (iii), recordará las subreglas específicas sentadas por la Corporación sobre los parámetros que deben seguirse en investigaciones relacionadas con el abuso sexual de menores. En ese marco, (iv) abordará el estudio del caso concreto.

b. Solución al problema jurídico.

Procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

1. En esta oportunidad, la Sala efectuará una exposición sucinta del tema, puesto que la jurisprudencia constitucional en la materia se encuentra consolidada, y en atención a que los jueces de instancia no discuten la procedencia del amparo contra decisiones judiciales. Para un análisis completo del tema, la Sala remite a la sentencia C-590 de 2005, en la que se consolidó la doctrina constitucional en la materia.⁶

2. La Corte Constitucional, intérprete autorizada de la Constitución Política y guardiana de la integridad del texto superior (artículo 241 C.P.), ha desarrollado una sólida doctrina en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, basada en la búsqueda de un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial –pilares de la administración de justicia en un estado democrático–, y la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales –razón de ser del estado constitucional y democrático de derecho–. Este equilibrio se logra a partir de la procedencia excepcional de la acción, dentro de supuestos cuidadosamente decantados por la jurisprudencia constitucional⁷.

3. A la luz del enfoque recién expuesto, la Sala Plena sistematizó la jurisprudencia de la Corporación en la sentencia C-590 de 2005, estableciendo unos requisitos generales de procedibilidad (aspecto formal de la acción, íntimamente ligado con el respeto por la cosa

juzgada, la autonomía y la independencia judicial), y unas causales específicas de procedencia del amparo (aspecto sustancial, relativo a la tipificación de los eventos en los que un fallo puede llevar a la amenaza o transgresión de derechos constitucionales), como a continuación se expone:

3.1 Requisitos formales (o de procedibilidad del amparo)⁸: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional⁹; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela¹⁰; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela¹¹.

3.2 Requisitos sustanciales (o de procedencia material del amparo): que se presente alguna de las causales genéricas de procedibilidad, ampliamente elaboradas por la jurisprudencia constitucional: defecto orgánico¹² sustantivo¹³, procedimental¹⁴ o fáctico¹⁵; error inducido¹⁶; decisión sin motivación¹⁷; desconocimiento del precedente constitucional¹⁸; y violación directa a la constitución¹⁹.

4. En relación con las causales genéricas de procedencia, ha manifestado la Corte que no existe un límite indivisible entre estas, pues resulta evidente –a manera de ejemplo– que la aplicación de una norma inconstitucional o el desconocimiento del precedente constitucional pueden derivar en un irrespeto por los procedimientos legales; o, que la falta de apreciación de una prueba, puede producir una aplicación indebida o la falta de aplicación de disposiciones normativas relevantes para la solución de un caso específico²⁰.

5. En conclusión, para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de una providencia judicial, es preciso que concurren tres situaciones: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, (iii) el requisito sine qua non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.²¹

El defecto fáctico como causal genérica de procedencia de la tutela contra sentencia judicial:

6. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación²², este defecto se produce cuando el juez toma una decisión sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina²³, como consecuencia de una omisión en el decreto²⁴ o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

7. El defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión positiva²⁵, que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o en la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello, así como en una dimensión negativa²⁶, es decir, por la omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de pruebas de carácter esencial²⁷.

La procedencia de la tutela para remediar un defecto fáctico obedece a que, a pesar de las amplias facultades que posee el juez natural para el análisis del material probatorio, el funcionario debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.²⁸

8. Sin embargo, la Corporación ha sido enfática en señalar que la intervención del juez de tutela en este ámbito es extremadamente reducida, pues el respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural, e inmediatez, impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio²⁹, de manera que las diferencias de criterio en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos; la procedencia de la tutela está condicionada a que el error sea ostensible y tenga incidencia directa en la decisión que se pretenda controvertir.³⁰

El interés superior del menor en el orden jurídico interno. Reiteración de jurisprudencia.

9. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en un amplio número de decisiones del alcance y contenido de los principios de especial protección a la niñez, e interés superior del niño³¹, definiendo el alcance de diversas cláusulas constitucionales, y recalando las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, reflejadas en diversos instrumentos, como a continuación se explica:

10. El carácter prevalente de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, lo que implica que la satisfacción de sus derechos e intereses constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los menores.³²

11. El legislador recogió los principales estándares normativos internacionales del interés superior del menor en la Ley 1098 de 2006, prescribiendo diversas directrices para la protección del menor: “Así (...) el artículo 1º dispone que el Código tiene como finalidad “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad amor y comprensión [y que] prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”; en la misma dirección, el artículo 2º establece como objeto de la ley mencionada “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”; los artículos 4º y 6º establecen que las normas del código son de orden público y de carácter irrenunciable, y que las normas constitucionales y de tratados o convenios internacionales de derechos humanos hacen parte integral del código y sirven “de guía para su interpretación y aplicación”; Finalmente, el artículo 9º consagra la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en caso de conflicto con derechos de otras personas.³³

13. El contenido del interés superior del menor, y el carácter prevaleciente de sus derechos debe determinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso, en lugar de entenderse como un mandato abstracto de aplicación mecánica. En tal sentido, en las sentencias T-510 de 2003 y T-397 de 2004 estableció la Corte el alcance de las obligaciones relativas a la identificación y protección del interés superior del menor:

“[L]as decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar

y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”³⁴

14. El principio de interés superior del menor ha tenido desarrollo jurisprudencial específico en el escenario constitucional en el que se ubica el problema jurídico planteado. A continuación reitera la Sala la jurisprudencia relativa a la protección de menores posibles víctimas de abuso sexual.

Protección de los niños y las niñas en investigaciones relacionadas con atentados a su integridad sexual. Reiteración de jurisprudencia y precedentes relevantes.

15. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado diversas reglas y criterios de interpretación para la aplicación de las normas punitivas y las garantías del debido proceso, bajo la fuerza normativa del interés superior del niño, en aquellos eventos en que los menores deben intervenir en procedimientos ante la justicia penal, bien sea en condición de presuntos responsables de conductas punibles, o en calidad de posibles víctimas de un delito.

16. El problema jurídico planteado en este trámite se enmarca precisamente en el segundo supuesto, pues se refiere a las condiciones que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en el manejo de las pruebas y en la aplicación de normas sustantivas sobre el desarrollo y desenlace de la investigación penal, cuando el tema objeto de decisión involucra la protección de un menor, presunta víctima de tratos sexuales³⁵.

17. La jurisprudencia de la Corporación ha sido sentada en diversos fallos de revisión de tutela, en los que se exponen criterios uniformes sobre el alcance de los deberes del ente

investigador frente a los menores de edad víctimas de conductas que desconocen su integridad sexual y afectan, por lo tanto, su dignidad humana. Con el fin de decantar la jurisprudencia en la materia, la Sala se referirá a lo expresado en los fallos T-554 de 2003, T-458 de 2007, T-520 A de 2009 y T-078 de 2010.

18. Es importante señalar que, si bien todos los casos se relacionan con el tema jurídico estudiado, las sentencias T-554 de 2003 y T-078 de 2009 son las que guardan mayor afinidad fáctica y por lo tanto, las que presentan mayor valor como precedentes para la solución del problema estudiado, pues en esos procesos se alegó el desconocimiento de la protección de los menores como resultado de decisiones de preclusión proferidas por la Fiscalía General de la Nación, en investigaciones sobre actos sexuales contra menores de 14 años, presuntamente cometidos por familiares cercanos de los afectados, en el marco procedimental de la ley 600 de 2000.

19. Las sentencias T-458 de 2007 y T-520 A de 2009 guardan relación con el caso estudiado, por referirse al manejo probatorio en casos de abusos a menores; pero exhiben algunas diferencias relevantes en tanto la primera se llevó a cabo por acceso carnal en persona en incapacidad de resistir por grave estado de alicoramiento; el presunto agresor era un joven compañero de estudios de la víctima, y la agredida tenía 14 años de edad. El segundo fallo (T-520 A de 2009), por su parte, se refirió a una orden de archivo y no a una resolución de preclusión, de manera que la Corte estimó que no resultaban aplicables las subreglas de procedencia de la tutela contra providencia judicial y efectuó un amplio análisis de la actuación de la fiscalía dentro del marco de la ley 906 de 2004.

A pesar de esas diferencias –que deben ser tenidas en cuenta por el operador judicial al momento de aplicar las subreglas sentadas en tales fallos y las condiciones del caso concreto-, encuentra la Sala que los cuatro pronunciamientos mantienen una posición sólida y consistente sobre el manejo y valoración de los elementos de prueba en casos de abuso sexual de menores, como se puede observar en la reseña de los mismos que se expone a continuación³⁶:

a. Sentencia T-554 de 2003.

21. En la sentencia T-554 de 2003 la Corte conoció, en sede de revisión, la solicitud de amparo interpuesta por la madre de una menor de 14 años presuntamente abusada por su

padre, cuyo propósito material de protección recaía en evitar que a la niña se le practicara un examen ginecológico para determinar o descartar la ocurrencia de un acceso carnal.

La peticionaria argumentaba que su hija había pasado por esa valoración médica en dos oportunidades y que ese tipo de examen implicaba una lesión a la intimidad de la menor, a su integridad y su dignidad humana; y consideraba que la práctica del tercer análisis resultaba innecesaria por la existencia de suficientes elementos de juicio para que la autoridad accionada proferiera resolución de acusación.

La Fiscalía demandada argumentó que la práctica del tercer examen era imprescindible para determinar la ocurrencia de los hechos investigados, pues en el expediente reposaban dos dictámenes contradictorios, toda vez que en el primero se acreditaba desfloración y ruptura del himen, en tanto que en el segundo, realizado por sugerencia del psicólogo que atendió a la menor, se observó integridad del tejido mencionado. Explicó que la negativa de la madre a la práctica de la prueba llevó a la autoridad a proferir resolución de preclusión a raíz de la duda insalvable sobre la ocurrencia del hecho.

Al abordar el estudio del caso, la Sala Novena de Revisión consideró que la solicitud de amparo de la madre de la menor resultaba improcedente pues la práctica del tercer examen era necesaria para adoptar una decisión ajustada a la verdad y no suponía una lesión a la menor si se practicaba en forma adecuada, por profesionales expertos en ese tipo de exámenes y bajo estrictas condiciones científicas.

En relación con la decisión de la fiscalía accionada, en el sentido de precluir la investigación, estimó la Sala Novena que la renuncia a la práctica de una prueba necesaria, comportó un desconocimiento de los especiales deberes de protección de los menores de edad, que recaen en cabeza de los encargados de investigar y sancionar hechos punibles que afecten la integridad de niños y niñas. Los fundamentos de la decisión se pueden sintetizar así:

21.1. La finalidad del proceso penal en el estado constitucional de derecho es la protección de los derechos fundamentales, y de otros bienes que –a juicio del legislador- gozan de una especial trascendencia social. El ius puniendi persigue ese fin mediante la tipificación de aquellas conductas que lesionen los bienes mencionados; la investigación de las mismas y la sanción de quienes incurran en esos comportamientos “típicos”, así como la reparación plena e integral del daño ocasionado en la víctima del hecho punible.³⁷

21.2. Cuando la víctima de las conductas mencionadas es un menor de edad, el principio de interés superior del menor (artículos 44 de la C.P y 3º de la Convención sobre los derechos del niño (CDN)) establece, en cabeza de las autoridades de la jurisdicción penal (incluida la Fiscalía General de la Nación como ente encargado de la instrucción y acusación penal) la obligación de adoptar las medidas necesarias para lograr la protección integral del menor afectado, lo que se traduce en deberes negativos y positivos específicos, como a continuación se expone:

21.2.1 Desde una dimensión negativa, los funcionarios judiciales deben prescindir de expresiones que afecten la dignidad de los menores y evitar el decreto de pruebas que impliquen una intromisión excesiva a la intimidad o integridad física y emocional del niño o la niña. En caso de estimar que se trata de pruebas de especial relevancia, el operador debe efectuar una ponderación sobre la necesidad de la prueba y el nivel de afectación del menor en cada caso.

21.2.2 Desde una dimensión positiva, las autoridades involucradas en la investigación y juzgamiento de conductas lesivas de la integridad sexual de un menor de edad deben mostrar especial diligencia en la determinación de los hechos, la atribución de responsabilidad penal y la reparación plena de los derechos del menor³⁸; informar al Icbf sobre la presencia de un menor en situación de riesgo, y procurar, desde la notitia criminis, la protección integral del menor³⁹; y, finalmente, utilizar sus facultades para el decreto de pruebas que le permitan alcanzar la verdad procesal.

21.2.3 Además, el principio de igualdad -especialmente en las esferas de prohibición de discriminación e igualdad material o diferencial- ordena al operador judicial a desplegar comportamientos que tomen en cuenta la situación de indefensión del menor, y abstenerse de darle al niño o la niña un trato semejante al que ordinariamente le dispense a un adulto en la misma situación.⁴⁰

21.3. Cuando el proceso penal se dirige a investigar sucesos relacionados con lesiones a la libertad e integridad sexual de los menores, y al castigo de los responsables de este tipo de conductas, el principio de presunción de inocencia cede parte de su poder normativo para acompasarse con las obligaciones de las autoridades de brindar una protección especial al menor.

Ello significa que el principio *in dubio pro reo* solo opera una vez se ha agotado una investigación particularmente seria y exhaustiva, en la que se hayan decretado y practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para alcanzar la verdad sin lograr disipar la duda, de manera que no puede aplicarse para terminar apresuradamente el proceso, en beneficio del investigado. Esta subregla se desprende directamente del artículo 44 de la Constitución Política, en tanto establece la obligación de proteger el interés superior del menor; el carácter prevalente de sus derechos, y la regla hermenéutica que ordena interpretar y aplicar la ley de la manera que brinde un mayor marco de protección a los derechos del menor (principio *pro infans*).

Aclaró la Corte, empero, que ello no implica la prohibición de aplicar el “*in dubio pro reo*”, sino que su ejercicio se condiciona a estándares particularmente exigentes en cuanto a la seriedad y diligencia de la investigación. Como se expresó en la sentencia citada:

“El poder discrecional con que cuenta el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuando quiera que exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio. En tal sentido, las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, ab initio en beneficio de éstos y en desmedro de los derechos del menor sino que es menester, en estos casos, profundizar aún más en la investigación a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto. Lo anterior no significa que en casos de delitos sexuales cometidos contra menores le esté vedado al funcionario judicial aplicar el principio del *in dubio pro reo*, sino que solamente se puede apelar al mismo en última instancia, luego de haber adelantado una investigación realmente exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio”.⁴¹

21.4. Finalmente, expresó la Corporación que en estos procesos cobran especial importancia determinados medios de prueba, tales como (i) los dictámenes periciales, que le permiten al juez incorporar máximas de la experiencia ajenas a su conocimiento profesional por su carácter técnico y especializado; (ii) los indicios, dado que el abuso suele producirse en

circunstancias en las que no hay testigos directos ni rastros fisiológicos de los hechos; y, muy especialmente, (iii) el testimonio del menor, pues frecuentemente es el único elemento probatorio disponible, también por las condiciones en que ocurren los hechos.

Además, esas dificultades probatorias, unidas a la condición de indefensión del menor, justifican el traslado de la carga de la prueba a los órganos de investigación del Estado: "(...) sobre este punto la Sala es enfática, 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."

En síntesis, en el fallo estudiado la Corte estableció un marco de protección al menor basado en (i) la aplicación de estándares más exigentes en investigaciones sobre hechos punibles que afectan a los niños y las niñas por parte del ente investigador y, de manera general, de las autoridades de la justicia penal. Este estándar (ii) incluye deberes concretos de carácter positivo y negativo, (iii) criterios de valoración de las pruebas y (iv) un elemento normativo trascendental: la aplicación del principio pro infans y el desplazamiento del in dubio pro reo como última posibilidad para adoptar decisiones de fondo.

b. Sentencia T-520 A de 2009.

22. En la sentencia T-520 A de 2009, la Sala Quinta de Revisión debió determinar si la Fiscalía desconoció los derechos de una menor de edad, al (i) ordenar el archivo de la investigación adelantada contra su padre por el delito de actos sexuales en menor de 14 años; y (ii), negarse a reabrir el trámite, pese a la incorporación de material probatorio relevante y constantes solicitudes de la madre de la menor. La Corte encontró que, en efecto, la autoridad accionada desconoció la especial protección de la menor y violó sus derechos a la tutela judicial efectiva y el acceso a la administración de justicia al renunciar, de manera ilegítima, al ejercicio de la acción penal.

23. En el pronunciamiento que se reseña, la Corte expresó que la acción penal es una atribución de la Fiscalía General de la Nación, pero también un derecho fundamental de los ciudadanos pues su adecuado ejercicio es esencial para la eficacia de los derechos al acceso a la administración de justicia⁴², la tutela judicial efectiva⁴³, y los derechos a la verdad, la

justicia y la reparación de las víctimas de hechos punibles.⁴⁴

24. En la misma línea argumentativa, señaló este Tribunal que en el escenario del Sistema interamericano de derechos humanos “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte”, y explicó que para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado no basta con que el recurso sea formalmente admisible sino que debe ser realmente idóneo para determinar la existencia (o inexistencia) del perjuicio iusfundamental y, en consecuencia, para adoptar las medidas de reparación pertinentes.

En tal sentido, del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 25 de la CADH, se desprenden las obligaciones de “investigar, identificar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. No cumplir con tales garantías, significa una denegación de justicia (...)”.⁴⁵

25. En relación con el archivo de la investigación precisó la Corte que, en el marco de la ley 906 de 2004, se trata de una orden y no de una providencia judicial, de manera que su control por vía de tutela no está sometido a los exigentes requisitos de la tutela contra pronunciamientos jurisdiccionales.

La finalidad de la orden de archivo es la preservación del principio de legalidad, en tanto límite y fundamento de la acción penal. Por ello, aclaró la Corte que el archivo no es asimilable a decisiones basadas en fines de política criminal, como el principio de oportunidad, ni a decisiones medulares del proceso, como la acusación o la preclusión de la investigación. En ese marco conceptual, la orden de archivo (solo) procede cuando no es posible -a partir de los elementos incorporados al expediente- caracterizar la conducta como un posible hecho punible, desde los elementos objetivos del tipo.

Siguiendo a la Sala Plena de esta Corporación, y a la doctrina más autorizada, aclaró la Sala que “la caracterización de un hecho como delito, obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. En términos generales, se pueden admitir como tales “la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.””⁴⁶

26. Explicó además la Corte que la búsqueda de la verdad en el proceso penal se relaciona con la vigencia de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2º, 228 y 229 superiores, toda vez que, como lo indicara el pleno del Tribunal en sentencia C-396 de 2007, “aunque difusa e indeterminada”, la verdad en el proceso es el punto de partida de la justicia, pues una decisión no puede considerarse justa si se basa en una comprobación “equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito”.

27. Por las razones expuestas, concluyó la Corporación que los fiscales no pueden abandonar de forma ligera este tipo de investigaciones, ni renunciar al ejercicio de la acción penal de forma apresurada, sino que su deber es ahondar en la búsqueda de pruebas pertinentes, relevantes y suficientes para adoptar una determinación ajustada a derecho sobre la existencia (o inexistencia) del hecho investigado.

c. Sentencia T-078 de 2010.

28. En la sentencia T-078 de 2010 la Corte abordó el estudio de conformidad constitucional de la decisión de preclusión de una investigación penal adelantada contra el padre de una menor de edad de aproximadamente 3 años, por presunto acto sexual, en concurso con incesto.

29. El fundamento de la preclusión se basó en el principio in dubio pro reo, pues a juicio de la fiscalía accionada el material probatorio resultaba insuficiente para acreditar la ocurrencia del hecho investigado. La Sala Novena de Revisión encontró, sin embargo, que en el expediente reposaban varios dictámenes psicológicos coincidentes, así como la declaración de la menor en la que daba cuenta del abuso de manera inequívoca, e incluso un dictamen médico que refería la existencia de indicios físicos del abuso.

Las pruebas psicológicas fueron rechazadas por la autoridad accionada, en virtud a la ausencia de formalidades como la grabación de la entrevista, o por la aplicación de un protocolo psicológico que la autoridad demandada consideró inadecuado para la valoración de la menor.

30. Al abordar la revisión del fallo, la Sala Novena estimó que la fiscalía incurrió en un evidente defecto fáctico al desconocer el contenido de los dictámenes periciales, pues las

formalidades echadas de menos por la accionada, así como su inconformidad con el protocolo asumido por los psicólogos para la entrevista, no son exigibles en el orden jurídico colombiano.

31. Consideró la Corte que al rechazar un dictamen por ausencia de determinadas formalidades, y descartar otra evaluación por no seguir un tipo específico de protocolo, el ente investigador ubicó a la menor afectada en una situación de imposibilidad de probar los hechos del abuso, situación agravada por el rechazo absoluto de su testimonio.

33. Por lo tanto, concluyó la Sala Novena, la parte accionada no solo incurrió en defecto fáctico, sino en violación directa de la Constitución por no tomar en cuenta el principio *pro infans* contenido en el artículo 44 superior; y en desconocimiento del precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal en materia de valoración del testimonio de los menores de edad.

34. En relación con los dictámenes periciales pasados por alto por la fiscalía, indicó la Sala que, además de no existir formalidades legales para las entrevistas y valoraciones psicológicas de los menores en el régimen jurídico colombiano, la finalidad de las pruebas psicológicas es incorporar reglas de la experiencia ajenas al juez por su carácter especializado y, principalmente, acercar el dicho del menor al operador judicial⁴⁷, independientemente de la técnica utilizada por el experto: “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 (...)”⁴⁸.

35. Al evidenciar los errores descritos en las resoluciones acusadas, enfatizó la Corte en que el derecho a la prueba es un elemento del debido proceso y del acceso a la administración de justicia y un vehículo imprescindible para alcanzar la verdad en la investigación penal, por lo que su transgresión constituye una violación a los derechos de las víctimas susceptible de protección por vía de tutela.⁴⁹

36. En consideraciones centrales del fallo, la Sala Novena reprochó a los funcionarios accionados la pretermisión absoluta del principio *pro infans*, elemento esencial de las garantías del debido proceso desde la perspectiva del menor presunta víctima de abuso 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. 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”.⁵⁰

37. En lo atinente al manejo del material probatorio, la Sala complementó su decisión con sucinta pero importante referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la valoración de los testimonios de los menores en casos de -eventual- abuso sexual, tal como fue sistematizada en decisión de 26 de enero de 2006 (radicado 23706) de esa alta Corporación:

37.1 El testimonio del menor no puede ser descalificado a priori, ni pueden imponerse vedas o tarifas a las declaraciones de niños y niñas, alegando inmadurez psicológica o carencia de aptitud para declarar. No lo ha establecido de esa manera el legislador, pues no excluye tales testimonios como medios de prueba, ni existen elementos científicos que permitan presumir, de manera general, la ausencia de credibilidad en el dicho de los menores⁵¹.

37.2 No puede negarse valor al testimonio del menor argumentando que no está sujeto a la formalidad del juramento. La exclusión de esa ritualidad se explica, históricamente, por la irrelevancia del juramento frente a la ausencia de sanciones penales por falso testimonio para los niños, y no por la imposibilidad del menor de rendir un relato veraz y coherente de lo sucedido⁵².

37.3 Salvo alguna condición médica o psicológica particular del menor, que le impida testificar y se encuentre debidamente comprobada, su declaración debe ser valorada dentro de los mismos derroteros de cualquier prueba testimonial. Es decir, bajo los principios de la sana crítica y en el marco del conjunto del material probatorio⁵³.

37.4 Dentro de los parámetros expuestos, el funcionario judicial puede tomar en cuenta la posibilidad de que el menor haya sufrido sugestión por parte de terceros, pero también debe tener presente que, de acuerdo con criterios científicos adoptados por la Corte Suprema de Justicia, la credibilidad del relato de los niños y las niñas aumenta cuando se refieren a

eventos que produjeron una honda impresión en su conciencia⁵⁴.

37.5 De acuerdo con recientes estudios psicológicos sobre la declaración de menores, “no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no [tenga] la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales”⁵⁵.

37.6 La valoración del testimonio del menor se dirige a determinar la objetividad de su narración, no a cuestionar los juicios que el menor emite sobre los acontecimientos. En otros términos, la valoración recae sobre la descripción de los hechos, no sobre los juicios de valor, estéticos, emocionales, etc, que el menor atribuya a esos hechos⁵⁶.

37.7 Dado que el abuso sexual se produce en circunstancias en las que el sujeto activo procura estar ajeno a la vista de los demás y no es frecuente el hallazgo de huellas físicas o fisiológicas del evento investigado (especialmente cuando se trata de un acto sexual y no de un acceso carnal), tanto la prueba indiciaria como el testimonio del menor deben ser valorados con particular esmero y seriedad.

38. A juicio de esta Sala, el compendio de criterios de valoración recién expuesto constituye un marco conceptual y normativo de obligatoria aplicación por parte de las autoridades penales, en primer término, porque la posición jerárquica de la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria (especialidad penal) le permite y atribuye la facultad de unificar la jurisprudencia relativa a la interpretación y aplicación de la ley penal (sustantiva y procesal); y, en segundo lugar, por tratarse de criterios que informan la sana crítica a la que debe ceñirse la valoración de la prueba por parte de los operadores jurídicos.

Además, es importante resaltar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal es coincidente y conforme con la interpretación que esta Corporación, guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución Política ha realizado del principio de los derechos del niño en el escenario de investigaciones sobre atentados contra la dignidad e integridad sexual de niños y niñas, a la luz del principio del interés superior del menor, los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva, y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de hechos punibles.

Valoración de la prueba, sana crítica y motivación de los fallos judiciales⁵⁷.

39. Como se puede observar a partir de la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad, los casos relativos a defecto fáctico en investigaciones sobre abuso sexual de menores ofrecen serios retos para el funcionario judicial, originados en el alcance del artículo 44 superior y en las dificultades probatorias concretas que han sido identificadas por la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación en ese escenario constitucional.

Además, se percibe un aumento en la frecuencia de estos conflictos en la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁸, a la par que crece la preocupación de la sociedad y el legislador en la materia, lo que se evidencia en el endurecimiento de las penas, la exclusión de beneficios para quienes son condenados por delitos contra la integridad y libertad sexual de los menores, y las iniciativas que propenden por la implantación de la cadena perpetua en tales casos.

La trascendencia social y normativa del problema jurídico que se aborda y la decantación de las subreglas desarrolladas por la Corte en este escenario constitucional, y recordadas en párrafos precedentes, llevan a la Sala a efectuar algunas consideraciones adicionales destinadas a enmarcar las obligaciones del operador judicial en la materia estudiada, bajo principios cardinales del estado social de derecho, y a determinar el alcance de tales obligaciones en un el discurso práctico judicial.

a. Garantías del derecho penal y deberes del Estado derivados del interés superior del menor.

40. La nota central del Estado de derecho -y el fundamento del temprano garantismo penal- es la concepción de la ley como límite y garantía de los derechos fundamentales, entre los que se destaca la libertad personal⁵⁹. El principio de legalidad es, además, un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso, en tanto excluye la arbitrariedad en el proceder de los funcionarios públicos⁶⁰ y, en el ámbito penal, la imposición de una pena, salvo por la comisión de conductas previamente tipificadas en la ley penal⁶¹.

42. La presunción de inocencia se refleja, a su vez, en el principio hermenéutico *in dubio pro reo*⁶², que ordena al operador judicial abstenerse de condenar a un ciudadano a menos de que esté probada la conducta típica, más allá de toda duda razonable, y a exigir criterios

mínimos de convicción para la adopción de otras decisiones centrales en la investigación y el proceso penal.

Es importante indicar que la calificación de la duda razonable guarda armonía con la concepción de lo razonable como parámetro de adecuación del discurso judicial: lo razonable excluye el arbitrio o el capricho del operador judicial por el condicionamiento de sus actuaciones a la existencia de razones legítimas en el marco de la Constitución y la ley; pero no equivale, sin embargo, a lo cierto o lo indiscutible, sino a lo aceptable por los participantes en un discurso que goce de suficientes condiciones para el intercambio de esas razones jurídicamente relevantes y socialmente adecuadas.

43. Ahora bien, para una comprensión adecuada del papel del juez en el escenario constitucional en que se ubica esta providencia, es imprescindible recordar que la Constitución Política consagra un Estado de derecho de carácter social.⁶³ Esta calificación adicional implica que de la mano del principio de legalidad y la igualdad ante la ley, adquiere plena eficacia el principio de igualdad materia⁶⁴, que ordena dar un trato especial (preferente) a las personas en condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, obligación que se complementa con cláusulas de protección reforzada frente a grupos sociales particularmente vulnerables.

44. Por esa razón, en procesos que involucren el bienestar de niños y niñas, posibles víctimas de abuso sexual, las garantías clásicas del debido proceso penal deben armonizarse con el interés superior del menor que establece la obligación de buscar una protección integral de niños y niñas, adoptar las medidas que aumenten su bienestar, tomando en cuenta cada menor y cada caso, y aplicar el principio *pro infans*, regla hermenéutica que prescribe acoger la interpretación legal y fáctica que mayores beneficios reporten al menor, y recordar la prevalencia de sus derechos frente a los de los demás⁶⁵. En el ámbito penal, el funcionario debe asumir el ineludible compromiso estatal hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de hechos punibles, deber que adquiere mayor intensidad cuando la víctima es indefensa o vulnerable⁶⁶ (C-004/03).

45. En ese contexto, las subreglas establecidas por la Corporación son constituyen criterios de ponderación entre la defensa del menor y las garantías del derecho penal contenidos en normas jurisprudenciales que deben ser aplicadas a casos futuros, en virtud del principio de

igualdad de trato y del carácter autorizado de la interpretación que ha efectuado esta Corte de los derechos del niño y, en general, de las víctimas de conductas delictivas.⁶⁷

Por ello, el juez o el fiscal que asuma el conocimiento o indagación de conductas típicas establecidas para la protección de la integridad sexual de niños y niñas debe mantener en su balanza, de una parte, el interés superior del menor, el derecho al acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva y los derechos de víctimas especialmente vulnerables; y, de otro lado, las garantías del debido proceso del investigado (imputado, sindicado, etc.) y la autonomía e independencia judicial.

El resultado de esa constante ponderación entre principios cardinales del estado social de derecho debe realizarse dentro del sendero marcado por la jurisprudencia de las altas cortes, y ser plasmado en la motivación judicial, explicando las razones que permiten configurar la premisa fáctica, en el marco de la sana crítica y las normas sustantivas pertinentes.

45.1 En ese sentido, cabe recordar que los principios de independencia y autonomía judicial son elementos esenciales del sistema democrático que se aseguran mediante la sujeción estricta del funcionario judicial al imperio del derecho y su aislamiento frente a presiones de otros órganos del poder público o de los particulares involucrados en procesos judiciales⁶⁸. En materia de apreciación de las pruebas y declaración de hechos, esos atributos se intensifican en atención a los principios de libertad probatoria, inmediación y valoración conjunta de las pruebas⁶⁹.

45.2 Sin embargo, la autonomía del funcionario judicial, como ocurre con todos los principios constitucionales, no tiene un carácter absoluto en ese ámbito: la consagración de la sana crítica en lugar de la íntima convicción como medio de conocimiento de los hechos, la exclusión de arbitrariedad propia del estado de derecho, y la obligación de motivar los fallos, establecen estándares mínimos de racionalidad para el funcionario judicial. En estos términos lo expresó la Sala Plena en sentencia C-202 de 2005:

“4. De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:

i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas⁷⁰. (Destaca la Sala).

45.3 En ese orden de ideas, la motivación del fallo comporta la obligación del juez de exponer las razones que lo llevan a declarar probados determinados hechos, y la sana crítica circunscribe esas razones a criterios lógicos (o, valga redundar, razonables), basados en la ciencia y la experiencia. La importancia de la motivación como garantía de interdicción de arbitrariedad y supuesto imprescindible para el control de legalidad de las actuaciones estatales⁷¹, mediante el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción ha sido resaltada por esta Corte en innumerables ocasiones, y en tiempos recientes ha llamado la atención de la doctrina y la teoría de la argumentación jurídica.

45.3.1 El fundamento del deber de motivación de los hechos radica en una concepción de la verdad procesal que, siendo falible, aspira al ideal de alcanzar la verdad real. Así, en la citada C-396 de 2007, la Sala Plena indicó que la orientación de la actividad probatoria hacia el esclarecimiento de la verdad es un presupuesto para la adopción de decisiones justas y la prevalencia del derecho sustancial (artículos 2º, 228 y 229 de la Constitución Política). (Ver, supra. Fundamento 26).

En la misma dirección, precisó la Corporación en sentencia T-264 de 2009 que la determinación de la verdad es necesaria para llevar a cabo una adecuada subsunción de los hechos (demostrados) en los supuestos de hecho de las reglas legales, y para la realización de ejercicios de ponderación adecuados, en los que el juez cuente con elementos fácticos suficientes para determinar la potencial afectación de los derechos en conflicto, y el nivel de certeza de la afectación de cada derecho. En otros términos, la pretensión de alcanzar la verdad guarda íntima relación con la pretensión de corrección de las decisiones judiciales.

En esos términos, la verdad es un fin constitucionalmente imperioso como presupuesto de la justicia; una premisa fundamental para el adecuado ejercicio del *ius puniendi*, y un derecho subjetivo de las víctimas de hechos punibles⁷².

Esa relación que ha establecido la jurisprudencia entre el ideal de la verdad y la obligación de la motivación se proyecta en la concepción de algunos principios tradicionalmente aplicados para la apreciación de las pruebas: así, excluida la íntima convicción por su excesivo intuicionismo y limitada la tarifa legal a excepciones taxativamente establecidas por el legislador, la libre valoración no solo faculta al juez para determinar los medios de convicción sino que le exige dar cuenta en el fallo sobre los elementos de convicción que llevan a la construcción de la premisa fáctica. Como lo indica la doctrina, “la libre valoración no cierra sino que abre el problema de encontrar criterios racionales de valoración”.⁷³

45.3.2 Ahora bien, el acercamiento a la verdad en el proceso afronta ciertos límites que delinean los contornos de la labor del juez al establecer la premisa fáctica de un fallo: (i) el conocimiento de los hechos se encuentra institucionalizado; es decir, sigue los cauces establecidos por el ordenamiento jurídico para la recolección de las pruebas; (ii) el acceso a la verdad está sujeto a los límites impuestos por el respeto al debido proceso de las partes⁷⁴; (iii) la averiguación recae sobre hechos del pasado, sobre los que no se puede obtener un conocimiento directo, salvo de manera muy excepcional; (iv) el proceso tiene límites temporales y refleja las dificultades de funcionamiento que pueden afectar a la administración de justicia. Los límites descritos en el punto (iv), y principios sustanciales como la presunción de inocencia (o, en otros escenarios la protección del trabajador), llevan al legislador a establecer presunciones; es decir, normas que orientan la decisión cuando termina el debate probatorio sin que el operador judicial posea elementos de convicción suficientes sobre los hechos.

Ese conjunto de límites implican que el juez no siempre puede obtener una prueba o demostración irrefutable de los hechos, por lo que debe elaborar hipótesis sobre los mismos y aplicar criterios de racionalidad y razonabilidad que permitan establecer la fuerza y grado de confirmación de las mismas.

Dado que el nivel de confirmación es una cuestión de grado, el funcionario debe explicar cuándo considera que su hipótesis es lo suficientemente fuerte para proferir decisiones de fondo en cada caso y en cada ámbito normativo pues, a manera de ejemplo, el estándar difiere entre medidas administrativas, decisiones que afectan derechos patrimoniales, y aquellas que suponen restricciones más o menos serias de derechos fundamentales⁷⁵.

46. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina autorizada, en la comprobación de las hipótesis, el juez puede hacer uso de inferencias deductivas e inductivas, cuya diferencia esencial estriba en que, dentro de la inferencia deductiva, si las premisas están comprobadas y el argumento está formalmente bien construido, la conclusión es necesariamente cierta; en tanto que, si se cumplen las mismas condiciones de confiabilidad de las premisas y corrección del argumento, en una inferencia inductiva la veracidad de la conclusión es apenas probable⁷⁶.

Un aspecto que vale la pena resaltar es que dados los límites que el juez enfrenta para conocer los hechos, los criterios de comprobación de las diversas hipótesis fácticas se construyen principalmente mediante inferencias inductivas y solo de forma excepcional en argumentos deductivamente válidos⁷⁷. Esa constatación implica que el operador debe aceptar que sus conclusiones son plausibles, verosímiles, probables, pero solo de manera absolutamente excepcional, sus criterios de comprobación le permiten arribar a resultados indiscutibles.

Así, el juez podrá dar por probados ciertos hechos con certeza, cuando disponga de pruebas científicas plenamente seguras e incontrovertibles. Sin embargo, aun en esos casos la comprobación recae sobre algunos hechos pero difícilmente comprenderá una hipótesis fáctica compleja. Además, la validez de las inferencias que se construyen sobre esas pruebas basadas en la ciencia o en conclusiones lógicas incontrovertibles depende de la confiabilidad de las premisas, que puede verse afectada por el nivel de conocimiento y destreza de los profesionales que auxilien al juez; la calidad de los laboratorios en que se realicen

determinadas comprobaciones, o el respeto por la cadena de custodia, entre otros factores.⁷⁸

47. Agotados esos medios de conocimiento y comprobación de hipótesis basados en ciencias exactas (y en algunos casos en principios lógicos como el de no contradicción), en los que funcionan como premisas leyes de la naturaleza científicamente comprobadas, el juez deberá acudir a las reglas de la experiencia, es decir a generalizaciones de hechos conocidos, y elementos probatorios que no le permiten llegar a conclusiones deductivamente correctas sobre los hechos.

Las reglas de la experiencia pueden dar un apoyo más o menos fuerte a la hipótesis, dependiendo de si tienen origen en criterios aportados por ciencias exactas o de si provienen de ciencias sociales; del nivel de acuerdo entre los científicos, o de la existencia de evidencia que debilite su plausibilidad, en cada campo científico. Si las reglas se extraen del sentido común o de la experiencia personal del funcionario, deben observarse con recelo, pues se corre el riesgo de que no se trate de generalizaciones plausibles sino de simples prejuicios sociales.

48. En el escenario estudiado, la jurisprudencia ha considerado que los medios de prueba disponibles suelen ser de este tipo, dadas las circunstancias en que ocurren los hechos, por lo que ha considerado indispensables dar relevancia especial y valorar con especial esmero los indicios, las pruebas psicológicas, y el testimonio de los menores.

49. Estos aspectos constituyen hechos psicológicos o condiciones médicas que son difíciles de probar para el juez en virtud de su ausencia de conocimientos especializados sobre la conducta humana, y por tratarse, en algunos supuestos, de características que se encuentran en el fuero interno del deponente. Por ello, para la evolución del testimonio resultan de especial importancia los peritajes o las valoraciones técnicas y profesionales que le permitan al juez utilizar reglas de la experiencia de las ciencias relacionadas con la conducta humana, como la psicología y la psiquiatría. Estas ciencias no aportan en sentido estricto un conocimiento sobre los hechos, sino que le permiten al juez conocer condiciones del declarante que pueden brindar o restar fuerza a su dicho; y, en algunos casos, permiten determinar síntomas que constituyen indicios de la ocurrencia del hecho investigado.

48. El común denominador de los medios de prueba que no gozan del respaldo de leyes

científicas incontrovertibles es que brindan al juez solo un conocimiento verosímil de lo ocurrido, pero no una certeza, lo que no debe considerarse como un factor de inseguridad en la determinación de los hechos, sino como un fundamento para la exigencia de motivar la sentencia con base en estándares serios de razonabilidad.

49. La motivación de los hechos, se expresó, dota de un valor especial al principio de libre valoración de la prueba, y se extiende también a otros principios de apreciación probatoria: así, el principio de inmediación justifica que sea el juez del proceso quien se encuentre en mejores condiciones de apreciar la prueba debido a su contacto directo con ella (elimina pasos intermedios en el conocimiento de la verdad que puedan distorsionar el contenido del medio probatorio) pero evidencia que el principio no puede entenderse como un momento de revelación mística de los hechos; pues ello resulta inexplicable y por lo tanto escaparía a la motivación del fallo.

50. Finalmente, la noción de prueba superflua debe ser manejada también con precaución cuando el juez solo cuenta con pruebas indirectas de los hechos. Así como el razonamiento inductivo se caracteriza porque cada premisa fortalece o debilita la conclusión, cuando el razonamiento probatorio depende de pruebas indirectas y razonamientos inductivos puede fortalecerse o debilitarse con cada nueva prueba relevante (pertinente).

Ello explica que el juez no debería rechazar pruebas pertinentes considerando que existen otras (indirectas y pertinentes), y que previo el análisis conjunto de la prueba debería indicar el alcance concreto de cada medio probatorio para la comprobación de su hipótesis fáctica. Obviamente, esto no puede entenderse como una obligación de extender indefinidamente el debate judicial pues normas procesales, principios sustanciales (derecho a una decisión pronta y efectiva), y la propia idea del derecho como mecanismo de regulación de las conductas sociales obligan a terminar el debate probatorio. Corresponde nuevamente al juez establecer los parámetros que aconsejan dar por finalizado el debate o mantenerlo dentro de los términos procesales.

Lo que sí debe resaltarse es que, en el ámbito de los casos de abuso sexual de menores, atendiendo las limitaciones probatorias que la experiencia jurídica ha encontrado, se exige al investigador y al juez manejar con mayor precaución la decisión de finalizar el debate probatorio o de inadmitir pruebas relevantes.

51. Finalmente, para la determinación del grado de confirmación de las hipótesis, propone Gascón, los siguientes criterios de racionalidad⁸⁰:

(i) No refutación: una hipótesis es más plausible si no existen pruebas en el expediente que la contradigan; la aplicación de este criterio se materializa mediante el momento del contradictorio en la recolección de las pruebas.

(ii) Confirmación: la hipótesis se ve confirmada por cada prueba que establece un nexo causal, lógico o de probabilidad con la hipótesis estudiada; ese nexo se establece mediante reglas de la experiencia o leyes probabilísticas;

(ii.1) El grado de confirmación es directamente proporcional al grado de confiabilidad de las reglas utilizadas;

(ii.2) El grado de confirmación es proporcional al grado de certeza de cada prueba;

(ii.3) Entre menos pasos o inferencias separen a las pruebas de la hipótesis, aumentará el grado de confirmación de la última.

(iii) Cuando el juez enfrenta hipótesis incompatibles debe escoger aquella con mayor grado de confirmación; en caso de empate, debe aplicar los criterios establecidos por el legislador en las normas que establecen presunciones.

(iv) Una mayor cantidad de pruebas o de confirmaciones fortalece la hipótesis. (Es importante indicar que este criterio se refiere a pruebas relevantes; y que excepcionalmente una sola prueba puede ser suficiente, cuando es de carácter científico y tiene un alto grado de confiabilidad (pruebas basadas en el ADN, v.gr.).

Con base en las subreglas y criterios establecidos en la exposición precedente, procede la Sala al estudio del caso concreto.

Del caso concreto

Para resolver el caso concreto, la Sala adoptará la siguiente metodología: en primer lugar analizará el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (requisitos formales) de la tutela

contra providencias judiciales; posteriormente analizará los cargos relativos a defecto fáctico por (i) omisión en la valoración de pruebas relevantes; y (ii), valoración errónea del material probatorio a la luz de la sana crítica. Finalmente, (iii) determinará el alcance de la decisión.

Además, estima la Sala que, ante la coincidencia general entre las resoluciones de primera y segunda instancia de las autoridades accionadas, resulta pertinente efectuar la evaluación de los cargos de manera simultánea en relación con los dos pronunciamientos.

1. Análisis de procedibilidad (formal) de la acción.

1.1. Relevancia constitucional:

El problema jurídico planteado a la Sala es de especial relevancia constitucional, pues se relaciona con la protección a los derechos fundamentales a la integridad, la libertad sexual y la dignidad humana de una menor de edad, sujeto de especial protección constitucional, y cuyos derechos son prevalentes en el orden interno (artículo 44 C.P. y 3º, CDN); por otra parte, la decisión que se adopte en este proceso deberá tomar en cuenta principios clásicos del debido proceso penal, como la presunción de inocencia y el in dubio pro reo de Miguel; y elementos centrales del estado democrático, como, la autonomía y la independencia judicial en la valoración de las pruebas. Por lo tanto, el requisito se encuentra cumplido.

1.2. Agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios:

En el presente trámite, como lo afirma la peticionaria, no existen recursos diferentes a la acción de tutela para perseguir, en sede judicial, la protección de Sofía: primero, porque la resolución de preclusión hace tránsito a cosa juzgada en el orden penal colombiano; segundo, porque el recurso extraordinario de casación no procede contra resoluciones o autos, sino (únicamente) contra sentencias judiciales; finalmente, porque en el marco de la acción de revisión no existe ningún supuesto en el que se prevea su procedencia por errores en la valoración, y omisión en el decreto de pruebas. En cuanto a los mecanismos ordinarios, no sobra observar que la peticionaria cumplió con la carga procesal de agotar el recurso de apelación, que fue resuelto de manera desfavorable a sus intereses por la Fiscalía 34 delegada.

El requisito se encuentra cumplido.

1.3. Interposición de la acción en un plazo razonable (Inmediatez):

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela contra providencia judicial debe interponerse en un plazo razonable. En tal sentido, expresó la Corte en sentencia 1112 de 2008:

“(…) si bien no existe un término legal para la interposición de la acción de tutela, es de la naturaleza del amparo la necesidad de buscar la protección inmediata de los derechos por parte del afectado, de manera que esta debe interponerse en un plazo razonable, a partir de la alegada violación a un derecho fundamental. || Esa razonabilidad está dada por varios factores. Así, en las sentencias T-243 de 2008, T-743 de 2008, expresó la Corte Constitucional: ¿cuáles factores deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso? La Corte ha establecido, cuando menos, cuatro de ellos: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;⁸¹ (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.⁸²”

Al evaluar la razonabilidad del término de interposición de la acción en el caso estudiado, observa la Sala que la demanda fue radicada en secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el veinticinco (25) de noviembre de dos mil nueve (2009), en tanto la resolución de preclusión de segunda instancia -atacada en este trámite- fue proferida por la Fiscalía 34 delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009). Es decir, el tiempo transcurrido entre la decisión de la fiscalía y la interposición de la demanda es de menos de un mes, de manera que la actuación de la representante de los intereses de Sofía en este trámite debe considerarse diligente, y el requisito estudiado, plenamente satisfecho.

1.4. Que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión que se acusa por desconocimiento de los derechos fundamentales.

El requisito no es aplicable al caso concreto pues en este trámite se alegan irregularidades de carácter fáctico, y de aplicación de las normas y criterios jurisprudenciales relevantes en

el manejo probatorio, y no irregularidades procedimentales.

1.5. Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada en el proceso judicial ordinario, en caso de haber sido posible.

La peticionaria identifica como hechos (entendidos como conductas u omisiones) que causan la vulneración a los derechos de Sofía, la errónea valoración de la prueba y la omisión en la valoración de pruebas relevantes. Su posición crítica frente a las decisiones de la Fiscalía General de la Nación fue discutida en el proceso, dando origen a la interposición del recurso de apelación frente a la resolución de preclusión proferida por la fiscalía 230 seccional. El requisito, entonces, se encuentra acreditado.

1.6. Que la providencia accionada no sea una decisión de tutela.

La decisión que en este trámite se controvierte es una decisión adoptada por autoridades de la Fiscalía General de la Nación en el marco de una investigación penal, y no un fallo de tutela, así que esta condición no fue desconocida por la peticionaria.

2. Análisis de los cargos.

2.1. Aclaración previa.

Como se expuso en los fundamentos de este fallo, las causales genéricas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales se encuentran relacionadas entre sí, de manera que la configuración de un defecto puede comportar la aparición de otros errores en el fallo.

El caso objeto de estudio involucra aspectos “puramente” fácticos (de valoración errónea u omisión en la valoración de la prueba); aspectos sustantivos, relacionados con la calificación del sumario (aplicación indebida del 393 y falta de aplicación del 395, L. 600/00); asuntos atinentes a la obediencia al precedente, relacionados con la aplicación de los criterios establecidos por Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional para la determinación de los hechos en casos de abuso sexual de menores de edad; y de supremacía de la Constitución, representados en el respeto por el interés superior del menor y el principio pro infans.

Para mantener la claridad y sencillez en la exposición, la Sala abordará el asunto desde la

perspectiva del defecto fáctico, como se propone en la demanda. Sin embargo, en caso de considerarlo necesario, explicará si –a partir del defecto fáctico- se configuran otras causales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

2.2. Esquema de la exposición.

Dada la abundancia de elementos probatorios que obran en el expediente penal, antes de abordar los cargos concretos de la peticionaria, la Sala efectuará una sucinta enumeración de los medios de prueba. De particular importancia para el caso concreto son los elementos producto de la intervención directa, o la interacción de Sofía con diversos profesionales, a las cuales se hará referencia constantemente en el estudio del caso concreto. Por su importancia, además, se presentan sus declaraciones y los conceptos mencionados como anexos al fallo.

Posteriormente, la Sala esquematizará los argumentos contenidos en las resoluciones controvertidas y los cargos propuestos en la demanda de tutela, para realizar el estudio del defecto fáctico sobre la discusión planteada por las partes en sede constitucional, manteniendo presente que la tutela no constituye una tercera instancia en relación con la calificación del sumario.

2.3. De las pruebas recaudadas en la investigación penal adelantada contra Miguel.

2.3.1. Declaraciones y valoraciones de la menor.

- a) Declaración de Sofía recibida por el INML el 26 de octubre de 2004 (Fl. 7 c.o. 1).
- b) Declaración de Sofía rendida ante la fiscalía 230 seccional, el 14 de abril de 2005. (Fls. 18-23 c.o. 1).
- c) Declaración de Sofía, ante el INML, de 8 de agosto de 2005. (Fls. 256-259 c.o. 1).
- d) Valoración psiquiátrica de la menor realizada por el Doctor Carlos Mantilla, por remisión del Defensor de Familia Jorge Romero, de nueve (9) de febrero de dos mil cinco (2005) (Fls. 156-157 c.o. 2).
- e) Entrevistas de Sofía llevadas a cabo en la asociación Creemos en ti, el diecinueve (19) y el

veinticinco (25) de febrero de dos mil cinco (2005), realizadas por la psicóloga Luz Stella Rodríguez y el psiquiatra Alexander Vargas (4 de marzo de 2005 y 11 de marzo de 2005). (Fls. 42-48 c.o. 1).

f) Anotaciones en historia clínica de la menor, realizadas por los doctores Sonia Janeth Peñuela (pediatra) y Manuel Torres (psiquiatra), adscritos a su EPS, el trece (13) de abril de dos mil nueve (2009).

g) Valoración realizada por la psicóloga Mónica Vejarano de la asociación Creemos en ti; material gráfico sobre “casa de muñecos” y “muñecos anatómicos”, de 6 de abril de dos mil cinco (2005);

h) Diagnóstico efectuado por la psiquiatra Isabel Cuadros Ferre, de la asociación Afecto, el veinticuatro (13) de abril de dos mil cinco (2005).

i) Reporte de visita domiciliaria efectuada por la trabajadora social Juliana Velásquez Ángel, de la asociación Creemos en ti, de 5 de marzo de 2008;

(j) Reporte de visita domiciliaria realizado por la psicóloga del Icbf Reny González el 11 de noviembre de 2004.

2.3.2. Elementos producidos con intervención o interacción directa con Miguel.

k) Diligencia de versión libre. (27 de abril de 2005)

l) Diligencia de indagatoria de Miguel. (19 de abril de 2007; fls. 123-136 c.o. 2).

m) Valoración realizada por la Fundación Colombiana de Terapia Relacional (Fundaterapia por remisión del ICBF”, efectuada por la psiquiatra Lucía del Pilar Rivera.

n) Valoración realizada por el INML de 9 de agosto de 2005.

ñ) Documentales aportadas por la parte civil sobre la adicción a la ludopatía de Miguel y el tratamiento que inició ante la fundación Fundaterapia en 2003.

ñ.1) Descripción psicológica de Efrén Martínez, Director Terapéutico de la Fundación Colectivo aquí y ahora sobre el estado mental de Miguel (con fecha 10 de noviembre de

2004). Fl. 66 C.O. 1.

2.3.3. Elementos probatorios producidos con intervención o interacción directa con Amparo.

o) Denuncia (26 de octubre de 2005)

p) Ampliación de la denuncia (FECHA)

q) Valoración realizada por el INML el 9 de agosto de 2005.

r) Anotaciones consignadas en los dictámenes y conceptos de la asociación Creemos en ti.

2.3.4. Documentales aportadas por las partes.

s) Informe rendido por la psicóloga Olga Lucía Fernández Navarro, psicóloga investigadora de la Universidad del Bosque, aportado por la defensa para controvertir las técnicas utilizadas en la asociación Creemos en ti.

t) Fotocopias sobre literatura científica relacionada con la valoración de los testimonios de los menores en casos de abuso sexual, aportadas por la defensa.

u) Documentos remitidos de otros trámites sobre el divorcio, la regulación de visitas, la patria potestad y las distintas solicitudes de protección ante autoridades policivas y ante el ICBF formuladas por Amparo, y aportadas por la parte civil a la investigación penal.

u.1. Denuncia contravencional de Miguel contra Amparo - 22 de enero de 2005.

2.3.5. Testimoniales:

v) Declaración rendida por la psicóloga Mónica Vejarano, de la asociación Creemos en ti;

w) Declaración rendida por la trabajadora social Juliana Velásquez Ángel, de la asociación Creemos en ti;

x) Declaración rendida por Andrea, amiga y compañera de trabajo de Miguel (3 de agosto de dos mil cinco (2005); fls. 234-238 c.o.).

y) Declaración rendida por Luis, compañero de trabajo de Miguel.(3 de abril de 2005; fls.

246-251 c.o.)

z) Declaración rendida por Astrid, hermana de Miguel; el 3 de agosto de 2005; fls. 239-245 c.o.)

2.3.6. Otros

ab) Informe de recuperación de datos del computador personal (supuestamente) utilizado por Miguel. Aportado por la abogada de la parte civil el 6 de julio de 2005 (fls. 195-204 c.o. 1)

ac) Certificación de Mónica Vejarano sobre la presencia de Amparo en el consultorio el día de la muerte de Victoria (¿?);

ad) Denuncia por injuria interpuesta por Miguel y su padre contra Amparo, y resolución de inhibición en ese proceso;

ae) Apartes de textos científicos sobre la valoración del testimonio de los menores, y sobre el “síndrome de alienación parental”; aportados por la defensa a fls. 79-191 c.o. 1.

2.4. Decisiones controvertidas en sede de tutela: sentido y valoración de la prueba; cargos de la peticionaria.

2.4.1. Resolución de preclusión proferida por la Fiscalía 230 seccional el 13 de mayo de 2009:83

Hipótesis presentada por la Fiscalía General de la Nación: la investigación realizada contra Miguel por el delito de actos sexuales contra menor de 14 años, tuvo como resultado, duda insalvable sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad de Miguel, por las siguientes razones:

(ii) Amparo sostuvo –en la denuncia y la ampliación de la misma– que Miguel y Sofía realizaban “juegos” en los que el padre daba besos a la menor y “reposaba” sobre ella, desde que la niña tenía 4 años de edad. Resulta inexplicable entonces que solo haya acudido a las autoridades 2 años después, cuando –de acuerdo con el relato de Amparo– Miguel la había agredido físicamente, y cuando se presentó una crisis que llevó a la disolución del

grupo familiar.

Esa tardanza en la denuncia indica que los juegos que presencié no le parecieron anormales ni morbosos, pues en caso contrario, los habría denunciado inmediatamente y no tiempo después, en las circunstancias recién descritas.

(iii) En su denuncia, Amparo utiliza términos propios de un adulto -como la palabra *ingle-* y los pone en boca de su hija. Posteriormente, Sofía utiliza términos similares cuando relata el supuesto abuso, de donde se infiere la influencia de la madre en su testimonio.

(iv) A partir de la presentación de la denuncia penal, Amparo sometió a Sofía a un amplio número de valoraciones psicológicas, buscando que algún profesional percibiera en la menor conductas anormales o síntomas de haber sufrido los actos sexuales denunciados. Sin embargo, en su primera versión de los hechos, expuesta ante el INML el 26 de octubre de 2004, Sofía no dio muestras de abuso sino que narró juegos sostenidos con su padre, sin contenido sexual, morbosos o libidinosos:

“Los juegos con mi papá son chéveres porque jugamos chévere y mi papá me hace reír porque es chistoso cuando me hace cosquillas, cuando me hace las caras chistosas, jugamos balón en el suelo, encima (sic) de las camas, en un parque, jugamos parques, hacíamos experimentos de agua, mi papá me decía cómo se hacía y la parte mia (sic) era pasarle las cosas que necesitaba aparte del agua, en el baño, mi papá me alzaba para que tocara el agua arriba, me alza, yo abro las piernas para sostenerme de las piernas en el pecho del papá, estiro la mano y toco el agua, lo abrazo con las piernas. Afuera en la esquinita de la casa llenábamos un baldecito o un sartén de juguete y salíamos a hacer el experimento” (Folio 106; cuaderno de tutela).

(v) En el examen llevado a cabo por profesionales de medicina legal el 26 de octubre de 2004 no se encontraron huellas fisiológicas de acceso carnal. En la valoración de la menor se consignó que se encontraba orientada en persona, tiempo y espacio, estable emocionalmente, y que no se evidenciaron síntomas de abuso, sino felicidad porque los juegos eran “chéveres”.

Expresó la autoridad accionada que su experiencia en casos de abuso de menores le permite concluir desde la primera versión si es probable que se haya presentado la situación

denunciada, y que la primera narración de Sofía no incluye descripciones de hechos asociados a abuso sexual –o que llevaran a la sospecha de un abuso-, pues la espontaneidad de la niña y su estabilidad emocional resultaban incompatibles con los síntomas presentados por víctimas de abuso sexual.

(vii) El testimonio de Sofía varió constantemente después de algunos meses de vivir sola con su madre; a la par que empezó a expresar sentimientos de tristeza, comenzó a decir que su padre tocó sus partes íntimas en los juegos que sostenía con ella, a los que dejó de describir como “juegos chéveres”, para incorporar a su relato el juego de “la estrellita”, en el que su padre le toma la cabeza y la “vulva” para darle vueltas, o le roza los pies y la “vulva” con el “pene”; y el juego del “caballito”, en el cual el padre alza a la niña para alcanzar la ducha mientras roza su “pene” con la “vulva” de la menor.

En otros relatos, la niña refiere que estando en la ducha su padre hace “chichí blanco” y le pega unos “bichitos” en la “vulva” (o, en otra versión, natas de color blanco) que la pueden enfermar. Sin embargo, indica también que su papá no hacía nada sino que se quedaba quieto para que ella no se diera cuenta de que el juego era malo.

Para la seccional, el nuevo lenguaje de la menor es ajeno a su dialecto infantil y su relato sobre las “natas” y los “bichitos” evidencia la influencia de adultos, pues no se entiende cómo podría concebir la menor que el chichí blanco, suponiendo que se refiere al semen puede producir una enfermedad:

“No se explica la Fiscalía cómo una menor de escasos seis años sabe que salen bichitos del semen o de la nata blanca que orinaba su padre cuando la abusaba, eso no lo pudo haber sabido sino porque alguien se lo enseñara o se lo dijera, y menos podía decir a su edad que esos bichitos la enfermaban, a menos que algún adulto la hubiera (sic) indicado ese proceso”. (Fl. 107; cuaderno de tutela).

En el mismo orden de ideas, las narraciones de Sofía sobre el supuesto abuso sexual no fueron coincidentes, pues en los dictámenes efectuados por la asociación Creemos en ti (19 y 25 de febrero de 2005), la menor mencionó el juego de la estrellita (“Con mi papá jugábamos a la estrellita, cuando yo estaba sin ropa él me daba vueltas como una estrella me colocaba una mano en la cabeza y la otra en la vulva”), así como el juego del caballito, (“cuando estábamos en la ducha, él me cargaba, y le ponía las piernas en la cintura y él se hacía para

arriba saltando y me decía que alzara la menor para tocar la ducha.”), y también señaló que el padre le pidió olvidar los “juegos”. Sin embargo, no se refirió a las “natas”, el “chichí blanco” y los “bichitos”, como lo hizo en declaración rendida ante el INML, el 8 de agosto de 2005.

En aquella entrevista también afirmó Sofía que su padre “veía cosas de sexo y tenía otra mujer”, y que no volvió a tocarla desde que se separó de Amparo, lo que tuvo que habérselo explicado su madre.

(viii) En contraste con la primera declaración de la menor, rendida el 26 de octubre de 2004 ante el INML, en la versión rendida el 14 de abril de 2005 en la fiscalía 230 seccional, aproximadamente cinco meses después, Sofía expresó:

Además, la narración no es del todo coherente pues no se entiende cómo el investigado podía alzar a su hija para que alcanzara la ducha y a la vez poner su miembro viril en la vagina de la menor; ni cómo la niña podía percibir desde la posición que describe -alzada para tocar la ducha- que a su papá le salían “natas” o “chichí blanco”.

Al encontrar que “cada una de las versiones dadas por la menor... es diferente, que no guarda consistencia y coherencia, que no es hilada (sic), se puede concluir que la niña fue inducida por adultos para acusar al padre de un hecho que muestra serias dudas de su existencia”.

(ix) El psiquiatra Carlos Mantilla, en dictamen realizado a la menor el día 9 de febrero de 2005 a instancias del Defensor de familia Jorge Romero, consignó que Sofía no afirmó sentirse maltratada sino confundida por la situación familiar; que no endilgó conductas sexuales a su padre, y que su percepción de la sexualidad resultaba apropiada para la edad. Concluyó el citado profesional que el abuso sexual investigado no parecía ser la causa de los síntomas de angustia que presentó la menor en el colegio.⁸⁴

(x) La pediatra Sonia Janeth Peñuela, y el psiquiatra Manuel Torres, médicos adscritos a la ESP Sanitas, en examen mental realizado a Sofía el 13 de abril de 2005, señalaron que Sofía no presentaba trastornos psicóticos; que si bien mencionó temor de encontrarse con su padre porque “me va a tocar”, lo hizo “sin respaldo emocional” y utilizando palabras demasiado técnicas posiblemente “tomadas de la jerga adulta con la que tiene contacto”;

que no existían signos de depresión en la menor, y que su lenguaje y actitud fueron normales en la entrevista.

(xi) El alto número de evaluaciones a las que Amparo sometió a su hija en busca de un resultado “positivo” de abuso demuestran su interés por construir la denuncia contra Miguel. Infortunadamente, la constante repetición de entrevistas ante distintos médicos y otros profesionales creó inseguridad en su hija, y confusión en las respuestas dadas a los profesionales que la atendieron:

“Como se observa, la pequeña Sofía a cada médico, a cada trabajadora social, a cada psicólogo y psiquiatra donde la llevó su progenitora, refiere situaciones del abuso que presuntamente padeció de manera diferente, y sin que constatará afección emocional por el presunto abuso sexual por parte del padre”.

(xii) Las explicaciones dadas por Miguel sobre los hechos, tanto en la diligencia de versión libre como en la indagatoria merecen credibilidad por ser coherentes y guardar relación con declaraciones rendidas por personas allegadas a la familia, quienes manifestaron que Miguel se ha destacado por su buen comportamiento familiar, social y laboral.

El conjunto de elementos indicados llevaron a la fiscalía 230 seccional a considerar que existe duda sobre la ocurrencia de los hechos, y que esa duda debía ser resuelta a favor del investigado:

“(L)a Fiscalía llega a la sana conclusión que no existen indicios graves en contra del procesado Miguel para afectarlo con una resolución de acusación, pues surge duda insalvable respecto al verdadero acontecer fáctico, duda que de acuerdo a la nuestra legislación (sic) debe resolverse en favor del procesado, debiendo proferirse en su favor preclusión de la investigación.” [Resalta la Sala].

2.4.2 Recurso de apelación.

La peticionaria interpuso recurso de apelación contra la decisión de preclusión de primera instancia, alegando que la fiscalía 230 seccional incurrió en desconocimiento del artículo 44 de la Constitución Política y en diversos errores en la apreciación de la prueba. Como esos

argumentos son coincidentes con los presentados en la demanda de tutela, la Sala omite una exposición detallada del recurso, y remite a la reseña de los cargos que se presenta en el numeral 2.3.4.

2.4.3 Resolución proferida por la Fiscalía 34 delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

El catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009) la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia, aunque en su conclusión no se refiere a la duda sino a la no ocurrencia de los hechos. Reiterando en buena medida los argumentos la seccional 230, la autoridad sustentó su decisión en las siguientes razones:

(i) Resulta extraño que si Amparo conocía de juegos que le generaban desconfianza entre Miguel y Sofía haya esperado hasta el momento de la separación para interponer la denuncia, la cual se basó, además, en sospechas y desconfianza y no en actos positivos de Miguel.

(ii) Las distintas declaraciones de Sofía fueron contradictorias, y merece mayor credibilidad su primera narración de los hechos (rendida ante el INML el 26 de octubre de 2004), pues en aquella ocasión Sofía hizo referencia a unos juegos sin contenido libidinoso, propios del normal devenir de la vida familiar y, de acuerdo con lo expresado por el profesional que la entrevistó, mostraba adecuada orientación en espacio y tiempo, y estabilidad emocional.

Posteriormente se produjo un cambio en el relato de Sofía, en el cual (ii.1) comienza a utilizar palabras “técnicas” para referirse a los órganos sexuales, (ii.2) incorpora malicia al relato inicial, y (iii.3) menciona un sentimiento de decepción hacia el padre por haber abandonado el hogar.

Esa variación se hace evidente al contrastar los relatos de 26 de octubre de 2004 (ante INML) y 14 de abril de 2005 (ante la seccional 230), y se encuentra marcada por la repetición sistemática de valoraciones por parte de trabajadoras sociales, psicólogas, psiquiatras y otros profesionales de la salud, a quienes Sofía contaba versiones distintas de los hechos, razón por la cual esas declaraciones fueron objeto de especial valoración.

(iii) De acuerdo con los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de enero de 2006, el testimonio de los menores no puede ser rechazado a priori sino que debe evaluarse en el marco de la sana crítica. En ese contexto, el testimonio de Sofía se analizó tomando en cuenta la estabilidad emocional reportada en su primera entrevista, y los sentimientos de rabia expresados por la menor en entrevistas posteriores, así como la inestabilidad emocional que siguió a la separación de sus padres, certificada por el psiquiatra Manuel Torres, adscrito a la EPS Sanitas.

Al observar las declaraciones contenidas en el expediente resulta claro que fue Amparo quien puso un “tinte de perversión” en los juegos sostenidos entre Sofía y Miguel, en principio inocentes. Añadió la delegada:

“Y ante la realidad que le correspondió enfrentar a Sofía por el “abandono” de Miguel al haberse ido del hogar por terminar el matrimonio con Amparo, como también haberle “mentido” afirmando que se iba por pocos días generaron en ella la connatural desestabilidad física y emocional (...) que se evidenció aún más cuando le correspondió asumir la verdad que le rebelaba su progenitora respecto a que los “juegos” que había compartido con su padre que eran inocentes y alegres dejaron de serlo por cuanto se convirtieron en “malos” entendiendo –por las explicaciones que ésta le dio- que su padre le había tocado la “vulva”, “la vagina” y que en esos “juegos” había utilizado el “pene”, concitando en ella el apenas natural rechazo que se concretó en las diversas descripciones que efectuó de las actividades que realizaba con su padre ante el buen número de psicólogos y psiquiatras que la valoraron, tal como lo admite la pequeña al manifestar: “He ido donde muchos psicólogos, los psicólogos ayudan a la gente que está mal””.

(iv) Las valoraciones psicológicas que la parte civil aporta como pruebas de abuso al proceso se desarrollaron en un ambiente inadecuado, pues los profesionales que las realizaron dieron por sentada la ocurrencia de los hechos investigados sin soportes probatorios, y sin tomar en cuenta la situación emocional de la menor.

(v) Diversos aspectos del dicho de Sofía permiten inferir la influencia de Amparo en la menor: (v.1) aunque no haya sido evidente la influencia de un mayor en el relato de los juegos. pues ello habría sido detectado por los psicólogos y psiquiatras que atendieron a la menor, no

puede desconocerse que fue Amparo quien calificó tales juegos como “malos” después del abandono del hogar por parte de Miguel, situación que, además, causó tristeza y rabia en Sofía; (v.2) Amparo fue, así mismo, quien introdujo en Sofía el vocabulario “técnico” sobre los genitales, el cual fue reproducido posteriormente por la menor en algunas entrevistas y valoraciones; (v.3) durante la investigación y los demás trámites judiciales y administrativos relacionados con la situación de Sofía, Amparo habló constantemente de las adicciones al juego y al sexo de Miguel; posteriormente, Sofía menciona los en las entrevistas de 19 y 25 de febrero de 2005, en la asociación Creemos en ti.

(vi) La ludopatía de Miguel fue tenida por cierta por las psicólogas Reny González del ICBF, y Mónica Vejarano de Creemos en ti, y considerada como un factor de riesgo de abuso sexual por las mismas profesionales. Sin embargo, nunca se explicó cómo esa adicción podría incidir en los hechos investigados, ni se citó fuente alguna para sustentar esa correlación. Tampoco se tuvo en cuenta que las valoraciones psicológicas realizadas a Miguel no determinaron factores de psicopatología o tendencia a “parafilias” (comúnmente conocidas como desviaciones sexuales), que pusieran en peligro a sus hijas.

Concluyó la delegada 34 que las denuncias y sospechas de Amparo fueron adecuadamente recibidas y evaluadas por la Fiscalía General de la Nación, pero “no encontraron eco” en el desarrollo de la investigación. A su juicio, la relación entre Miguel y Sofía estaba enmarcada por sentimientos de amor y afecto y los juegos mencionados no tuvieron propósitos libidinosos y perversos, como se desprende claramente de la primera declaración de Sofía.

En consecuencia, le asiste razón al funcionario de primera instancia al considerar que el hecho no existió. El dictamen de Mónica Vejarano y los experticios relacionados con entrevistas de la menor en la asociación Creemos en ti no tomaron en cuenta circunstancias de la época, tales como los sentimientos de tristeza, rabia y decepción provocados en Sofía por el “abandono” del padre; la injerencia de la madre en la pequeña, y las condiciones personales de Amparo y Miguel al momento de la separación.

2.4.4. Argumentos presentados por la peticionaria en la demanda de tutela:

Dos elementos centrales dan fundamento a la solicitud de tutela que se estudia: (a) el desconocimiento del principio pro infans al precluir la investigación con base en duda; y (b) errores concretos en la valoración de la prueba, en los términos que a continuación se

explican:

i. No es cierto que Amparo solo haya manifestado sus sospechas después de la separación de Miguel, pues en el trámite de conciliación le expresó su preocupación a los asesores jurídicos del centro Cornotare en octubre de 2004, quienes le explicaron que por las dificultades probatorias del asunto resultaba pertinente discutirlo ante un juzgado de familia, limitando la conciliación a la regulación de visitas y cuota alimentaria. Las sospechas relacionadas con la ludopatía y adicción a la pornografía de Miguel, las puso en conocimiento de la Comisaría de Familia Nro. 11 de Bogotá (25 de octubre de 2004), así como su inquietud por los “juegos” que la niña le informó que tenía con su padre.

i. La conclusión del dictamen médico legal sexológico de 26 de octubre de 2004 fue que la menor presentaba “himen anular íntegro [lo que] indica que no ha ocurrido la primera penetración”, lo que no desvirtúa la existencia del hecho investigado, pues este se relaciona con juegos de carácter sexual y no con acceso carnal violento. El examen de medicina legal no profundizó en el tema de los juegos.

(iii) La Fiscalía se equivoca al considerar que la menor no fue víctima de abuso por considerar que los juegos con su padre eran “chéveres”, pues no es razonable la pretensión de que Sofía distinguiera entre la manipulación emocional de la que fue víctima y la comisión de un delito contra su integridad sexual.

(iv) También es errónea la conclusión de la Fiscalía, según la cual la menor modificó su declaración entre su primera entrevista ante medicina legal (26 de octubre de 2004) y su declaración en la Fiscalía (14 de febrero de 2005), pues el 11 de noviembre de 2004, Sofía informó a una psicóloga del Icbf que su padre la había encerrado en el baño de los abuelos paternos para pedirle que olvidara los “juegos”; el 13 de febrero de 2005, la niña manifestó en consulta médica en el hospital Cardio-infantil que su padre la iba a tocar; el 30 de marzo de 2005, le expresó a la psicóloga de su colegio que Miguel la tocaba con el pene; los días 19 y 25 de febrero de 2005 expresó, en entrevista con la psicóloga Luz Stella Rodríguez, “no quiero verlo porque me da miedo que me toque otra vez”; el 4 de marzo de 2005, el

psiquiatra Alexander Vargas consignó en su historia clínica “frente a la autoría de agresión sexual , no se recomienda cercanía del padre con la niña”; el 7 de abril de 2005, ante la psicóloga Mónica Vejarano, la pequeña describe la totalidad de los “juegos” que el padre sostenía con ella. En esa valoración la menor graficó y mostró el abuso sufrido mediante herramientas como la “casa de muñecas” y los “muñecos antatómicos”.

(v) No es cierto que existan contradicciones entre las distintas versiones expuestas por Sofía, pues la niña ha mantenido una referencia concreta al núcleo de lo ocurrido, y ha sido consistente en responsabilizar a su padre por los hechos investigados, como lo indicó la psicóloga Mónica Vejarano en comunicación dirigida a la fiscalía el 6 de abril de 2006.

(vi) sobre la incidencia del estado emocional en la declaración de la menor efectuado el día 26 de octubre de 2006 indica que en ese dictamen también se refirió a los juegos sexuales, que mencionó que soltaba el “chicha (sic) blanco y [que] era como aguapanela con leche”, e indicó que cuando su padre se fue de casa, comprendió que estaba mejor con su madre: “Yo le conté a mi mamá que después que ellos se separaron me daba miedo, que me tocara más de la cuenta o que le diera violencia a mi hermana”.

(vii) Sobre la alteración del relato y los sentimientos de tristeza expresados por la menor en sus últimas entrevistas (al parecer se refiere al dictamen de medicina legal de 8 de agosto de 2005), explica que esos síntomas, precisamente, son evidencia del abuso como lo indicaron las doctoras Isabel Cuadros Ferre (psiquiatra), el 13 de abril de 2005, y Mónica Vejarano (psicóloga), el 6 de abril de 2005.

(viii) Las autoridades accionadas asumieron que los juegos eran intrascendentes, con base en afirmaciones de Sofía, como “sí nos bañábamos juntos, los tres, los cuatro, dependiendo del día y de los afanes”, pasando por alto que la niña también ha expresado: “El se metía en la ducha desde los 3 hasta los 6 años para tocarme”.

La citada psicóloga explicó además la relación que puede darse entre la adicción al juego y el abuso sexual de Sofía, indicando que una característica de los ludópatas es que pierden el control sobre sus actos, lo que puede tener incidencia en casos de abuso sexual, en armonía con lo expresado porsteriormente por la psicóloga Mónica Vejarano, quien sostuvo:

“[G]eneralmente al no tener control de los impulsos ni internos ni externos se pueden presentar y asociar con otro tipo de adicciones como la adicción a algún tipo de droga o adicción al sexo, puesto que estas personas empiezan a desarrollar una compulsión obsesiva para conseguir su satisfacción inmediata que los puede llevar a otro tipo de adicciones”.

(x) Las autoridades accionadas valoraron erróneamente el testimonio del doctor Carlos Mantilla, pues si bien es cierto que el profesional afirmó que “(e)l abuso sexual que se viene investigando no parece ser el tema central de la sintomatología” , posteriormente (el mismo doctor Mantilla) aclaró que “con la entrevista efectuada no puede descartarse ni afirmarse que haya ocurrido abuso sexual: para tales efectos se recomienda evaluación por psiquiatría forense”, descalificando así su primer dictamen.

(xi) Previa la entrevista de 27 de junio de 2007, ante medicina legal, la menor estuvo en evaluación ante enfermería y psicología en su colegio y, temblorosa y pálida, expresó que no le gustan las visitas con el padre.

(xii) Las accionadas incurren en otro serio error de apreciación al restarle credibilidad al testimonio de la menor por la utilización de palabras “técnicas” para referirse a los órganos sexuales masculinos y femeninos; Sofía explicó ante la fiscalía 230 seccional, y ante los doctores de medicina legal que los términos se los enseñó su madre, señalándole los órganos de una perrita que tenían en la casa, mientras esta daba a luz.

(xiii) Explica que las referencias que hace Sofía a la ludopatía y a la adicción a la pornografía de su padre obedecen a que ella presencié esas situaciones, así como observó que Miguel lastimó a su hermana en varias oportunidades.

(xiv) Reprocha que la fiscalía haya hecho caso omiso de palabras expresadas por la menor al presentar su testimonio, tales como “me siento mal los domingos cuando lo veo, me da estrés cuando me toca verlo, me da vómito, dolor de estómago yo no quiero visitar a mi papá sino a mis primos. No quiero verlo porque me da miedo que me toque otra vez y porque el (sic) juega. Mi papá no me toca desde que nos separamos”.

(xv) Culmina su exposición sobre los errores cometidos por las autoridades accionadas, señalando que los testimonios de Andrea y Luis no son confiables, pues la primera es compañera sentimental de Miguel hoy en día; y el segundo fue compañero de trabajo y

amigo del investigado.

3. Análisis de la Sala.

3.1. De la presentación esquemática de las resoluciones controvertidas y los motivos de inconformidad de la peticionaria se desprende que en el caso sub exámine existe una controversia probatoria extensa y compleja.

Como lo tiene plenamente establecido la jurisprudencia de esta Corporación, la tutela no constituye una instancia adicional en la que sea posible extender el debate probatorio de los procesos especiales desarrollados por el legislador pues, en la recolección y el análisis de los elementos probatorios el funcionario judicial cuenta con amplia autonomía para la determinación de los medios probatorios relevantes; su apreciación y calificación jurídica, y la construcción de la premisa fáctica, amparado en los principios de juez natural, intermediación y libre valoración de la prueba.

Además, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la existencia de un defecto fáctico no es, por sí sola, suficiente para la procedencia de la tutela. Debe tratarse de un error determinante para dotar de confiabilidad a la hipótesis fáctica establecida por el juez y, por lo tanto, capaz de incidir en el sentido de la decisión controvertida. De no cumplirse tales condiciones, las conclusiones del juez natural sobre el alcance de los elementos probatorios resultan intangibles en sede de tutela, siempre que sean compatibles con la sana crítica (la lógica, la ciencia y la experiencia) y que el funcionario haga explícitas sus conclusiones en la motivación (razonable) del fallo.

Ahora bien, en la investigación y juzgamiento de conductas que afecten la integridad sexual de los menores de edad, la autonomía del juez enfrenta además restricciones legítimas derivadas del contenido normativo de los artículos 13 y 44 de la Carta Política y del respeto por el precedente de la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación.

Así, este Tribunal ha identificado obligaciones positivas y negativas concretas, destinadas a asegurar la protección integral de niños y niñas; ha recalcado el deber de los funcionarios de mostrar especial diligencia en la investigación y juzgamiento de tales conductas como garantía al acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva de niños y niñas; ha instado a las autoridades judiciales a utilizar plenamente sus facultades oficiosas para

disminuir la brecha entre la verdad procesal y la verdad real; y ha sostenido que el principio pro infans supone una limitación a la aplicación del in dubio pro reo, trasladándolo (al in dubio pro reo) a último recurso o última ratio al momento de calificar el sumario o adoptar otras decisiones de fondo.

3.2. Las subreglas reiteradas en este fallo hacen hincapié en la importancia del testimonio de los menores en sucesos de abuso sexual ante la frecuente ausencia de otros elementos probatorios; aconsejan la utilización de pruebas científicas producidas por expertos en la conducta humana para evaluar el dicho del niño, y resaltan la conveniencia de atender las demás pruebas –incluso los indicios– disponibles para fortalecer o debilitar las distintas hipótesis sobre los hechos que el juez deba evaluar⁸⁵.

Los criterios que aporta la doctrina y la teoría de la argumentación se acompañan con la obligación de aumentar la diligencia y seriedad investigativa en estos casos pues indican que en el razonamiento inductivo propio de las inferencias basadas en pruebas indirectas, es conveniente la incorporación de todas las pruebas pertinentes; y resaltan que el análisis conjunto de la prueba debe estar acompañado por el análisis de cada elemento individual, pues ese doble acercamiento permite ilustrar de qué manera cada medio probatorio fortalece o debilita las distintas hipótesis sobre los hechos.

Sentido de la decisión:

3.3. Al analizar las resoluciones proferidas por la fiscalía 230 seccional y la fiscalía 34 delegada controvertidas en este proceso, desde el entramado normativo de las subreglas mencionadas, la Sala concluye que si bien las decisiones presentan algunos defectos susceptibles de reproche constitucional, estos no tienen la entidad de minar la premisa fáctica construida por las autoridades accionadas, principalmente por tres razones:

Primero, porque la seriedad de la investigación realizada en el caso sub examine permite inferir plausiblemente que la incorporación o evaluación de otros medios probatorios no implicaría una modificación del sentido del fallo; segundo, porque los defectos fácticos evidenciados en esas decisiones no cumplen con la exigencia de debilitar de manera grave la hipótesis asumida por las accionadas; y tercero, debido a que algunas de las deficiencias constatadas por esta Sala no tienen que ver con el material probatorio ni tienen incidencia en la decisión, sino con el incumplimiento de deberes especiales para la protección de la

integridad del menor, de manera que lo procedente es proferir órdenes de prevención para evitar que esas falencias se repitan.

A continuación, se exponen, in extenso, las consideraciones que llevan a la Sala a esa conclusión:

3.3.1. Las resoluciones controvertidas no desconocen el principio pro infans:

Dicha restricción en la aplicación de uno de los principios rectores del derecho penal, se deriva de la fuerza normativa del artículo 44 Constitucional y de la condición de indefensión del menor, y se concreta en la carga de especial diligencia investigativa que recae sobre el operador judicial, en garantía de los derechos del menor. Así entonces, armonizando la presunción de inocencia y el deber de especial protección a niños y niñas, no debe el operador judicial renunciar al ejercicio de la acción penal o terminar apresuradamente la investigación en favor del investigado sin haber desplegado todas las actuaciones que estén a su alcance y utilizado todos los medios probatorios de que disponga para arribar a un juicio lo más cercano a la realidad.

Ahora bien, es importante resaltar que lo anterior no supone la prohibición absoluta de acudir al principio del in dubio pro reo, sino que implica una condición para su aplicación, cuando al proceso atañe a la integridad de un grupo poblacional objeto de especial protección. Una vez agotada la investigación bajo los estándares descritos, si permanece la duda puede aplicarse el principio pues (i) a falta de certeza sobre los hechos no es claro tampoco que la medida redunde en beneficio del menor; y (ii) el derecho penal mantiene su carácter sancionatorio, de manera que su ejercicio requiere estándares serios de convicción.

Así las cosas, la Sala estima que en este trámite se cumplió con la obligación de agotar toda la investigación antes de aplicar el in dubio pro reo; si bien la actividad probatoria y el impulso del proceso estuvo primordialmente a cargo de las partes, lo cierto es que en la investigación penal adelantada contra Miguel, el ente investigador decretó y evaluó todas las pruebas pertinentes que -razonablemente- podrían brindar elementos de juicio para adoptar una decisión ajustada a la verdad. En esos términos, la condición jurisprudencial establecida para la aplicación del in dubio pro reo se satisfizo en el asunto que se analiza, de manera que el cargo será rechazado.

A continuación aborda la Sala los cargos relativos a la omisión en la valoración de ciertas pruebas, y a la valoración errónea de determinados materiales probatorios. Estima la Sala necesario, además, referirse previamente a un potencial error por omisión en el decreto de pruebas relevantes, pues se relaciona con las conclusiones recién expuestas sobre la condición de especial diligencia que recae sobre el funcionario judicial en casos de abuso sexual.

3.3.2.1. Omisión en el decreto de pruebas:

Es posible constatar en el expediente que la fiscalía 230 seccional, al momento de decidir sobre el decreto de pruebas solicitadas por la parte civil, ordenó la recepción de los testimonios de la psicóloga Mónica Vejarano y la trabajadora social Juliana Velásquez, de la asociación Creemos en ti y rechazó, en cambio, los testimonios de la psicóloga Luz Stella Rodríguez y del psiquiatra Alexander Vargas, pertenecientes a la misma institución.

Esa decisión riñe, en principio, con la obligación de decretar y evaluar todas las pruebas relevantes, y se muestra irrazonable pues los testimonios que se rechazaron fueron los de los profesionales que mantuvieron un contacto más amplio con la menor, de acuerdo con la información que reposa en el expediente.

Sin embargo, la Sala estima que no se cumple la subregla de procedencia de tutela por defecto fáctico que establece que solo procede la acción si es claro que el defecto incide en el sentido del fallo porque, a pesar de la conveniencia de escuchar directamente el dicho de esos profesionales, sus conclusiones reposan en informes escritos allegados al expediente, que fueron tomados en cuenta por la autoridad accionada.

3.3.2.2. Cargos relativos a la errónea valoración de los elementos probatorios.

En primer término, es preciso indicar que la fiscalía sí incurrió en errores concretos en la apreciación de los medios de prueba; sin embargo, su hipótesis fáctica se mantiene en los márgenes de lo razonable y no desconoce reglas de la sana crítica que permitan la intervención del juez de tutela, o la imposición de conclusiones distintas a las que estableció el ente investigador por un órgano judicial externo. Para justificar este aserto, se ilustrará la hipótesis asumida por la fiscalía en la investigación adelantada contra Miguel; posteriormente, se explicará cuáles cargos resultan injustificados y cuáles errores concretos

evidencia la Sala; finalmente, se mostrará que –una vez depurada la decisión de los errores en comento-, la hipótesis se sostiene como plenamente razonable.

a. Hipótesis aceptada por las autoridades accionadas:

Al terminar la investigación penal adelantada contra Miguel fue imposible despejar la duda sobre la ocurrencia del hecho denunciado (actos sexuales abusivos con menor de 14 años) debido a (i) la falta de confiabilidad en el dicho de Sofía, originada en la existencia de contradicciones entre sus distintas intervenciones ante las autoridades y los distintos profesionales en la salud que la atendieron, valoraron y entrevistaron; (ii) la primera versión de la menor (de 26 de octubre de 2004) posee mayor valor o “peso” , en atención a la estabilidad emocional que demostró Sofía ante los funcionarios de medicina legal, la espontaneidad de la niña, la ausencia de hechos indicadores de abuso en su relato y la calificación de “chéveres” que atribuyó a las actividades que realizaba con su padre.

Las declaraciones posteriores de Sofía fueron valoradas con “cautela” (se les otorgó un menor valor) en atención a (iii) la incorporación de términos “técnicos” para referirse a los genitales; y (iv) la variación progresiva del testimonio desde que la niña comenzó a vivir sola con su madre, factores que, aunados al tiempo que esperó la madre para interponer su denuncia desde que conoció los primeros “juegos” denunciados, indican la manipulación de Amparo en el dicho de Sofía.

En relación con la pluralidad de conceptos médicos, psicológicos, de trabajo social que se allegaron al expediente, la fiscalía encontró: (v) dictámenes en los que se hizo referencia a hechos constitutivos de abuso, (principalmente, aquellos realizados por la asociación Creemos en ti, en fechas 19 y 25 de febrero de 2005); (vi) dictámenes en los que se verificó que Sofía indicó que su padre “la iba a tocar”, pero lo hizo sin respaldo emocional y sin síntomas indicativos de abuso (principalmente, las observaciones anotadas en la historia clínica de la menor por la pediatra Sonia Peñuela, y el psiquiatra Manuel Torres de la EPS Sanitas y, en alguna medida, por la psicóloga del colegio; y (vii) una valoración psiquiátrica en la que se consignó que Sofía no atribuyó conductas sexuales abusivas a su padre, y se expresó que la niña mostraba un manejo adecuado del tema sexual para su edad y que el abuso sexual investigado no parecía ser el tema central de los síntomas de angustia presentados por la niña en su colegio (9 de febrero de 2005).

La fiscalía restó valor a los dictámenes provenientes de la asociación Creemos en ti [que son principalmente los que se ubican en el punto (v)] considerando que (viii) no tuvieron en cuenta el contexto en el que la niña rindió sus declaraciones y (ix) no evaluaron hipótesis alternativas al abuso sexual como causa de los síntomas de la menor, sino que (x) siempre dieron por probado el hecho investigado. Además, consideró de especial relevancia el dictamen del psiquiatra Carlos Mantilla (ubicado en el numeral (vii)) en el que no se evidenció ningún síntoma de abuso; y (xi) consideró indicativos de la inexistencia del abuso los dictámenes que se refirieron a la falta de respaldo emocional en el dicho de la menor.

Finalmente, (xii) la fiscalía tuvo en cuenta las explicaciones de Miguel sobre la inexistencia del hecho investigado, y las consideró coherentes, consistentes, y acordes con los dictámenes psicológicos realizados a Miguel en los que se indica que el investigado no evidencia patologías o parafilias que constituyan riesgo para sus hijas, y con los testimonios recogidos en la investigación que describen al denunciado como una persona con una conducta personal, profesional y social adecuada.

b. Defectos probatorios presentes en las resoluciones controvertidas:

* Resulta problemática, en primer lugar, la tesis de la influencia de la madre en Sofía sostenida por las accionadas sobre la base de la incorporación de lenguaje “técnico” en el relato de la menor para referirse a los órganos sexuales; la demora de su madre en interponer la denuncia, y la repetición sistemática de las valoraciones en busca de un “positivo” de abuso.

La Sala comparte la apreciación del órgano investigador en el sentido de rechazar la sucesiva y sistemática realización de valoraciones psicológicas a Sofía, pues no parece compadecerse con el interés superior de un menor de edad el hecho de relatar una y otra vez sucesos que pueden ser emocionalmente nocivos para el niño o la niña.

En ese sentido, cabe recordar que los menores tienen derecho a la intimidad, y que la Corte aconseja ponderar, en cada caso, entre la necesidad de aportar nuevos elementos

probatorios y la eventual afectación a la integridad del niño o la niña que debe repetir constantemente hechos como los que fueron objeto de investigación penal, consideración que podría ampliarse a la decisión de extender indefinidamente las valoraciones psicológicas de Sofía.

Sin embargo, de ello no se deriva razonablemente que el interés de Amparo haya sido el de utilizar a su hija para vengarse de Miguel. La madre puede haber acudido a todos esos profesionales debido a su preocupación por el bienestar de la menor o con el fin de conocer de la mejor manera posible la realidad de lo sucedido. Debe tomarse en cuenta que, como se indica en todas sus valoraciones psicológicas, Amparo sufrió una afectación especial con la separación y con la propia investigación del presunto abuso sexual sufrido por Sofía, de donde es plausible suponer que sus móviles se relacionan con la normal preocupación de una madre por sus hijas, en lugar de asumir la mala fe en las actuaciones de Amparo.

Esa regla de la experiencia deviene ilegítima tanto si proviene del sentido común, pues no es una generalización de hechos observados previamente sino de un prejuicio social, como si proviene de la literatura psicológica referente al síndrome de alienación parental allegada por la Defensa al expediente, pues no existe acuerdo científico sobre la existencia de tal enfermedad⁸⁷, sin perjuicio de que el juez pueda tomar en cuenta, con base en dictámenes científicos relativos al caso concreto la posibilidad y el nivel de influencia de uno de los padres en el menor. Los argumentos sobre el “SAP” deben ser utilizados entonces con mucha precaución pues asimilar como regla de experiencia un esquema de manipulación de alguno de los padres sobre el menor (normalmente de la madre), de forma general y no con base en la evidencia del caso concreto, puede llevar a asumir una postura discriminatoria hacia sujetos vulnerables y a ubicar al menor en una situación de imposibilidad de prueba sobre los hechos del abuso.

* En segundo término, la utilización de las -tantas veces- mencionadas “palabras técnicas” por parte de la menor para referirse a los órganos sexuales como indicio de injerencia materna en sus testimonios, riñe con la experiencia y con un criterio valorativo sentado por la Corte Suprema de Justicia y asumido también por esta Corporación.

El rechazo de este tipo de inferencias por parte de las altas Cortes reside en que las palabras que causan sospechas a los operadores judiciales pueden llegar al niño o la niña por diversas fuentes, como el colegio, la televisión, el Internet, o los demás niños con los que tiene contacto, de manera que la relación de causalidad entre el aprendizaje de las palabras mencionadas y el contacto con adultos es débil.

Pero además de ello (y de mayor importancia), debe recalcarse que se trata de un criterio que ignora la posibilidad de que los padres sí hayan enseñado esos términos al menor, simplemente porque lo consideran conveniente para la educación sexual del niño. De ser así es por demás razonable que se utilicen los términos “técnicos” y no otros, considerados “vulgares” por el común de la sociedad.

En síntesis, en nada fortalece a una hipótesis sobre los hechos, la utilización de esos términos por parte de un menor de edad presunta víctima de abuso sexual⁸⁸.

* Finalmente, fue apresurado considerar que la tardanza en la denuncia confirmaba el ánimo vengativo de la madre; ciertamente es extraño, como indica la fiscalía, que si Amparo presenciaba juegos que consideraba inadecuados desde que Sofía tenía cuatro años, solo los haya denunciado cuando la menor cumplió seis y ella se encontraba en los trámites del divorcio con su esposo. Pero es también razonable -como explicó Amparo-, que comentarios sobre los juegos de la “estrellita” o el “caballito” hayan sido considerados de tal gravedad para acudir ante las autoridades penales.

c. Inadecuada aplicación de la subregla que ordena al juez valorar la descripción de los hechos llevada a cabo por el menor, y no los juicios de valor que el niño atribuya a los sucesos narrados. (Cfr. Supra 37.6).

Este es uno de los aspectos más sutiles y complejos en la apreciación de testimonios de menores víctimas de abuso sexual y por ello uno de los que requieren mayor cuidado por parte de los operadores judiciales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en este punto, tiene como sustento aportes de la psicología que indican que el menor puede brindar un relato objetivo sobre los

hechos, especialmente, cuando se trata de sucesos que le causan honda impresión⁸⁹, aunque su percepción moral, estética, emocional frente a los mismos pueda variar constantemente pues las distintas esferas de su personalidad que determinan –por ejemplo– sus criterios de valoración moral se encuentran en intenso y continuo desarrollo

Es importante señalar, entonces, que lo trascendental de un relato, especialmente el de un menor, es la referencia a determinados hechos y no sus opiniones o juicios de valor sobre los mismos.⁹⁰ Esos juicios de valor pueden variar e incluso recibir todo tipo de influencias externas (de los padres o de psicólogos como en este caso) por lo que el juez no debería orientar hacia ellos su atención. Lo que atañe al juez es la veracidad del relato y la calificación jurídica de los hechos. En materia penal, en virtud del principio de tipicidad, debería el juez efectuar un esfuerzo especial por no incorporar ese tipo de valoraciones en la configuración de los elementos objetivos del tipo.

En el caso objeto de estudio, se evidencia que la fiscalía incurre en el error mencionado cuando estima que habría contradicciones en el dicho de Sofía porque en su primer relato consideró los juegos como “chéveres”, y en sus últimas narraciones los calificó como “malos”, influenciada por adultos. Incluso de ser cierta esa influencia, lo relevante no es el apelativo utilizado por la menor sino la determinación de si los hechos narrados son constitutivos del tipo penal investigado y, por lo tanto, las eventuales contradicciones relevantes no son aquellas que modifican la calificación del hecho, sino las que socavan la plausibilidad del relato por referir situaciones fácticas incompatibles.

Este defecto es serio, y debe ser tenido en cuenta seriamente por las autoridades accionadas en futuras actuaciones, así como por cualquier operador judicial que investigue o juzgue conductas relacionadas con el abuso de menores. Sin embargo, la variación que percibe la fiscalía en las declaraciones de Sofía trasciende en buena medida ese aspecto valorativo y se refiere al contenido concreto del relato: la existencia o no de conductas eventualmente tipificables como actos sexuales; y a la confiabilidad en el testimonio, evaluada en el marco de la estabilidad emocional de la menor (principalmente los sentimientos de tristeza, ira y decepción expresados en declaración de 8 de agosto de 2008 hacia su padre), el apoyo de las pruebas científicas y el contexto de las demás pruebas.

d. La variación del relato de Sofía.

Como se explicó, las autoridades accionadas consideraron que la menor incurrió en distintas contradicciones, o que los relatos expuestos ante cada los distintos profesionales resultan, en conjunto, incoherentes.

Para la Sala esa conclusión resulta excesiva una vez se aplica la subregla sobre la apreciación de la descripción y no la valoración del dicho del menor; y una vez se repara en que la ampliación de un testimonio no deviene necesariamente en una contradicción o una incoherencia. Sin embargo, es claro que la versión de la menor varió en el transcurso del tiempo; y, que algunas variaciones son de una entidad importante, especialmente porque en algunos relatos hay evidencia de abuso y en otros no se percibe esa posibilidad.

Así, la fiscalía consideró que la primera declaración de Sofía (26 de octubre de 2004, ante el INML), en la que se refiere a actividades como juegos encima de las camas; experimentos con agua; juegos en los parques; juego de parques, y finalmente, un juego en que el padre la alzaba en la ducha para que tocara el agua no permite evidenciar un abuso, y su conclusión se basó tanto en la literalidad del relato como en el contexto de la narración (diversas actividades lúdica, al decir de la fiscalía), criterios razonables para verificar si plausiblemente se configuraba el tipo investigado.

Estima la fiscalía que los relatos no son coincidentes entre sí, pues cuando la menor se refiere al caballito y la estrellita no se refiere al aparte de las natas, el chichí blanco y la enfermedad mencionada; y toma en cuenta que en la entrevista sostenida con el psiquiatra Carlos Mantilla (de 9 de febrero de 2005), la niña no atribuye conductas sexuales a su padre y evidencia manejo adecuado de la temática sexual para su edad, lo que llevó al psiquiatra a concluir que el abuso investigado no parece ser la causa de los síntomas de angustia que la niña evidenció en su colegio.

Es importante señalar que el hecho de que la menor se refiera en ocasiones a unos hechos y en otras se refiera a otros, siendo todos ellos compatibles, no implica una contradicción sino una variación en la narración. Esta constatación es importante pues permite determinar de forma adecuada cuándo un testimonio o declaración debe ser rechazado porque las inconsistencias hacen imposible inferir razonablemente los hechos a partir de su relato (principio de no contradicción); y muestran, en cambio, que las variaciones deben ser

analizadas cuidadosamente por el juez para determinar la compatibilidad y coherencia de las distintas versiones presentadas por una persona sobre determinado acontecer fáctico a lo largo del tiempo.

En ese orden de ideas, en el caso objeto de estudio parece un poco excesivo el apelativo de contradictorio que confiere la fiscalía al relato de Sofía. Sin embargo, parece igualmente claro que esas variaciones sí generan incertidumbre, especialmente, dada la inexistencia de referencias a hechos susceptibles de ser calificados como abuso sexual en la primera entrevista de Sofía, y las conclusiones del dictamen del doctor Carlos Mantilla ampliamente referidas.

Cabe señalar que la conclusión de incertidumbre sobre la ocurrencia del hecho investigado, presentada por la fiscalía, se basó en el estado emocional de la menor (particularmente los sentimientos de ira, rabia y decepción evidenciados por la niña en relación con su padre, en entrevista ante el INML el 8 de agosto de 2005); y la apreciación del dicho de Sofía en el contexto de las demás pruebas, (por ejemplo, los dictámenes psicológicos que no hallaron patologías ni indicios de parafilias en Miguel), criterios éstos que dotan de plausibilidad la posición de la fiscalía; no son ajenos a la sana crítica y, aunque controvertibles, se ubican en el marco de la autonomía del ente investigador.

En este punto es imprescindible recordar que el ámbito del razonamiento sobre los hechos y su proyección en la motivación de la decisión judicial es el de las razones constitucionalmente legítimas; la lógica, la experiencia y la sana crítica. De esa forma, se excluye la arbitrariedad pero -solo de forma muy excepcional- se logra la certeza.

Por lo tanto, hipótesis alternativas pueden ser plausibles sobre los hechos y corresponde al funcionario elegir entre ellas y explicar qué motivos constitucionalmente legítimos orientan su elección. En este caso, la incertidumbre alegada por la fiscalía significa que tanto la hipótesis de la ocurrencia del hecho como la hipótesis de su inexistencia resultaron plausibles para el ente investigador. A falta de elementos adicionales que le permitieran fortalecer o debilitar alguna de las hipótesis (y atendiendo a lo exhaustivo de la investigación), las autoridades accionadas decidieron aplicar el *in dubio pro reo*.

En otros términos, una vez se analiza la decisión de la fiscalía dejando de lado los defectos constatados por la Sala, es decir, dejando de lado la teoría de la injerencia de Amparo en el

testimonio de Sofía; las conclusiones basadas en el calificativo “chéveres”, que utilizó Sofía para referirse a los juegos; y precisando que más que contradicciones se evidencian ciertas variaciones en los distintos relatos rendidos por Sofía a lo largo de la investigación, la hipótesis de la fiscalía se mantiene razonable, en los siguientes términos:

El dicho de Sofía era el elemento central de la investigación. Este presentó variaciones, algunas de gran entidad, pues en ciertas ocasiones no se evidenció que se refiriera a hechos constitutivos de abuso y en otras sí lo hizo. Con el fin de apreciarlo de mejor manera se acudió a los dictámenes periciales aportados al expediente pero no se halló en ellos un resultado contundente, principalmente porque el dictamen del psiquiatra Carlos Mantilla de 9 de febrero de 2005 resulta -este sí- incompatible con lo observado en las entrevistas en la asociación Creemos en ti. Finalmente, aspectos como la situación emocional de la menor llevan a considerar más fuerte su primer relato y la fiscalía resta valor a los experticios de la asociación Creemos en ti, considerando que (i) dieron por probados los hechos investigados y (ii) porque no trabajaron alternativas distintas al abuso sexual.

Nuevamente desea la Sala expresar que la conclusión es razonable; otros criterios pudieron orientar al ente investigador al momento de determinar el peso de los dictámenes y las decisiones judiciales son más fuertes mientras más criterios relevantes incorporen. Pero en el marco de lo razonable el juez mantiene su autonomía y, en ese orden de ideas, la Sala no puede imponer una valoración diferente a la -suficientemente justificada- valoración de la fiscalía como tampoco puede hacerlo la parte civil o la peticionaria en este trámite.

Por esa razón, los demás cargos presentados por la peticionaria presentan poca relevancia frente a la discusión central de la fuerza de la premisa normativa, como a continuación se explica de manera sucinta:

e. En este trámite, la peticionaria presenta extractos inconexos de las entrevistas de Sofía, indicando que la Fiscalía omitió valorarlos y que, por lo tanto, incurrió en “cercenamiento” del material probatorio o en omisión en la valoración de material probatorio necesario para la decisión.

Ciertamente, todos los apartes transcritos en la demanda -y en su momento en el recurso de apelación dirigido contra la resolución proferida por la fiscalía 230 seccional- son de vital importancia en el asunto de la referencia. Sin embargo, no puede imponérsele al órgano

investigador que base su decisión en simples extractos de un grupo complejo y diverso de declaraciones, pues ello sería, precisamente, cercenar los medios probatorios y renunciar a criterios de racionalidad derivados del análisis (primero) individual y (posteriormente) conjunto de los medios probatorios. Los extractos tampoco ayudan al juez a apreciar la incidencia de los estados de ánimo del declarante en el dicho del menor, ni la interacción del dicho de Sofía con otros elementos probatorios.

Por esa razón, no es cierto que haya incurrido en el error de omitir determinadas expresiones o apartes de las distintas declaraciones de Sofía en la valoración realizada por las autoridades demandadas.

Así, en las resoluciones controvertidas se hizo referencia explícita a las ocasiones en que Sofía explicó los juegos de “la estrellita” y “el caballito”, núcleo de la denuncia y de toda la investigación; también se mencionó que en algunas declaraciones Sofía afirmó que padre orinaba un “chichí blanco”, o similar al agua de panela con leche; y se citaron los apartes en los que la niña afirmó que Miguel, en ocasiones, tenía el pene “parado” o las ya recordadas referencias a “natas” y “bichitos” que se pegaban en la “vulva” y la podían enfermar. Lo que ocurrió con esas declaraciones se explicó en párrafos precedentes, esto es, la fiscalía las evaluó en el marco de las demás declaraciones de la menor y en el contexto de todos los elementos probatorios, obteniendo las conclusiones que ampliamente se han descrito y que se enmarcan en la autonomía de las autoridades accionadas.

f. En el mismo sentido, no es cierto que la fiscalía haya omitido valorar los testimonios y dictámenes periciales de los expertos de la Asociación Creemos en ti. Las autoridades demandadas expresaron, en sendas resoluciones, que los psicólogos hallaron a Sofía “orientada en espacio y tiempo”, “sin tendencia a la mentira”, y con una “inteligencia que impresiona superior al promedio”. También tuvo en cuenta la fiscalía que los psicólogos de la citada asociación encontraron en su interacción síntomas de abuso sexual pero aclaró que sus testimonios se evaluaron con recelo, pues siempre dieron por probado el suceso investigado y no tuvieron en cuenta hipótesis distinta al abuso para la afectación emocional de la menor, como sí lo hicieron otros profesionales de la salud. (Principalmente los psiquiatras Carlos Mantilla y Miguel Torres).

g. En lo tocante a otras intervenciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como

la de la psicóloga Reny González, quien estableció una relación entre la ludopatía y el posible abuso sexual de la menor, observa la Corte que la Fiscalía sí lo valoró: su conclusión fue que la psicóloga citada no justificó ese nexo entre las dos situaciones descritas, como tampoco lo hizo de manera suficiente Mónica Vejarano.

Ese criterio es razonable pues el derecho penal del acto (en lugar al derecho penal del actor) requiere que las decisiones penales se adopten con base en las actuaciones positivas del imputado y no a partir de sus condiciones personales, sin perjuicio de que el operador judicial se refiera al contexto y antecedentes personales del investigado para fortalecer algunas de sus conclusiones, pero resulta en cambio problemático que, en el caso estudiado, a partir de ludopatía diagnosticada a Miguel se proponga que el actor puede poseer cualquier otro tipo y que por lo tanto ese aspecto de su personalidad constituye un indicio de abuso sexual.

h. La Sala considera conveniente efectuar una reflexión adicional pues, aunque no se deriva de la demanda, de la lectura de las resoluciones de las autoridades accionadas, resulta claro que en el presente trámite se incurrió en desconocimiento de obligaciones concretas de los operadores judiciales frente a los menores de edad, concretamente, en lo concerniente a garantizar un trato digno a niños y niñas que acuden a los despachos judiciales:

Como se expresó en los fundamentos del fallo, los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento de delitos que atentan contra la dignidad sexual de menores deben abstenerse de proferir expresiones que afecten la dignidad de los niños que acuden al despacho en calidad de presuntas víctimas de estos hechos.

A juicio de este Despacho judicial la Fiscalía incurrió en repetidas oportunidades en un trato despectivo hacia Sofía y Amparo. En el marco de la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad es inaceptable que una autoridad judicial se refiera a una menor presunta víctima de abuso sexual como un “conejiillo de indias”, o que exprese que su madre “lo único que logró fue crear inseguridad en su hija afectándola emocionalmente al punto de que la niña se confunde en sus diferentes respuestas”, cuando ningún experto consideró insegura a Sofía, sino orientada, con inteligencia que impresiona más alta que el promedio, etc. En otros apartes, la descalificación del testimonio se acompaña de expresiones que pretenden ridiculizar el dicho de la menor como “no se explica como una niña de escasos 6 años sabe

que del semen salen natas que la pueden enfermar”.

No hace falta extenderse en este aspecto pues implica redundar en esas expresiones lesivas de la dignidad y el respeto debido a quienes ejercen el derecho a la administración de justicia a través de los funcionarios judiciales (no gracias a ellos), especialmente si se trata de menores de edad.

La Sala solo desea resaltar que ninguna de esas expresiones es necesaria para formular las conclusiones de la Fiscalía, incluso si el aserto que se pretende exponer es que la credibilidad del testimonio de la menor se ve afectada por la influencia de Amparo; que la repetición constante de entrevistas psicológicas pudo afectar su intimidad; o que la narración sobre las natas, los bichitos y enfermedades en la vulva, entendida como una alusión metafórica a una enfermedad de transmisión sexual escapa, razonablemente, al conocimiento o intuición de un menor de edad y que por ello concluyó la fiscalía que debió provenir del contacto o interacción con adultos.

Por lo tanto, se advertirá a los despachos accionados que deben abstenerse de proferir expresiones semejantes a las descritas y guardar, en todo momento, un respeto absoluto por las personas que el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en los despachos a su cargo.

Conclusión: las consideraciones precedentes dan pleno sustento a la tesis de la Sala y determinan el alcance de la decisión: el amparo solicitado será denegado pues, aunque las resoluciones controvertidas presentan algunos defectos concretos que han sido ampliamente expuestos en los párrafos precedentes, ninguno de ellos tiene la entidad suficiente para minar la hipótesis fáctica de las autoridades accionadas, aspecto medular del presente trámite. Por lo tanto, se confirmará el fallo de primera instancia, pero únicamente por las razones expuestas en esta providencia.

Con el fin de establecer garantías para que el manejo de estos casos se ajuste a los

parámetros constitucionales y, particularmente, al interés superior del niño, la Sala advertirá a las autoridades accionadas para que, en lo sucesivo, no incurran en actuaciones que desconozcan o constituyan una aplicación indebida o insuficiente de las subreglas reiteradas en los fundamentos de esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Levantar la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

SEGUNDO.- Confirmar la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia el tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009), en tanto denegó el amparo invocado a los derechos fundamentales a la especial protección de la menor Sofía, y a la verdad, la justicia y la reparación, por cuanto no se demostró que hayan sido vulnerados por la Fiscalía 230 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales de Bogotá ni por la Fiscalía 34 delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

SEGUNDO.- Prevenir a la Fiscalía 230 seccional de la unidad de delitos sexuales y la fiscalía 34 delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en los errores puntuales que han sido evidenciados en el análisis del caso concreto y, por el contrario, aplique estrictamente las subreglas reiteradas en los fundamentos de esta providencia.

TERCERO.- Librar, por Secretaría, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2951 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-1015/10

Referencia: expediente T-2520834

Acción de tutela de Amparo, en representación de su hija menor, Sofía, contra la Fiscalía Seccional 230 de la Unidad de Delitos Sexuales y la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Comparto la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en la sentencia T-1015 de 2010,91 en tanto coincido en considerar que las autoridades judiciales contra las cuales se presentó la acción de tutela no incurrieron en las violaciones del derecho constitucional al debido proceso de la menor Sofía, cuya protección se pretendía. Como lo señala la sentencia, “[...] las resoluciones controvertidas [no] presentan [...] defectos concretos [con] la entidad suficiente para minar la hipótesis fáctica de las autoridades accionadas [...]”. En otras palabras, las providencias de los despachos de la Fiscalía no incurrieron en un desconocimiento abierto y grosero del acervo probatorio ni de

los derechos fundamentales de toda persona menor, al haber decidido precluir y no continuar una investigación contra del padre de Sofía, por haber cometido acto sexual con menor de edad.

No obstante, es preciso que aclare mi voto, para indicar mi posición respecto de consideraciones de la sentencia que parecen contradictorias, por entrar a hacer valoraciones probatorias que según la propia sentencia, no se han debido hacer.

1. Si se acepta el presupuesto de la decisión (que la tutela contra providencias judiciales es excepcional) y su conclusión (que en el caso concreto las decisiones judiciales no desconocen el margen razonable de decisión), no puedo acompañar afirmaciones que exceden las competencias del juez de tutela y desconocen las premisas de la decisión, por cuanto valoran y califican, en todo caso, las providencias judiciales analizadas. Algunas de las afirmaciones de las consideraciones de la sentencia son de este tipo y, en tal medida, no las acompaño. No obstante, debo precisar que otras afirmaciones que también son detalladas y específicas sobre la valoración de las pruebas, que en principio no parecería corresponder hacerlas al juez de tutela, sí las acompaño por considerar que en tales casos sí existían razones constitucionales para hacer tal comentario.

A continuación paso a identificar cuáles consideraciones de la sentencia T-1015 de 2010 sobre la valoración de la pruebas me parecen excesivas, para las competencias propias de un juez de tutela, y cuáles no y por qué.

2. Si el juez de tutela concluye que una providencia judicial no desconoce los ámbitos de protección del derecho constitucional al debido proceso, que se adoptó dentro de un razonable margen de definición, está concluyendo que no tiene competencia para valorar o juzgar dicha providencia judicial. Por tanto, no puede la providencia entrar a valorar en detalle las pruebas que aceptó, no debía valorar.

El juez de tutela debe tener alguna razón poderosa para poder justificar, constitucionalmente, que en sede de tutela se cuestione la decisión de un funcionario judicial dentro de un proceso ordinario, en especial si se concluye que la decisión judicial es razonable y no es absurda o arbitraria. Si se ha reconocido que en un caso no existe una grave violación de un derecho constitucional, el autocontrol judicial demanda guardar silencio sobre las cuestiones jurídicas tratadas en la providencia acusada.

3. En el presente caso se considera que no se incurrió en una violación al derecho al debido proceso de una niña, sin embargo, la sentencia realiza una serie de valoraciones concretas y específicas sobre las pruebas. Según las consideraciones previamente indicadas, la Corte Constitucional ha debido guardar silencio acerca de la valoración de las pruebas, en especial en aquellas ocasiones en las cuales no se incurrió en una violación al derecho constitucional al debido proceso, ni a otro derecho constitucional fundamental distinto.

3.1. Por ejemplo, en caso de existir un debate técnico en torno al efecto e impacto de una determinada afectación personal, no puede objetarse al funcionario judicial por guiar su debate a partir de un parámetro a partir de una de las respuestas aceptadas como plausible dentro del debate, salvo que tal elección sea evidentemente irrazonable. No se puede considerar que una persona tenga derecho a que un funcionario judicial de la República se abstenga de guiar sus razonamientos por una opción técnica legítima dentro de un debate judicial.

Así, algunas de las afirmaciones parecerían ser inconsecuentes según la jurisprudencia constitucional, puesto que suponen una evaluación minuciosa de la valoración judicial de las pruebas cuando no se podría hacer.

3.2. De acuerdo con la sentencia T-1015 de 2010 existe una conclusión en las providencias judiciales analizadas que es ilegítima. A saber: 'el interés de Amparo [madre de Sofía, la menor defendida] haya sido el de utilizar a su hija para vengarse de Miguel [padre de Sofía]'. Esta conclusión sería ilegítima por cuanto es una conclusión que se estaría obteniendo por la 'aplicación' de una regla de inferencia inválida: 'el carácter vengativo de las mujeres (particularmente en el marco de un divorcio) y su injerencia absoluta sobre los menores'. Concluyó la providencia judicial acusada que la madre de la menor en el caso concreto, estaba vengándose del padre de ésta y utilizando para ello a la niña, sin importar la afectación de sus derechos. La conclusión del funcionario judicial que se critica, dice la Corte en la sentencia, puede tener dos fuentes: (i) 'un prejuicio social'; (ii) 'la literatura psicológica referente al síndrome de alienación parental allegada por la Defensa al expediente'; en ambos casos se advierte, eran 'ilegítimas'.⁹²

En el primero de los casos la Corte podía entrar a hacer una valoración y crítica del razonamiento judicial, pero no así en el segundo.

3.3. En tanto el juez de tutela considere que una decisión judicial se funda en una discriminación, especialmente cuando tal decisión es de carácter penal e involucra la protección de una persona menor de edad, ha de proceder a analizar cuidadosamente el razonamiento judicial. Sobre todo, si el juez de tutela concluye que el funcionario judicial de instancia dio un trato a una determinada persona fundándose en (a) un prejuicio sobre el comportamiento de una persona que pertenece a un grupo (b) identificado con base en un criterio sospechoso de discriminación, bajo el orden constitucional vigente.

Cuando la sentencia indica que es probable que el funcionario judicial haya llegado a concluir cómo ocurrieron los hechos a partir de ‘un prejuicio social’ en contra de las mujeres está estableciendo, precisamente que se incurrió en una discriminación. No se puede dar un trato diferente a un grupo de personas con base en el argumento de que las personas de determinado sexo tienen un determinado comportamiento. El sexo, de acuerdo con el propio texto constitucional, es un criterio sospechoso de discriminación, es decir, es un criterio que tradicional e históricamente ha sido empleado para imponer cargas, privar de derechos o de garantías a las mujeres.

3.3.1. La intervención judicial en este caso no sólo está justificada, sino que estaba ordenada por el orden constitucional vigente. En efecto, los derechos de las mujeres, exigen del Estado la protección frente a decisiones judiciales fundadas en prejuicios de género.

El artículo 2° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, establece que dentro de los compromisos que adquieren los estados están los siguientes: ‘establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación’ (literal c); ‘abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación’ (literal d); ‘tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas’ (literal e); ‘adaptar todas las medidas adecuadas [...] para modificar [...] usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer’.

El artículo 16° de la CEDAW se refiere expresamente al ámbito familiar, advirtiendo que el

Estado debe tomar ‘todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares’. Expresamente, deben reconocerse ‘los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos’ y ‘los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional’; en ambas normas se advierte que ‘en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial’ (literales d y f del artículo 16, CEDAW).

3.3.2. Justifico por tanto, que la sentencia haya hecho una advertencia a la autoridad judicial, para que en lo sucesivo no se razone y llegue a conclusiones a partir de prejuicios discriminatorios en torno a la mujer. En efecto, señala al respecto la Sentencia lo siguiente,

“La madre puede haber acudido a todos [los] profesionales debido a su preocupación por el bienestar de la menor o con el fin de conocer de la mejor manera posible la realidad de lo sucedido. Debe tomarse en cuenta que, como se indica en todas sus valoraciones psicológicas, Amparo sufrió una afectación especial con la separación y con la propia investigación del presunto abuso sexual sufrido por Sofía, de donde es plausible suponer que sus móviles se relacionan con la normal preocupación de una madre por sus hijas, en lugar de asumir la mala fe en las actuaciones de Amparo.

Para la Sala, el carácter irrazonable de la inferencia que se estudia descansa en la aplicación de una regla de la experiencia ilegítima: el carácter vengativo de las mujeres (particularmente en el marco de un divorcio) y su injerencia absoluta sobre los menores.”

3.3.3. También comparto que el juez constitucional apoye una providencia judicial que tiene por objeto pensar en el interés superior del menor. Así ocurrió con la decisión de la Sala de apoyar las providencias judiciales de la Fiscalía cuestionadas, en cuanto a su rechazo a la “sucesiva y sistemática realización de valoraciones psicológicas a Sofía.”⁹³ Se trata de comentarios referentes a la valoración de las pruebas que ponen en tensión valores constitucionales, y por tanto, sustentan la intervención del juez de tutela en tales asuntos. Pero cuando la cuestión analizada carece de la dimensión constitucional mencionada, corresponde al juez de tutela abstenerse de valorar las decisiones judiciales adoptadas por otro funcionario del mismo carácter. Eso pasa con algunas de las consideraciones de la

sentencia, como paso a explicar.

3.4. La segunda hipótesis sobre el origen del razonamiento de la providencia judicial incurre en el error mencionado. Esto es, considerar que la conclusión según la cual la madre de la menor actúa vengativamente hacia el padre, es ilegítima porque se funda parcialmente en 'la literatura psicológica referente al síndrome de alienación parental allegada por la Defensa al expediente', conlleva una intromisión inadecuada por parte del juez de tutela a asuntos que no son de su competencia.

3.4.1. No debe un juez de tutela, por ejemplo, volver a evaluar las pruebas de un proceso, por considerar que el funcionario judicial incurrió en un error de valoración al asumir una posición legítima dentro de un debate científico que, el propio juez de tutela reconoce, no tiene una solución única y definitiva. En otras palabras, cuando un funcionario judicial de la República opta por razonar a partir de una teoría científica plausible, en un ámbito científico objeto de debate, no es dado al juez de tutela entrar a cuestionar tal decisión, salvo que demuestre que tal decisión era clara y evidentemente irrazonable y que afectaba o ponía en riesgo sin justificación jurídica, caros valores constitucionales.

3.4.2. La sentencia no establece claramente porque no es legítimo que se emplee el síndrome aludido por parte de un funcionario judicial, aunque se sugiere que es por tratarse de una afección a la salud que no ha sido reconocida por algunas ciertos parámetros internacionales.⁹⁴ ¿Concluye entonces de la Sala de Revisión que es inconstitucional tratar como malestares aquellas afecciones de salud no contemplada en los manuales y referentes internacionales mencionados? Parece que la respuesta es negativa, pues la propia sentencia se abstiene de afirmar que el síndrome en cuestión no puede ser empleado dentro de los razonamientos judiciales, simplemente llama a un uso con precaución del mismo, que no sustente una discriminación. Dijo la sentencia,

"[...] Los argumentos sobre el "SAP" deben ser utilizados entonces con mucha precaución pues asimilar como regla de experiencia un esquema de manipulación de alguno de los padres sobre el menor (normalmente de la madre), de forma general y no con base en la evidencia del caso concreto, puede llevar a asumir una postura discriminatoria hacia sujetos vulnerables y a ubicar al menor en una situación de imposibilidad de prueba sobre los hechos

del abuso.”⁹⁵

3.4.3. De forma similar, la sentencia hace valoraciones del material probatoria, que a mi juicio exceden las competencias constitucionales, en tanto no se justifican en una clara y evidente violación de los derechos constitucionales. Por ejemplo, la sentencia cuestiona las conclusiones que se obtienen del uso de palabras técnicas por parte de la menor;⁹⁶ concluir ‘apresuradamente’ algo a partir del valor que se dio a la demora en la presentación de la denuncia por parte de la madre de la menor;⁹⁷ o de la valoración que se hizo sobre las tensiones y sentidos, al menos parcialmente distintos, que había hecho la menor.⁹⁸ Como la propia sentencia lo señala, la valoración del testimonio de una persona menor es compleja y delicada, por lo cual, el juez de tutela está llamado a respetar especialmente las valoraciones judiciales, salvo que estas sean claramente irrazonables y pongan los valores constitucionales, en juego.⁹⁹ De hecho, se reconoce expresamente la complejidad para valorar el testimonio en cuestión dados los cambios que tuvo, pues como se dijo: “[...] es claro que la versión de la menor varió en el transcurso del tiempo; y, que algunas variaciones son de una entidad importante, especialmente porque en algunos relatos hay evidencia de abuso y en otros no se percibe esa posibilidad.”¹⁰⁰ Las consideraciones de la sentencia entran a valorar las pruebas en un nivel de detalle que, según los propios presupuestos de análisis, no le corresponden al juez de tutela.

4. El uso de una inferencia ilegítima en un razonamiento judicial sólo debe ser objeto de análisis y reproche por parte del juez de tutela, si tal ilegitimidad afecta derechos y valores constitucionales. Al igual que una ley que sea reprochable desde el punto de vista de la técnica legislativa no es inconstitucional por ese sólo hecho, una sentencia que pueda ser criticable a partir de la lógica o la teoría de pruebas, no será inconstitucional por ese sólo hecho. En ambos casos se requiere que el error, de técnica legislativa o de argumentación, afecte valores constitucionales de manera clara y evidente.

5. Cuando se cuestiona una providencia judicial por incurrir en un defecto fáctico, no es deber del Juez constitucional volver a valorar el acervo probatorio, con el propósito de establecer cuál es la verdad procesal, y poder determinar así, si hubo o no una violación al debido proceso. El deber del juez de tutela no es el de repetir el análisis judicial ya hecho por el funcionario judicial correspondiente. No es su función volver a analizar lo que ya se analizó.

El deber del juez constitucional en sede de tutela, en este tipo de casos, consiste en juzgar el análisis que el funcionario judicial hizo del acervo probatorio, no en repetirlo. Su función es establecer si al valorar las pruebas el juez ordinario incurrió en una conducta arbitraria o abusiva, si desconoció, de manera clara y grave las reglas básicas de la sana crítica. No es su deber establecer cuál ha debido ser la conclusión en caso de que él o ella, juez de tutela, hubiese sido el funcionario judicial natural y ordinario del caso. En otras palabras, el estándar de control constitucional, no consiste en establecer si el funcionario judicial aplicó los criterios de la sana crítica en el análisis probatorio de la forma como lo hubiese hecho el o la juez de tutela a la que correspondió conocer el caso. El criterio aplicable consiste en establecer si la decisión judicial cuestionada violó clara y abiertamente los principios de la sana crítica y con ello afectó derechos fundamentales constitucionales.

6. En palabras de la Corte Constitucional, “[...] la jurisprudencia ha señalado que la cuestión que se pretende discutir por medio de la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional. Teniendo en cuenta que la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios, es necesario que la causa que origina la presentación de la acción suponga el desconocimiento de un derecho fundamental. En otras palabras, [—insiste la Corte—] la tutela contra decisiones judiciales debe fundarse en un asunto de evidente relevancia constitucional y no puede ser utilizada para discutir asuntos de mera legalidad.¹⁰¹ Si bien no siempre es fácil delimitar los asuntos de relevancia constitucional de aquellos que no lo son, también lo es que esta Corporación ha sido particularmente cuidadosa al intentar establecer criterios de diferenciación razonables. Así por ejemplo, basada en los antecedentes originados en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha reconocido la existencia de dos ámbitos del derecho al debido proceso. El primero que emerge de la propia Constitución y que es el denominado debido proceso constitucional, y otro que es fruto de la labor legislativa, al que se denomina simplemente debido proceso.¹⁰²”¹⁰³ [subrayas, fuera del original].

7. Así, el juez de tutela se ha de ocupar tan sólo de las violaciones de grave entidad al principio del debido proceso (el llamado debido proceso constitucional), no porque las demás violaciones no sean controlables. Es por que las de menor entidad, son objeto de control por parte de las instancias ordinarias, mediante los recursos que todo estatuto procesal ofrece a las personas para corregir las actuaciones judiciales que sean contrarias a las reglas propias del debido proceso. Los errores de técnica judicial sólo son controlables en sede de tutela si

afectan gravemente derechos constitucionales.

Tal es, el sentido en el cual aclaro mi voto a la sentencia T-1015 de 2010.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

INTERVENCIONES DE LA MENOR SOFÍA ANTE LAS DISTINTAS AUTORIDADES Y OTROS PROFESIONALES QUE LA ATENDIERON.

(ANEXO 1)

A continuación se presentan las intervenciones concretas de Sofía, así como las observaciones específicas de los distintos profesionales que tuvieron contacto con la menor, en relación con los hechos investigados y con el estado psicológico de la menor.

1. El 26 de octubre de 2004, Sofía expresó ante el INML (Investigación penal; c.o. 1; fl. 7):

“Los juegos con mi papá son chéveres porque jugamos chévere y mi papá me hace reír porque es chistoso, cuando me hace cosquillas, cuando hace las caras chistosas, jugamos balón en el suelo, encima de las camas, en un parque, jugamos parques, hacíamos experimentos de agua, mi papá me decía cómo se hacía y la parte mía era pasarle las cosas que necesitaba aparte del agua. En el baño, mi papá me alzaba para que tocara el agua arriba, me alza, yo abro las piernas, para sostenerme de las piernas en el pecho del papá, estiro la mano y toco el agua, lo abrazo con las piernas. Afuera en la esquinita de la casa llenábamos un baldecito o un sartén de juguete y salíamos a hacer el experimento”.

Consignó el médico legista que la menor evidenciaba “adecuada orientación en persona, en tiempo y espacio, [y que se encontraba] estable emocionalmente”

2. En informe de visita domiciliaria llevado a cabo por la psicóloga del Icbf, Reny González, el 11 de noviembre de 2004, se expresó:

“Algunos relatos de Sofía hacen alusión a las expresiones afectivas de su padre, tanto en el

pasado como lo sucedido en la (última visita (octubre 30 y 31 del presente año) (sic). Respecto al pasado refiere el juego del “caballito en la ducha”, “abro las piernas, (se ayuda gestualmente en descripción, y se entiende que rodea la cintura de su padre con sus piernas), mientras él flexionando sus rodillas, aleja y acerca la niña a la regadera, y Sofía con su brazo juega a tocar la regadera. También recuerda el juego del “caballito”, en otros espacios diferentes al baño diario: sentada con las piernas abiertas, salta sobre las piernas del padre”.

“Al parecer la decisión de la conciliación de 29 de octubre de 2004, en la cual se acordó “acompañamiento de un familiar durante las visitas del padre”, precisamente por los indicadores de presuntos actos sexuales abusivos del padre hacia la niña no se cumplió en la visita de octubre 30 y 31, la niña al respecto relata: dormimos con mi papá y mi hermanita en la misma habitación y con los juguetes hace la demostración de la forma como se distribuyeron: el padre en la parte superior de camarote y las dos niñas en la parte inferior. Comenta que el padre le dijo que los juegos del caballito y la estrella eran parte del pasado, que los olvidara, porque no iban a volver a jugarlos. Finalmente comenta que al día siguiente se bañaron con su padre y él con el estropajo la restregaba en forma rápida (sic) por todo el cuerpo y que ella sentía “rico”, (su expresión parece indicar que la forma como el padre lo hacía no le causaba dolor alguno)”.

Posteriormente se establecieron algunas observaciones relativas al adecuado desarrollo de Sofía para su edad, su buen autoconcepto, autoestima, y se expresó en las conclusiones:

“En cuanto a la relación con su padre al parecer en el pasado se dieron conductas sexuales abusivas y en la actualidad hay riesgo de abuso sexual por cuanto (i) se incumplió el acuerdo de visitas firmado el 29 de octubre de 2004 ya que el padre compartió habitación y ducha en la mañana con la menor “con contactos corporales que analizados desde el contexto de la ludopatía (sic) que sufre el señor Miguel se convierten en indicadores de riesgo ante posibles conductas de abuso sexual. || Es importante aclarar que la ludopatía (sic) es una adicción, la cual desde el DSM IV, unas de las características (sic) son la obsesión y la compulsión, lo cual permite explicar cómo estas personas no tienen un control sobre sus actos; por lo cual se sugiere ... se regulen las visitas del padre, de tal forma que Sofía y su hermana, no duerman fuera del hogar materno y que el familiar o familiares que van a acompañar las visitas ... firmen compromiso ... para evitar riesgos de actos sexuales abusivos del padre con sus

hijas”.

3. Certificaciones de la psicóloga del colegio de Sofía (aportadas por la parte civil), en las cuales se da cuenta de las siguientes situaciones:

3.1. De 8 de febrero de 2005:

“La niña Sofía llega a enfermería con síntomas de temperatura normal, escalofríos, enfriamiento en menor y pies, palidez y desaliento. || en el momento de preguntar a la niña si ingirió algún alimento, expresa una serie de frases como: “Es que cuando voy donde mi papá, él me pone a jugar con los primos a las cartas y en el computador. Lo de los casinos donde mi tía (...) y a mí no nos gusta. El papá de mi papá hizo un pacto con el diablo y llegó otra alma y esa alma está ahí y ahora mi papá tiene dos almas y yo ahora soy un diablito”. || Estas expresiones las hizo manifestando angustia y temblor. Su situación física la está manifestando desde el día de ayer lunes [7 de febrero] en el inicio de la jornada. || Desde el año anterior, hemos evidenciado cambios emocionales en la niña, que según testimonio de la madre, son ocasionados luego de las visitas a su papá los fines de semana”.

3.2. De 24 de febrero de 2005:

“De acuerdo con los cambios emocionales que han estado evidenciando en Sofía, consideramos de suma importancia un proceso terapéutico de Psicología, que permita evidenciar las causas reales de su comportamiento y con esto, poder determinar las acciones más adecuadas a llevar a cabo con la niña dentro del colegio”.

3.3. De 30 de marzo de 2005:

“De acuerdo con su solicitud, me permito informarle que esta remisión a valoración psicológica se hace necesaria, ya que la niña se refiere a contactos sexuales con su padre (me toca con su pene), percibiéndose afectación emocional”.

4. Al ser remitida a valoración por problemas íntimos, los doctores Carlos Mantilla y Sonia Peñuela (psiquiatra y pediatra adscritos a la EPS Sanitas), explicaron en la historia clínica de la menor:

“[Paciente] amable y colaboradora, responde con claridad y precisión a preguntas sobre

orientación en e. y p. no hay trastornos de tipo psicótico (alucinaciones o delirios), explica que tiene miedo de encontrarse con su padre por que “el me va a tocar” y asegura que no quiere verlo, las afirmaciones son hechas por la niña sin respaldo emocional (sic) intenso, mas bien como afirmaciones tranquilas. (L)as palabras que usa son demasiado técnicas (“vulva” por ejemplo), sugiriendo con ello que las toma de la jerga adulta a su alrededor, no hay signos de depresión. (E)l lenguaje es normal y su actitud en la entrevista también (responde y cuando se la deja de interrogar se aburre y juega tranquilamente por todo el consultorio” Sobre un posible abuso sexual, consignó la doctora: “dado que la paciente ya está en proceso ante icbf ..., fiscalía, comisaría de familia, no parece necesaria la nueva notificación; sobre “trastorno adaptativo ansioso”, señaló “se remite la niña para manejo regular en psicología, actualmente asiste de manera irregular a psicóloga amiga de la madre (Dra Sandra Acero)”.

5. Informe de la asociación creemos en ti, suscrito por la psicóloga Luz Stella Rodríguez (19 y 25 de febrero de 2005):

“Fecha y lugar de la valoración: Bogotá, Febrero 19 y 25 de 2005.

[En relación con el comportamiento de la menor]:

“La presentación personal de la niña es adecuada y limpia... hace contacto visual, mostrándose amable y colaboradora... La niña contesta sin exagerar detalles pero dando una información completa, siguiendo una coherencia lógica, mantiene el contacto visual, utiliza un tono de voz adecuado, su gesticulación se evidencia exacerbada pero articulada con la conversación... Esta orientada en tiempo y espacio. || Frente a la figura del psicólogo refiere “He ido donde muchos psicólogos, los psicólogos ayudan a la gente que está mal. Como mi papá que tiene una enfermedad que se llama ludopatía, el se jugo (sic) toda la plata y a mi no me gusta que me toco (sic) la vulva. Vengo para contar las cosas que paso (sic) entre mi mimá y mi papá y yo y mi papá. || Sofía denomina a los genitales masculinos “pené (sic) y testículos” y a los genitales femeninos “vulva y senos”.

Sobre el relato de los hechos, se consignó en el informe “Con mi papá jugábamos a la estrellita, cuando yo estaba sin ropa el me daba vueltas como una estrella, me colocaba una mano en la cabeza y otra en la vulva. También jugábamos al caballito, cuando estábamos en la ducha, el me cargaba, yo le ponía las piernas en la cintura y el se hacia para arriba

saltando y me decía que alzara la mano para tocar la ducha. Mi papa me dijo que olvidara esos juegos, que el hacia eso pero cuando yo estaba pequeña, pero eso no es cierto, porque eso pasó hace poco"... [En cuanto a la figura paterna señaló] "mi papá veía cosas de sexo y tenía otra mujer, me siento mal los domingos cuando lo veo, meda (sic) stress (sic) cuando me toca verlo, me da vomito (sic), dolor de estomago (sic), ya no quiero visitar a mi papá sino a mis primos. No quiero verlo porque me da miedo que me toque otra vez y porque el juega. Mi papá no me toca desde que nos separaos". "el ultimo (sic) domingo que visite (sic) a mi papa (sic), llegue (sic) al colegio enferma, y como en el colegio hay una psicóloga le dije lo que no me gusta. Mi abuelito hizo un trato con el diablo yo se eso porque por las noches cuando rezo Dios me habla".

[Interviene Amparo]:

"Con respecto al padre de Sofía, Amparo refiere "el veía pornografía infantil, yo lo sorprendía viéndola en el computador y masturbándose, cuando lo confrontaba el se vestía y se iba. Cuando me ponía muy insistente el me pegaba. En una ocasión lo sorprendí viendo estupro y yo le dije que se fuera de la casa o le contaba a la familia lo que el (sic) hacia (sic) el me dio un punta pie y lamentablemente Sofía vio todo esa escena (sic)."

[Área psico-emocional]:

"De acuerdo al relato de Sofía se presenta un alto nivel de ansiedad ante las visitas con el padre y ante la posibilidad que las mismas se reanuden. || Sentimientos de ambivalencia hacia la figura del padre || se evidencian pensamientos intrusitos con respecto a la situación de abuso. "me acuerdo mucho de lo de mi papá, cuando el se alborotaba". || Sus temores y preocupaciones se centran en la posibilidad de reanudar las visitas con el padre, en que este la toque nuevamente y continué (sic) jugando. || Se evidencian pensamientos distorsionados propios de la situación familiar que vive actualmente, su desarrollo cognitivo es adecuado para su edad cronológica".

[Concepto general]:

"En consulta Sofía se muestra abierta, expresiva, con gran fluidez verbal, y una estructura mental superior a sus pares. El relato de Sofía acerca del abuso sexual es lógico y coherente. Se evidencian sentimientos de ambivalencia hacia la figura del padre. || Se recomienda

suspender visitas ya que las mismas afectan negativamente la esfera emocional de la niña, y pueden facilitar una situación de riesgo”.

[Plan de tratamiento]:

“Prevención de abuso sexual || Identificación de situaciones de riesgo. || Estrategias de afrontamiento ante situaciones de abuso || Expresión de sentimientos hacia el abusador. || Manejo nominación y expresión de sentimientos relacionados con el abuso sexual. || Manejo de sentimientos de ambivalencia hacia el padre. || Educación”.

7. Alexánder Vargas, psiquiatra de la asociación Creemos en ti:

“Hechos:

“Según se extrae de la Historia Clínica, Sofía, fue víctima de Abuso Sexual, por parte de su padre Miguel, descripción que reposa en los archivos correspondientes.

... Es solicitada la valoración de psiquiatría por parte de psicólogo tratante en vista del compromiso familiar y de pareja existente para el futuro círculo virtuoso y/o vicioso de convivencia de la menor, asociado a posible presencia de sintomatología relacionada para la menor con terrores nocturnos y posible trastorno de estrés agudo vs. post-traumático existente”.

[Antecedentes psiquiátricos]:

“Niega previos a los actuales. Asisten madre de la menor y la menor citada. Sofía niega sintomatología que se relacione con terrores nocturnos y trastorno de estrés agudo y/o postraumático. Amparo manifiesta que la menor posterior a octubre/04 fecha en la que se entera del abuso sexual de su hija por parte de su esposo, Sofía presenta pesadillas, sonambulismo, estados constantes de ansiedad, bloqueos de pensamiento y flash backs (sic), entre otros”.

Discusión:

“Se trata de una menor de 6 años de edad Sofía, quien proviene de un hogar de estrato socio económico medio alto, con la presencia de figuras parentales materna y paterna, con

eventos de violencia de pareja -padres- presenciados por la menor y evidencia de maltrato psíquico y sexual sufrido por la menor, siendo el agresor su padre biológico refieren menor e hija de manera resonante. || durante las valoraciones y sesiones de tratamiento psiquiátrico, se evidenció una menor con grandes recursos cognitivos, inteligencia promedio alta para su edad, gran capacidad de raciocinio y alto nivel resiliente para la resolución de conflictos. Presenta grandes rasgos de formaciones conductuales narcisistas e histriónicas, evidenciando imagen en espejo de la menor hacia su madre, deseando ser una prolongación de la misma. en exploraciones lúdicas y metafóricas denota (sic) los rasgos de su conducta descritos, manifestando la lesión sufrida por una figura masculina de autoridad. Su deseo de nominación la lleva a tomar narrativas superiores para su edad cronológica, augurando a futuro pobre tolerancia a la frustración. || Su gran capacidad de raciocinio la ha de llevar a un posible buen pronóstico de tratamiento, lo cual ya se hace manifiesto de forma inicial. || Amparo se muestra severamente afectada por lo sucedido, con gran teatralidad y prueba de realidad acorde a los hechos magnifica sus comentarios, evidenciando altos rasgos de histrionismo y narcisismo en su estructura personal, lo cual hace que la lesión sufrida por su hija sea sufrida como por sí misma. Es clara su severa herida narcisista frente a su vida de pareja y rol materno existente”.

Conclusiones:

“La menor Sofía posee una estructura mental superior para su edad en cuanto a la elaboración de planes y resolución de conflictos, con buenos recursos internos que le permiten el enfrentamiento de eventos traumáticos, pero que han de ser canalizados por personal especializado en salud mental para tomar un refuerzo balanceado y que no la prospecten a rasgos disarmónicos de futura personalidad. || La menor ... no presenta durante las valoraciones ... signos o síntomas que determinen la actual presencia de un trastorno mental de tipo terrores nocturnos, estrés agudo y/o post-traumático, o asociados, que requieran apoyo psicoterapéutico asociado actual frente al abuso sexual sufrido. || La señora Amparo se encuentra severamente comprometida en su afectividad y estructura personal ante el abuso sufrido por su hija por parte de su progenitor, lo que nos lleva a la recomendación urgente de apoyo psicoterapéutico especializado en salud mental que le permita seguir su funcionamiento efectivo en áreas de convivencia || Frente a la autoría de la agresión sexual de Sofía por parte de su padre, existiendo de base cercanía afectiva, no se recomendaría a la fecha contacto de la víctima con el agresor desde el punto de vista

psiquiátrico, en pro de un tratamiento integral y efectivo para la menor”.

8. Informe de consulta domiciliaria realizada por Jimena Velásquez Ángel (5 de marzo de 2005. c.o.1 fls. 49-52).

Relato o desarrollo de la visita:

“... Amparo manifiesta que “esto ha sido muy difícil porque Miguel es adicto a la pornografía infantil una vez lo encontré masturbándose viendo a un Sr. de cincuenta años con una niña como Sofía y siempre pensé que era que yo no le daba lo suficiente para satisfacerlo en la parte sexual” [posteriormente, Amparo indicó que Miguel la habría agredido en presencia de su hija, que padece de ludopatía y estuvo en terapias que nunca terminó; refiere su preocupación porque el señor Miguel confunde a los abogados y al abordar el asunto de los “juegos” menciona como fuente de su preocupación el que Sofía le haya mencionado el “juego de la estrellita”]: “porque la niña me [dice] mi papá me coge la vulva cuando jugamos a la estrellita, me empece (sic) a preocupar porque Miguel no expresa afecto y no jugaba con las niñas no les daba ni un beso” (...) [En relación con el comportamiento de Sofía en el hogar, expresa]: “mostraba todos los indicadores, ahora a veces porque hace un gesto de miedo y ansiedad y ya la conozco todavía tiene pesadillas, del comportamiento me preocupa que me dice mamá porque (sic) el pene a veces es grande y otras veces pequeño? (sic), luego dice porque (sic) mi papá a veces orina amarillo y otras blanco como natas son cosas que me va diciendo sin preguntarle sino (...) que se acuerda, habla de natas porque le dio vaginitis”. (Se conserva la redacción del original).

Al final de la entrevista, la trabajadora social citada le hace algunas preguntas a Sofía, que reposan en su informe en los siguientes términos: “Se le pregunta a Sofía como se siente, refiere “bien”. Luego se le indaga por la relación con su familia... “con mi mamá excelente con Victoria ahí porque pelea por todo ...”. Se le interroga por las actividades que realiza en el tiempo libre, expresa “estaba en curso de culinaria en el colegio pero me voy a cambiar por artes”. Finalmente se le pregunta si desea contar algo, manifiesta “Sí, mi papá a veces tenía el chichí blanco y yo estaba cerca de él, había violencia porque tiro (sic) a mi hermana al corral y a mi mamá le pegaba y entraba a jugar a un Sr. y me enseñaba” (La transcripción es literal).

9. Evaluación de la psicóloga Clemencia Ramírez.

Sobre los antecedentes de la menor:

“Al parecer el desarrollo de la niña en los primeros meses de vida, estuvo dentro de parámetros normales. Teniendo en consideración el ambiente familiar disfuncional en el que la niña se desarrollaba. Es de especial interés, que los niños expuestos a distintas situaciones de violencia en la temprana infancia y a experiencias de abuso son más vulnerables a desarrollar trastornos de comportamiento en una alta probabilidad. Ella comenta situaciones de la vida diaria en relación con el colegio donde tiene amigos y habla con ellos. No se menciona ninguna enfermedad o trastorno evidente de parte de la familia o en el proceso de desarrollo de la niña. La situación a considerar es la experiencia traumática de abuso que no fue objeto de la presente evaluación”.

“Los dibujos muestran varios indicadores emocionales que manifiestan alteraciones en el desarrollo emocional. Los análisis que se hacen de estas pruebas corresponden a análisis elaborados desde la perspectiva de desarrollo de Rutter y Sameroff. La figura humana muestra una desorientación y confusión con el rol sexual y la identidad, aparece una figura masculina de gran proporción lo cual es un indicador de dificultades con la imagen y la percepción de la misma, la figura masculina tiene rasgos agresivos como lo son la presencia de dientes y la expresión de la cara, Los (sic) ojos vacíos indican una dificultad para observar el mundo circundante que es vivido como amenazante al igual que la vivencia misma de la figura masculina. Los brazos cortos y sin manos es una evidencia de la distorsión que tiene la niña de la imagen corporal desde el punto de vista de desarrollo no corresponde a la edad. La falta de manos muestra la dificultad de la niña para conectarse con los sentimientos y para conectarse con los demás de forma espontánea, Los (sic) detalles del dibujo como los pies grandes, son evidencia de la inseguridad que la niña presenta a nivel interno. En general se muestra en el dibujo, dificultades con la imagen corporal, la identidad y la sensación de inseguridad y vacío emocional.

En los dibujos que hacen referencia a la familia la percepción de sí misma es coherente con lo anterior, hay omisión de los brazos, que no es un rasgo esperado para la edad de Sofía, por lo que este debe ser considerado indicador clínico como se mencionó anteriormente. Nuevamente, se presentan los ojos vacíos evitando presenciar la realidad. La posición del dibujo muestra los ojos vacíos evitando presenciar la realidad. La posición del dibujo muestra inseguridad y la sensación de que no se encuentra en una realidad firme que le permita el

ajuste. El padre es dibujado del mismo tamaño y con rasgos evidentemente agresivos, las figuras son grotescas y desproporcionadas lo cual refleja el ambiente nocivo en el que se encuentran los distintos miembros de la familia”.

10. Valoración de Mónica Vejarano de 7 de abril de 2005.

(...) La terapeuta (sic) la pregunta (sic) a Sofía, ¿Qué es lo que más (sic) te gusta hacer con tu mami? “me gusta salir a pasear, ir al parque de diversiones, ir a comer helado, salir al humedal de Niza Antigua, porque yo me crié allá. || ¿Qué no te gusta hacer con tu mami? “nada, me encanta todo lo que hago con mi mami.” || “¿Qué te gusta hacer con tu papi? Nada, antes por mi mamá (sic) nos llevaba al parque un ratito, como 10 minuticos” || ¿Qué no te gusta hacer con tu papi? “nada en definitivo, jugar unos juegos que él juega conmigo. || ¿Qué juegos son esos? “a la estrellita y me daba la vuelta poniéndome la mano en la vulva y dando el bote totalmente, unas veces con calzoncitos y otras sin calzoncitos. || El otro juego en el baño se llama, el caballito, él me subía sobre su cintura y me rozaba con el pene, la vagina. || Hay otro juego que mi papá, no le puso nombre en donde yo pasaba por debajo de las piernas de él (sic), como si fuera un puente, rozando mi frente con su pene. Él hacía (sic) chichi blanco y me pegaba las natas, unos bichitos en la vulva”. ¿Dónde jugabas esos juegos con tu papi? “En el baño de mi casa” ¿Estabas sola con tu papi en el baño? “a veces sola, otras veces con mi hermanilla (sic), ¿Podrías, (sic) colorear la figura con las partes del cuerpo que utilizabas en los juegos con tu papi? “algunas veces me tocó (sic) los senos, la barriga, los codos y las rodillas. Se me olvidó (sic) poner la vulva, la puedo poner ahora?”, La terapeuta responde, si estaba involucrada en los juegos con tu papi?, “si, entonces voy a ponerla en el círculo (sic) ¿Tu papi, te pidió que lo tocaras en alguna parte? “el no me dijo que lo tocara en ninguna parte privada, para que yo no le dijera a mi mamá (sic) y no me diera cuenta que eso era mal. ¿Cómo es lo del chichi (sic) blanco? Él tenía (sic) el pene parado y le salía el chichi (sic) blanco ¿Cuándo, le salía el chichi (sic) blanco?” Cuando jugábamos” ¿Tu ves a tu papi muy seguido? “ya no veo a mi papá (sic), porque me suspendieron las visitas, cada vez que lo iba a ver me enfermaba pensando que me iba a volver a tocar” ¿Cómo decidiste contarle a tu mamá? “No, no decidí, sino que cuando mi mamá (sic) sacó (sic) a mi papá (sic), yo le conté a mi mamá (sic), lo que él (sic) me hacía (sic)” ¿Tu papi hacía (sic) más (sic) juegos contigo? “Si, los de la cama, en la cama con ropa interior y a veces sin ropa interior, sentada y me hacía (sic) quedarme encima del pene para leerme un cuento y se la pasaba metiéndose la mano en el bolsillo”. || “Otro juego, nos

acostábamos así ... y la tocaba el pene (sic) con la vulva y cuando era enanita le tocaba el pene con los pies". ¿Sofía, hay algo mas (sic) que me quieras contar de los juegos con tu papi? "No, no jugábamos nada mas (sic)" (...).

11. La remisión de la psiquiatra Isabel Cuadros Ferre a Creemos en ti.

"Se trata de una niña bien arreglada, verbal, colaboradora, quien relata a la entrevista: "Mi papá me tocaba en m mis partes íntimas y eso a mi no me gustaba, me tocaba la vulva. Cuando este (sic) pasaba en la ducha, tenía el pene parado y le salía un chichi (sic) blanco, como esa lámpara (señala con un dedo a la pantalla blanca de una lámpara del consultorio)" || Al preguntársele cuantas veces ocurrió que la tocara en los genitales, dice "muchas veces". || Adicionalmente, refiere que "otra veces (sic) jugábamos a las estrellitas, y entonces me daba besitos en los senos, los cachetes, los brazos y los codos" siempre cuando su madre no estaba o estaba dormida". Cuadro clínico: "Durante la época del abuso sexual, presentaba pesadillas, angustia marcada. Las pesadillas consistían "en que se derretía". Antecedentes de salud. Vaginitis, con flujo vaginal fétido, a repetición, atendida en Sanitas. Diagnóstico psiquiátrico. Síndrome post-abuso sexual."

12. Declaración de Sofía ante la fiscalía seccional 230 (14 de abril de 2005).

"PREGUNTADO conoces las partes de tu cuerpo CONTESTO si, el cuerpo, los brazos, el cuello, la cara, las piernas, el estómago, las rodillas. PREGUNTADO sabes qué es la vagina CONTESTO sí, abajo del estomago (sic), para hacer chichi (sic). PREGUNTADO sabes por dónde hacen chichi los hombres CONTESTO si, por el pene PREGUNTADO cómo aprendiste esto, sobre la vagina y el pene CONTESTO mi mamá, no se cuando me enseñó esto, en el colegio no. PREGUNTADO cómo son las relaciones con tu papá CONTESTÓ mal, PREGUNTADO por qué CONTESTO porque me toca. PREGUNTADO nos puedes contar exactamente qué hace tu papá contigo CONTESTO porque que (sic) tiene unos juegos en los cuales me toca mis partes intimas (sic), PREGUNTADO cuáles son tus partes intimas CONTESTO LA VULVA los senos, y, y, la cola. PREGUNTADO qué es la vulva CONTESTO la vagina PREGUNTADO quién te dijo qué es la vulva, quién te enseñó esto CONTESTO mi mamá. PREGUNTADO cuando te enseñó tu mamá qué es la vulva CONTESTO cuando nosotros teníamos una perrita y tenía cría, me mostró y me dijo como se llamaba PREGUNTADO tu papá aún vivía contigo cuando tu mamá te indico que era la vulva CONTESTO si, señala con la cabeza, PREGUNTADO tu

visitas a tu papá, contesto YA NO PORQUE ME SUSPENDIERON LAS VISITAS preguntado quien te suspendió las visitas CONTESTO una abogada porque cada vez que iba me enfermaba porque me daban nervios de que me volviera a tocar mi papá PREGUNTADO y esto te pone triste el no ver a tu papá CONTESTO no, señala con la cabeza, al contrario me siento mejor porque ya no hay nadie quien me toque PREGUNTADO cómo era que te tocaba tu papá CONTESTO si, si señora, uno era la estrellita que me cofía de la cabeza y la vuva y me daba la vuelta CONTANCIA la niña se coge la cabeza con la mano y la vagina con la otra PREGUNTADO ye esto lo hacia contigo desnuda o con ropa CONTESTO a veces si o veces no, simplemente el pantalón y los cucos, el saco ni la camiseta no. PREGUNTADO alguna veez te dolió cuando él te cogía la vagina CONTESTO no, señala con la cabeza. PREGUNTADO tu mencionas que tu papá te cogía los senos, cómo hacia esto CONTESTO jugabamos a los besitos, qué cuando mi mamá bajaba a hacer el desayuno entonces estabamos acostados en la cama y comenzaba a dar besitos por todo el cuerpo en la boca, menos en la cara y menos en la vulva, los senos también. PREGUNTADO y cómo eran esos besos CONTESTO empezaba eran besos normales LA NIÑA MUESTRA SU MANO Y SE DA UN BESO EN ELLA, cuando estabamos en la cama, e, e, el tenía el pene parado y estabamos durmiendo en la cama y yo le tocaba con los pies el pene y él tenia el pene parado y cuando estaba más grande, más grande, le tocaba, y un poquito más grande y me tocaba la vulva, la vulva con el pene, a veces tenía cucos a veces no, no me dolía. PREGUNTADO alguna vez tu mami se dio cuenta de esto CONTESTO no, porque estabamos dormidos en la cama, y mi mami en la cama pero ella también estaba dormida. PREGUNTADO tu sabes desde cuanto tu papí hacia esto contigo. CONTESTO más o menos desde los tres o cuatro años. PREGUNTADO y le habías contado a tu mami sobre lo que te hacia tu papá CONTESTO no, hasta que mi mamá lo echó de la casa PREGUNTADO y por qué tu mami lo hecho de la casa CONTESTO porque él le pegó a mi mamá y es que mi mamá estaba haciendo el almuerzo o el desayuno y mi papá la empezo a molestar y salieron corriendo por las escaleras y entonces después cuando bajamos mi papá le pego una patada a mi mama en la plerna. PREGUNTADO cómo se enteró tu mami de lo que te hacía tu papá CONTESTO cuando mi mamá lo hecho de la casa me sentí más tranquila para hablarle y entonces yo le dije las cosas que tenía con mi mamá y hay mi mamá se dio cuenta yo pude decir porque sabia que no estaba nadie para que nadie siguiera tocándome más de la cuenta, y pegándole más de la cuenta a mi mamá PREGUNTADO tu papi le pegaba mucho a tu mamá CONTESTO que yo sepa no vi tantas veces simplemente vi esa vez. PREGUNTADO tu le contaste a alguna amiguita lo que te pasaba con tu papá

CONTESTO no, no. PREGUNTADO tu papá hacia lo mismo con tu mamá, lo que te hacía a ti. CONTESTO no vi y no se PREGUNTADO tu viste si alguna ez tu papi hacia lo mismo que te hacia a ti con tu hermanita CONTESTO no, no se. (...) PREGUNTADO qué otros juegos te hacía tu papá CONTESTÓ aparte de los de la cama, también había uno que era cuando estaba en en la ducha que era el caballito y entonces él me alzaba y yo le ponía los pies como una argollita y yo le ponía la vulva en el pene, y él hacia así LA NIÑA SUBE Y BAJA, y estiraba la mano para tocar la ducha, y algo, algo que es fuera de los juegos y en la ducha hacia chichi blanco y tenía el pene parado y me pego las natas unos bichitos en la vulva, una bichitos que se llaman nata, color blanco, él no hacia nada, se quedaba quieto y no hacia nada para que yo no me diera cuenta que eso er malo, eso era malo porque ese chichi blanco son como natas, porque me prende unos bichos y uno se enferma, mejor dicho crea una enfermedad en la vulva, no me dijo nadie de esa enfermedad PREGUNTADO entonces por qué sabes que eso sería como una enfermedad CONTESTO no dije que eso sería como una enfermedad, sino que dije que eso me pegaba, que podía ser como una enfermedad, o sea que me prendía las natas y eso da una enfermedad, no le decía a él porque él no me decía nada, yo no sabía porque era pequeña, y ahora sí sé porque ya los psicólogos me ayudaron a entender y me dijeron y cuando mi papá se fue de la casa mi mamá también me dijo. PREGUNTADO tú hacías experimentos con tu papá CONTESTO no. PREGUNTADO tu papá jugaba con tu hermana de la misma forma CONTESTO NO, PREGUNTADO tu papá cuando jugaba contigo te hacía alguna clase de advertencia o amenaza CONTESTO no PREGUNTADO en qué sitio o en qué lugar jugaba tu papá contigo CONTESTO en la ducha y en la cama nosotros, cuando vivía, cuando el vivía en la casa, PREGUNTADO cuando tu visitabas a tu papá jugaban a los mismo en dónde CONTESTO no, pero cuando él en (me) encerró en el bajo de los abuelitos entonces me dijo que olvidáramos esos juegos porque eran cuando pequeña pero no era cuando pequeña sino hasta los seis años y medio. PREGUNTADO cómo veías a tu papá cuando hacían estos juegos, cómo reaccionaba él CONTESTÓ normal, PREGUNTADO te han hecho terapias en psicólogos o entrevistas CONTESTÓ sí, la doctora LUZ STELLA, en la fundación creemos, una doctora llamada LUZ STELLA, que es una psicóloga PREGUNTADO qué te ha explicado la doctora, de esas entrevistas CONTESTÓ me dijo que eso que mi papá me hizo no está bien, PREGUNTADO le contaste a la doctora a LUZ STELLA, todo lo que te hacia tu papá CONTESTÓ sí, SEÑALA CON LA CABEZA. PREGUNTADO ESO QUE LE CONTASTE A LA DOCTORA LUZ STELLA es lo mismo que nos contaste hoy CONTESTÓ sí, señala con la cabeza PREGUNTADO cuánto hace que no ves a tu papi CONTESTÓ más o

menos desde hace cinco meses, creo. PREGUNTADO a dónde visitabas antes de que lo dejaras de ver CONTESTÓ primero salíamos a bulevar a chopleis (sic), y las otras fueron en la casa de la tía ..., nosotros dos, yo y mi papi PREGUNTADO te quedabas en la casa de la tía ... CONTESTO no, hasta las 7 de la noche no dormía ahí PREGUNTADO POR QUÉ recuerdas todo lo que te hacía tu papi CONTESTO porque esa fue la verdad PREGUNTADO ALGUNA PERSONA te ha dicho que digas esas cosas de tu papá CONTESTÓ no. PREGUNTADO QUÉ OPINAS hoy de tu papi, qué piensas de él [CONTESTÓ] me debe estar odiando porque debería diciendo que por mi culpa lo van a descubrir (sic) ... o sea que él me toca. PREGUNTADO alguna vez tu papá te dijo que no comentaras que él te tocaba CONTESTO no. en este estado de la diligencia interviene el Ministerio Público... PREGUNTADO Sofía, cuando vivías con tu papi y tu mami quién te alistaba cuando ibas al colegio CONTESTO mi mami me despertaba, me levantaba y me preparaba mi comida fvorita, a veces yo sola me preparaba y a veces con mi papá, mi mamá siempre me hacía desayuno y leche, confleis (sic), me bañaba solita o a veces con mi papá, después mi papá me vestía o a veces mi mamá, nos demorábamos en la ducha con mi papá PREGUNTADO cuando tu papi vivía en la casa en que habitación dormía él CONTESTÓ en la grande y cuando yo tenía pesadillas me pasaba para la cama de mi papá, de ellos, y cuando mi mamá llamaba a mi papá para que él ayudara a mi mamá a pasarme a la cama de allá y yo decía que mi papá no porque él me tocaba PREGUNTADO tu has dicho aquí que una vez durmiendo y le sentiste a tu papá el pene parado, esto courrió en qué cama CONTESTÓ en la de mis papás, estaba mi mamá y mi papá, estaba mi mamá pero dormida (...) PREGUNTADO POR QUÉ RAZÓN no le contabas a tu mami CONTESTO porque mi mamá estaba e la casa y me daba miedo que tocara más de la cuenta pero cuando mi mamá lo echó de la casa y a estuve más tranquila para poderle decir PREGUNTADO tu recuerdas que estuviste donde un doctor que te hizo un examen de tu cuerpo, en esa oportunidad le dijiste al doctor que en la ducha estando con tu papi tu abrías las piernas para sostenerte en el pecho de él, por qué nos dices ahora que tú abrías las piernas y se las colocabas en la vulva LA REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO LE EXPLICA LO QUE DICE ELLA EN MEDICINA LEGAL. CONTESTO porque él me cogía también más arriba, mi papá me ponía y me iba haciendo A (sic), la niña sube y baja PREGUNTADO . donde vive actualmente tu papá has dormido allá CONTESTÓ sí, yo duermo con mi papá pero él no me hace esos juegos porque está con sus papás y entonces si ellos lo ven haciendo eso, después no confían en él. PREGUNTADO cómo te sientes hoy después de lo que ha pasado con tu papá CONTESTÓ mejor (...)."

13. Dictamen del psiquiatra Carlos Mantilla (16 de mayo de 2005; fls 156-157 del c.o. 2)

“Se encontró menor en buenas condiciones físicas; sus padres en proceso de separación conflictiva, donde la madre describe a su ex esposo como adicto al juego y a la pornografía, y refiere sospecha de que haya abusado sexualmente de la niña. La menor presentó en el colegio episodio con temblor, desaliento, náuseas y emisión de ideas inconexas referentes a castigos pasados y supuestas discusiones violentas entre sus padres, quedando posteriormente asintomática. La niña durante la entrevista se muestra activa, interactuando en forma apropiada, y denotando no sentirse maltratada pero sí confundida por la situación familiar. Su percepción acerca de la temática sexual se encontró apropiada para la edad, sin atribuir a su padre comportamiento sexual inadecuado hacia ella. || Se concluyó que los síntomas presentados por la menor pueden interpretarse como resultado de la situación tensionante que atraviesa el núcleo familiar, donde ella ha recibido presión adicional dada la investigación por supuesto abuso sexual. Se recomendó continuar con apoyo terapéutico por psicología tanto para la menor como para la madre... como la entrevista efectuada no puede descartarse ni afirmarse que haya ocurrido abuso sexual; para tales efectos se recomienda evaluación por psiquiatría forense,

15. Dictámenes de medicina legal de 8 de agosto de 2005 (Se transcribe solo el aparte relativo a la evaluación de Sofía):

“De la relación [del padre] con la examinada manifiesta “mal a veces cuando yo era traviesa y solo le importaba el fútbol y yo quería ver muñequitos yo cambiaba el canal y el me pegaba en la mano, nosotros mi mamá y yo prendíamos la radio y el (sic) nos gritaba que apagáramos el radio porque le (sic) estaba viento el partido, también los juegos que tenía con mi papá, el juego en la ducha con mi papá, él me alzaba yo estiraba la mano para tocar la ducha y el brincaba en puntas sin alzar los pies del suelo para que yo alcanzara a tocar la ducha, y como me ponía la vulva en el pene y cuando estaba jugando el soltaba el chichi blanco y era como agua apénela con leche y el tenía el pene parado”. “El se metía en la ducha desde los tres hasta los seis años para tocarme”. Que ella le contó esto a su madre porque ella quería saber si eso era malo. Que a ella su madre le había enseñado lo que era la vulva cuando unos perritos empezaron a dar crías. Refiere que después de los hechos narrados “sentía que tengo que preguntar las cosas, también sentí como rabia porque mi papá me dijo mentiras que el se iba a ir por unos días (sic) porque el (sic) no volvió y después

mi mamá me dijo que se separaron y me dio rabia, “Yo me sentí triste porque además mi mamá me dijo que eso (sic) juegos eran malos, y también me hacía falta mi papá, como un mes estuve pensando en eso y comprendí que puedo vivir mejor con mi mamá, comprendí que mi mamá me cuidó, que me dio amor paz, mi papá hizo lo contrario”. Yo le conté a mi mamá después que ellos se separaron me daba miedo que me tocara mas de la cuenta o que le diera violencia a mi hermana”

1 Decisiones similares han sido adoptadas por la Corte Constitucional en casos en los que se advierte que un menor puede resultar afectado por la publicación de la información contenida en el expediente de tutela. Ver, entre otras, las sentencias T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, SU-337 de 1999, T-941 de 1999, T-1390 de 2000, T-510 de 2003, T-639 de 2006, T-794 de 2007, T-900 de 2007, T-302 de 2008, T-912 de 2008, entre otros.

2 La Sala se abstendrá de hacer referencia a un eventual abuso de la menor Victoria, quien tenía dos años de edad al momento de iniciarse la investigación y falleció en un accidente en el transcurso de la misma, pues la discusión en el proceso penal se centró en el eventual abuso de Sofía.

3 El resumen de los medios probatorios es realizado con base en la resolución de preclusión de la Fiscalía 230 seccional. Al abordar el caso concreto, la Sala se referirá in extenso a algunos elementos de prueba que tuvieron especial incidencia en las decisiones cuestionadas en este trámite.

4 Ley 600 de 2000 (Publicada en el diario oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000) Artículo 399. Preclusión de la Investigación. “Se decretará la preclusión de la investigación en los mismos eventos previstos para dictar cesación de procedimiento. || En caso de que el cierre de la investigación se haya producido por vencimiento del término de instrucción o por la imposibilidad de recaudar o practicar pruebas, la duda se resolverá en favor del procesado”.

5 Artículo 397. Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. “El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado”.

6 Cfr. Además, las sentencias C-543 de 1992, T-008 de 1993, T-071 de 1998, T-234 de 1994, T-462 de 2003, T-949 de 2003, T-774 de 2004, T-492 de 2005, T-1265 de 2005, y las recientes sentencias T-737 de 2007, T-018/08 y T-264 de 2009.

7 Ver sentencias T-006 de 1992, C-543 de 1992, T-079 de 1993 T-231 de 1994 relativas a la doctrina de la vía de hecho judicial; posteriormente, las sentencias SU-014 de 2001 (vía de hecho por consecuencia o error inducido) y T-1180 de 2001 (desconocimiento del precedente) llevaron a plantear la posibilidad de que se produjeran fallos judiciales que, sin ser arbitrarios y caprichosos llevaran a la vulneración de derechos fundamentales; finalmente, la doctrina de las causales genéricas de procedencia se establecieron los fallos T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-771 de 2003 y T-949 de 2003, T-701 de 2004, doctrina que fue sistematizada por la sentencia de Sala Plena C-590 de 2005, que en esta ocasión se reitera. No sobra señalar que el criterio sostenido en la ratio decidendi de la sentencia C-543 de 1992 se mantiene incólume: la preservación de la supremacía de los derechos fundamentales, a través de un entendimiento sustancial de los principios de seguridad jurídica e independencia judicial, es decir, que las sentencias judiciales deben tener un mínimo de justicia material, representado en el respeto por los derechos fundamentales.

8 Siempre, siguiendo la exposición de la Sentencia C-590 de 2005.

9 Ver sentencias T-173 de 1993 y C-590 de 2005.

10 Sobre el agotamiento de recursos o principio de residualidad y su relación con el principio de subsidiariedad cuando se ejerce la acción de tutela para controvertir un fallo judicial, ver sentencia T-1049 de 2008.

11 Esta regla se desprende de la función unificadora de la Corte Constitucional, ejercida a través de sus Salas de Selección. Así, debe entenderse que si un proceso no fue seleccionado por la Corte para su revisión, se encuentra acorde con los derechos fundamentales.

12 Hace referencia a la carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia.

13 Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o en los fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (Ver,

Sentencia C-590 de 2005); igualmente, los fallos T-008 de 1998 y T-079 de 1993.

14 El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido. Al respecto, ver sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2002, T-196 de 2006, T-996 de 2003, T-937 de 2001.

15 Referido a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

16 También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público. Ver, principalmente, sentencias SU-014 de 2001, T-1180 de 2001 y SU-846 de 2000.

17 En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático. Ver T-114 de 2002.

18 “(se presenta cuando) la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”. Ver sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999.

19 Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución, sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver, sentencia T-522 de 2001.

20 Ver Sentencia T-701 de 2004.

21 Sentencia C-590 de 2005 y T-701 de 2004.

22 Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-008 de 1998, SU-159 de 2002, T-025 de 2001, T-109 de 2005, T-639 de 2006, T-737 de 2007 y T-458 de 2007.

24 Cabe resaltar que si esta omisión obedece a una negativa injustificada de practicar una prueba solicitada por una de las partes, se torna en un defecto procedimental, que recae en el ejercicio del derecho de contradicción.

25 Cfr. Sentencias SU-159 de 2002, T-538 de 1994 y T-061 de 2007.

26 Ver sentencias T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-230 de 1996 y SU - 159 de 2002 , T-244 de 1997.

27 Cfr. Sentencia SU-159 de 2002.

28 Así, en la sentencia T-442 de 1994, la Corte señaló: “(...) si bien el juzgador goza de un 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; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, 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 sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”

29 Así, la Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia. Ver también la sentencia T-008 de 1998.

30 *Ibíd.*

31 Ver sentencias T-518 de 1992, T-408 de 1995, T-514 de 1998, C-1064 de 2000, C-273 de 2003, T-397 de 2004, T-808 de 2006, T-1073 de 2007, C-061 de 2008 y el expediente T-2.221.881, próximo a publicarse.

32 Sobre la protección especial y el interés superior del menor, resultan relevantes, además, las siguientes disposiciones: artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño: “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”; artículo

3.2. “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”. Por su parte, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “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”; el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. Así mismo, el principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se refiere a la especial protección de que son beneficiarios los menores, y establece la obligación estatal de brindar recursos necesarios para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad, medidas que deben establecerse con atención al interés superior del niño. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en fin, prescribe en su artículo 25-2 que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

33 Ver, T-397 de 2004; T-2.221.881, próximo a publicarse.

34 Sentencia T-397 de 2004.

35 (Se abstiene la Sala de utilizar calificativos como “violento”, “abusivo”, etc, pues al investigación penal en este trámite se desarrollo por acto sexual con menor de 14 años, conducta prohibida por el ordenamiento penal, sin ningún tipo de calificación específica, como ocurre con las personas mayores de 14 años).

36 Se omitirá una reseña específica de la sentencia T-458 de 2007, considerando que el esquema de la decisión es análogo al del fallo T-554 de 2003.

37 En un Estado Social de Derecho la administración de justicia penal tiene como finalidad última la protección de los derechos fundamentales, y de otros bienes constitucionalmente garantizados mediante la investigación y sanción de los atentados graves que se ocasionen contra el disfrute pleno de éstos; y asimismo, el resarcimiento pleno e integral a las víctimas de los perjuicios causados por el delito. [T-554 de 2003].

38 “(...)los mencionados funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual (...) el funcionario investigador está además ante la obligación de informar al Instituto Colombiano de Bienestar familiar sobre la existencia de un menor que se halla en situación de peligro de conformidad con el artículo 31 del Código del Menor, a fin de que el defensor de familia abra inmediatamente la investigación que corresponde, ordene la práctica de pruebas e imponga las medidas de protección de que trata el artículo 57 ibidem. Se trata por tanto de brindarle una protección estatal integral al menor en el curso del proceso penal y por supuesto al término del mismo”. (Ibídem)

39 Ibídem.

40 “(...) constituiría acto 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, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o 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”. (T-554 de 2003).

41. (T-554 de 2003)

42 Artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política.

43 Artículo 86 de la Carta Política, en armonía con los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [tutela judicial efectiva], 8º, ibídem [garantías

judiciales], 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7º y 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos contenidos normativos del bloque de constitucionalidad;

44 Sobre la verdad, la justicia y la reparación integral como derechos fundamentales de las víctimas de conductas punibles y violaciones a los derechos humanos, ver, inter alia, C-209 de 2007, C-454 de 2006, C-370 de 2006, T-171 de 2006, C-228 de 2002 y C-1149 de 2001.

45 *Ibidem*. En este aparte, la Sala siguió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH, Informe No 10/95, Caso - Caso 10.843 (Chile) OEA/Ser. L /V/II.91, Doc 7 rev. 3 de abril de 1996. Tomado: RODRÍGUEZ, Diego; MARTIN, Claudia, OJEA, Tomás. “La dimensión Internacional de los Derechos Humanos”. Banco Interamericano de Desarrollo. American University. Washington 1999.

46 Roxin, Claus. 1999. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid: Civitas.

48 Cfr. T-078 de 2010.

49 T-171 de 2006

50 T-1227 de 2008

51 “[N]o 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). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos. (...) En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, por ejemplo, actualmente no existe prevención al respecto, ni en la Ley 600 de 2000 -que rige este asunto-(artículo 266), ni en la 906 de 2004 (383, inciso segundo), distinta a la de que en las dos legislaciones se precisa 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”

52 *Ibíd.*

53 Citando sentencia del 19 de julio de 1991, continuó la Corte Suprema de Justicia: “como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor (...) está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.”

54 “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 disfrutaban 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. (...)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”.

55 Cita la Corte Suprema: “La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales”. Tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la Universidad de Girona, Italia, año 2004.

56 “(...) razonable es colegir (...) que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica”.

57 Sin ánimo de desarrollar un discurso o un aporte de tipo teórico, este aparte tiene por finalidad aportar algunos criterios de racionalidad y razonabilidad al discurso sobre los hechos en la sentencia judicial, considerando su importancia desde el punto de vista del deber de motivación de los fallos judiciales. Independientemente de los aportes iniciales en la materia, provenientes de la filosofía y la epistemología y que pueden rastrearse hasta Bentham (Tratado de las pruebas judiciales), Pierce (en lo atinente a los conceptos de inducción, deducción y abducción) o en la obra de grandes filósofos del siglo XX, como Bertrand Russell, Rudolf Carnap (sobre el concepto lógica inductiva) y L. Wittgenstein (cuya obra es imprescindible para la comprensión actual de conceptos como hechos, verdad, discurso), entre muchos otros, la Sala aborda el tema de la argumentación en hechos desde la perspectiva concreta de su funcionamiento en materia judicial y principalmente, a la luz de la motivación como un elemento central de la decisión judicial. Para ello, se basa en un conjunto de aportes que vienen a completar el trabajo realizado por la teoría de la argumentación jurídica sobre la posibilidad de establecer un discurso práctico racional, y se encuentra, principalmente, en algunas líneas propuestas por Luigi Ferrajoli en su ya clásica obra "Derecho y razón"; en diversos aportes del autor italiano Michelle Tarufo, y en la reciente obra de filósofos del derecho españoles como Marina Gascón, Perfecto Andrés Ibáñez y Jordi Ferrer Beltrán, entre otros. || Más allá de diferencias en los aspectos que cada autor desea enfatizar y en la presentación de sus ideas, la sintonía entre los distintos autores es evidente en un aspecto central: el interés por poner de relieve la relación que existe entre el discurso sobre hechos y la importancia de la motivación en el estado constitucional, y la aspiración a la verdad en el proceso como presupuesto para la aplicación justa de las normas sustantivas.

En ese sentido, la Sala desea recalcar los siguientes aspectos: la importancia de la relación entre la construcción de la premisa fáctica y el deber de motivación, entendido en los estados constitucionales como interdicción de la arbitrariedad, fundamento de la legitimidad de la acción judicial, y aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como restricciones legítimas a las actuaciones del poder público. (La importancia de esa relación entre motivación y discurso judicial en el estado constitucional se encuentra ya en la obra de Ferrajoli, ideas retomadas también por Marina Gascón y Perfecto Andrés Ibáñez); el concepto de verdad en el discurso judicial, como un ideal en la actuación del juez, independientemente de los límites que enfrenta el proceso para su determinación, aspecto ya asumido por esta Corporación en las sentencias T-264 de 2009 (con clara influencia de Michelle Tarufo, en el

escenario de la concepción del proceso civil y la relevancia de la prueba de oficio), y C-397 de 2004, sobre la que se hará referencia en el cuerpo de la sentencia; y la posibilidad de establecer criterios de confirmación de hipótesis susceptibles de control racional. En ello, es central la configuración del razonamiento probatorio como primordialmente -aunque no exclusivamente- inductivo, en lo que la Sala la seguirá la sencilla exposición de Marina Gascón en el artículo “La prueba judicial: Valoración racional y motivación”, disponible en Internet.

Más allá de los aspectos teóricos centrales, la Sala desea enfatizar que el sentido de la argumentación en hechos es dotar de criterios intersubjetivos de corrección a la construcción de la premisa fáctica. Esos criterios no conducen a la certeza absoluta sobre los hechos por los límites propios del discurso judicial y por razones epistemológicas sobre la naturaleza del razonamiento o las inferencias construidas para establecer hechos del pasado. Sin embargo, permite que la discusión fáctica se ubique en el ámbito de lo razonable; y que el siempre amplio concepto de la sana crítica adquiera mayor fuerza y precisión mediante la utilización de herramientas que permiten una caracterización del concepto en el marco de la argumentación judicial.

Su sentido profundo indica que debe asumirse la tarea de la construcción de la premisa fáctica con plena conciencia sobre las dificultades que enfrenta el operador judicial pero como un elemento esencial de su deber de motivación del fallo judicial, con independencia de los procesos psicológicos que determinen su convicción sobre el acontecer fáctico. Se trata entonces de un elemento central del estado de derecho pues destaca la interdicción de la arbitrariedad en la argumentación sobre hechos; pone de presente la obligación del juez de mantenerse en el margen de las razones constitucionalmente legítimas como manifestación del principio de razonabilidad; y lleva al funcionario a realizar un esfuerzo impuesto por su trascendental función, en el sentido de explicar mediante razones constitucionalmente válidas, socialmente aceptables, y que no sean lógicas o científicamente refutables, el fundamento de sus decisiones.

(Para la discusión teórica sobre la materia, la Corte remite, entre otros, a los textos Jueces y ponderación argumentativa; Robert Alexy y Perfecto Andrés Ibáñez; Universidad autónoma de México. 2006; disponible en Internet <http://www.scribd.com/doc/6991356/Andres-Ibanez-y-Robert-Alexy-Jueces-y-Ponderacion-Arg>

umentativa; Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. Perfecto Andrés Ibáñez-. Revista Doxa; núm. 12; 1992; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal; Luigi Ferrajoli 4ª, Trotta, 2000; Jordi Ferrer Beltrán. Prueba y verdad en el derecho; ed. Marcial Pons. Madrid- Barcelona, 2002. Los hechos en el derecho. Marina Gascón, Marcial pons, 2010, y el citado artículo “La prueba judicial: Valoración racional y motivación”, del que la Sala toma los principales criterios de confirmación de hipótesis fácticas.

58 Entre 2009 y 2010 se han presentado 3 casos, mientras que en jurisprudencia vertida entre los años 1992 y 2010 se encuentran apenas 4 sentencias hito en la materia.

59 Sobre los elementos centrales del Estado de Derecho, o Estado liberal de derecho, resulta oportuno consultar los fallos C-776 de 2003 y SU-747 de 1998. Sobre el principio de legalidad en materia penal, principalmente, la sentencia C-710 de 2001.

60 Ibídem. En el marco de la estabilidad laboral relativa de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte ha desarrollado una sólida doctrina sobre la exclusión de arbitrariedad en todas las actuaciones de las autoridades públicas; por todas, ver las sentencias SU-250 de 1998 y la reciente T-1112 de 2008.

61 T-710/01

62 Sobre el alcance del principio in dubio pro reo, garantía esencial del debido proceso penal, cfr. C-205 de 2003, C-271 de 2003, T-459 de 1997, C-774 de 2001, C-782 de 2005 y, en el escenario constitucional que nos ocupa, principalmente las sentencias T-554 de 2003 y T-078 de 2010.

63 Sobre la relación y las diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, ver sentencias C-776 de 2003 y SU-747 de 1998.

64 Sobre el principio de igualdad material, consultar, entre otras, las sentencias C-1064 de 2001 (reajuste de salarios), C-540 de 2008 (igualdad de edades para pensión entre hombres y mujeres como expresión de la igualdad formal, y régimen diferencial de edades como manifestación de la igualdad material); C-932 de 2007, y T-340 de 2010, sobre la obligación de dar un trato preferente a grupos tradicionalmente discriminados o marginados; personas en condición de debilidad manifiesta o grupos vulnerables, entre muchas otras.

65 Al respecto, ver sentencias T-554 de 2003, T-520 A de 2009 y T-078 de 2010, reiteradas en esta oportunidad.

66 Sobre los derechos de las víctimas se pueden consultar las sentencias C-370 de 2006, C-228 de 2002 y C-558 de 2003, C-979 de 2005. Sobre la necesidad de evaluar diferencialmente la protección de estos derechos en razón a la gravedad de las conductas y la vulnerabilidad de las víctimas, ver la sentencia C-04 de 2003.

67 T-554 de 2003 y T-078 de 2010.

68 C-157 de 1998, C-873 de 2003, T-870 de 2007, T-056 de 2005, T-974 de 2003 y C-252 de 2001, entre otras.

70 Agregó la Corte, en el fallo citado: "(...) Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto, respecto de la diferencia entre los sistemas de la sana crítica y de la íntima convicción: Las normas demandadas no consagran una competencia o facultad arbitraria, sino que las someten a las reglas de la sana crítica, que no son otra cosa que la interdicción de la arbitrariedad y la corrección de lo racional y razonable; de modo que obliga al juez a dar las razones por las cuales, en ese caso concreto y en ese momento determinado, un testigo es inhábil para rendir su declaración". (destaca la Sala. Cfr. C-202 de 2005). En sentencia T-902 de 2005, afirmó la Corte sobre la sana crítica: Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, "inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)" [T-442 de 1994], dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, "la adopción de criterios objetivos [SU-1300 de 2001], no simplemente supuestos por el juez, racionales [T-442 de 1994], es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos [T-538 de 1994], esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas. [SU-157 de 2002].

71 La jurisprudencia en la materia es amplia. Por su claridad y relevancia en el marco de la interdicción de la arbitrariedad a partir de la motivación, se recomienda consultar los fallos SU-250 de 1998, T-576 de 1998, C-836 de 2001, C-252 de 2001. Consultar, además, T-302 de 2008, T-857 de 2007, T-797 de 2006, T-292 de 2006 en los que se resalta la importancia de

la motivación en relación con los principios del debido proceso, acceso a la administración de justicia, publicidad, interdicción de la arbitrariedad, en distintos escenarios.

72 “Es por ello que la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas” [Sentencia C-396 de 2007].

73 Marina Gascón. La prueba judicial: valoración racional y motivación. Página 9; citando a Ferrajoli; Derecho y razón. Pg. 139.

74 Aunque ese límite es a la vez un medio para depurar el conocimiento del juez, al aportarle concepciones enfrentadas sobre la verdad de los hechos, representadas en la figura del contradictorio.

75 A manera de ejemplo, es más exigente el nivel de comprobación de una sentencia penal que el de una decisión civil o el de una medida administrativa de protección (en el caso de los menores de edad).

76 “La diferencia fundamental entre estos dos tipos de argumentos radica en las afirmaciones que se hacen acerca de las relaciones entre premisas y conclusión. Los argumentos deductivos son aquellos en los cuales se afirma la existencia de una relación muy estrecha y rigurosa entre premisas y conclusión. Si un argumento deductivo es válido, entonces, dada la verdad de sus premisas, su conclusión debe ser verdadera sin importar qué otra cosa sea cierta. (...) Si un argumento [deductivo] es válido, ningún hecho adicional del mundo puede hacerlo más válido; si una conclusión se ha inferido válidamente de un conjunto de premisas, ningún otro elemento que se añada al conjunto puede otorgarle una validez mayor o más estricta al argumento. Pero la relación entre las premisas y la conclusión afirmada por un argumento inductivo, aun en el mejor de ellos, es mucho menos estricta y de un tipo muy diferente. Consideremos el siguiente argumento inductivo: (Pr. 1) “La mayoría de los abogados corporativos son conservadores; (Pr. 2) “Bárbara Shane es un abogado corporativo. (Conclusión) Por lo tanto, Bárbara Shane es probablemente conservadora. || El anterior es un buen argumento inductivo; su primera premisa es verdadera, y si su segunda premisa es verdadera también, entonces la conclusión será más

probablemente verdadera que falsa. Pero en este caso, añadir nuevas premisas al par original da como resultado un argumento que puede ser sustancialmente más débil o más fuerte [por ejemplo, si se añade la premisa adicional] Bárbara Shane es funcionaria de la Unión para las Libertades Civiles en América (ACLU); [y la premisa] “La mayoría de los funcionarios de la ACLU no son conservadores”.

77 Para ilustrar lo que se acaba de exponer vale la pena proponer algunos ejemplos: existen pruebas de carácter científico, y provenientes de ciencias exactas (no es redundancia pues hay ciencias que no tienen la pretensión de exactitud) que permiten construir inferencias deductivas: dados ciertos datos, la balística permite determinar la trayectoria de un proyectil, el arma que lo disparó, la forma en que pudo entrar en un cuerpo, y la posición del tirador; dada la existencia de elementos como pelo, fluidos corporales, uñas, mediante una prueba de ADN es posible determinar con seguridad la presencia de una persona en el lugar de los hechos; o bien, a partir de una coartada confiable, puede rechazarse en aplicación del principio de no contradicción, la presencia de una persona en dos lugares a la vez (o. en términos más precisos, no sería posible afirmar que la persona estuvo y no estuvo en un lugar simultáneamente).

78 En efecto, cabe recordar que en una de las sentencias reiteradas, exámenes médicos que deberían entregar una respuesta certera sobre la desfloración de una presunta víctima de acceso carnal aportaron resultados incompatibles al proceso.

79 La presunción de buena fe puede llevarnos un poco más lejos al establecer que el juez debe, en principio, considerar que el declarante es sincero y enuncia esos hechos porque cree que se corresponden con la realidad. La presunción, empero, puede ser desvirtuada.

80 Estima la Sala que estos criterios no constituyen parámetros normativos de valoración de la prueba, sino elementos de juicio para que el funcionario judicial determine cuándo posee elementos suficientes para la determinación de la premisa fáctica.

81 Sentencia SU-961 de 1999.

82 Sentencia T-814 de 2005.

83 La Sala hace una exposición amplia de la decisión, buscando mantener la mayor fidelidad

posible con la argumentación de la fiscalía, efectuando solo las modificaciones necesarias para dar claridad a la exposición.

84 Así lo reseña la seccional 230 en la resolución controvertida: “Informe (en fotocopia) de la respuesta dada por el médico psiquiatra CARLOS MANTILLA, quien entrevistó a la menor el 9 de febrero de 2.005, donde destaca “...La niña durante la entrevista se muestra activa... denotando no sentirse maltratada pero si (sic) confundida por la situación familiar. Su percepción cerca de la temática sexual se encontró apropiada para la edad, sin atribuir a su padre comportamiento sexual adecuado. (Flos. 156, 156 vto, y 157 c.o. 2)”

85 En los fundamentos del fallo, la Sala recalcó que el sentido de estas reglas es más claro cuando se asume que el razonamiento del juez en la materia -en ausencia de pruebas directas y científicas del hecho investigado- es principalmente inductivo; y que el razonamiento inductivo se caracteriza por el apoyo probable que dan las premisas a la conclusión, de forma que nuevas premisas (pruebas y criterios de evaluación de las pruebas) aumentan o disminuyen esa probabilidad.

86 Ver, principalmente, las subreglas derivadas de los fallos T-554 de 2003 y T-078 de 2010.

87 Como lo expresan diversos expertos que intervinieron ante la Fiscalía, el Síndrome de Alienación Parental no ha sido incluido en los principales manuales de diagnóstico de trastornos mentales, como el DSM-IV (Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales) y el CIE-10 (“Décima revisión de la clasificación internacional de enfermedades, trastornos mentales y del comportamiento. Criterios diagnósticos de investigación).

88 Constata la Sala que, en este proceso hubo una mención de esa “tecnicidad” por parte de la pediatra Sonia Peñuela y el psiquiatra Manuel Torres, quienes consideraron que podrían provenir del lenguaje adulto al que la menor tenía contacto (en el marco de la investigación penal y de una enfermedad íntima que presentó y fue asociada a “pubertad precoz”). De haber profundizado en ello, tal vez la fiscalía habría llegado a una conclusión más seria sobre el efecto de esos términos en el relato de la menor pero no fue ese el camino escogido, sino el más sencillo y -como se mostró- ilegítimo, de acusar a la madre de manipulación.

89 Al respecto, remite la Sala a la citada sentencia de 26 de enero de 2006, proferida por la

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

90 En ese sentido, la regla no tiene que ver con el controvertido problema filosófico de la separación entre el discurso descriptivo y el discurso valorativo (ver, Hillary Putnam; Razón, verdad e historia. Editorial Tecnos. Segunda reimpresión. 2006; vid. Pgs. 132-152), sino con conceptos psicológicos sobre el desarrollo de las distintas esferas de la personalidad del menor.

91 Corte Constitucional, sentencia T-1015 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa).

92 Expresamente dice la sentencia T-1015 de 2010: “Para la Sala, el carácter irrazonable de la inferencia que se estudia descansa en la aplicación de una regla de la experiencia ilegítima: el carácter vengativo de las mujeres (particularmente en el marco de un divorcio) y su injerencia absoluta sobre los menores. || Esa regla de la experiencia deviene ilegítima tanto si proviene del sentido común, pues no es una generalización de hechos observados previamente sino de un prejuicio social, como si proviene de la literatura psicológica referente al síndrome de alienación parental allegada por la Defensa al expediente, pues no existe acuerdo científico sobre la existencia de tal enfermedad [...]”; en nota al pie de página se añade: “Como lo expresan diversos expertos que intervinieron ante la Fiscalía, el Síndrome de Alienación Parental no ha sido incluido en los principales manuales de diagnóstico de trastornos mentales, como el DSM-IV (Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales) y el CIE-10 (“Décima revisión de la clasificación internacional de enfermedades, trastornos mentales y del comportamiento. Criterios diagnósticos de investigación).”

93 Al respecto, la sentencia T-1015 de 2010 dice lo siguiente: “En ese sentido, cabe recordar que los menores tienen derecho a la intimidad, y que la Corte aconseja ponderar, en cada caso, entre la necesidad de aportar nuevos elementos probatorios y la eventual afectación a la integridad del niño o la niña que debe repetir constantemente hechos como los que fueron objeto de investigación penal, consideración que podría ampliarse a la decisión de extender indefinidamente las valoraciones psicológicas de Sofía.”

94 Expresamente dice la sentencia T-1015 de 2010 en nota al pie de página: “Como lo expresan diversos expertos que intervinieron ante la Fiscalía, el Síndrome de Alienación

Parental no ha sido incluido en los principales manuales de diagnóstico de trastornos mentales, como el DSM-IV (Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales) y el CIE-10 (“Décima revisión de la clasificación internacional de enfermedades, trastornos mentales y del comportamiento. Criterios diagnósticos de investigación”).

95 Corte Constitucional, sentencia T-1015 de 2010.

97 Dijo al respecto la sentencia T-1015 de 2010: “[...] fue apresurado considerar que la tardanza en la denuncia confirmaba el ánimo vengativo de la madre; ciertamente es extraño, como indica la fiscalía, que si Amparo presenciaba juegos que consideraba inadecuados desde que Sofía tenía cuatro años, solo los haya denunciado cuando la menor cumplió seis y ella se encontraba en los trámites del divorcio con su esposo. Pero es también razonable - como explicó Amparo-, que comentarios sobre los juegos de la ‘estrellita’ o el ‘caballito’ hayan sido considerados de tal gravedad para acudir ante las autoridades penales.”

98 Dice la sentencia al respecto: “se evidencia que la fiscalía incurre en el error mencionado cuando estima que habría contradicciones en el dicho de Sofía porque en su primer relato consideró los juegos como “chéveres”, y en sus últimas narraciones los calificó como “malos”, influenciada por adultos. Incluso de ser cierta esa influencia, lo relevante no es el apelativo utilizado por la menor sino la determinación de si los hechos narrados son constitutivos del tipo penal investigado y, por lo tanto, las eventuales contradicciones relevantes no son aquellas que modifican la calificación del hecho, sino las que socavan la plausibilidad del relato por referir situaciones fácticas incompatibles.”

99 Dice la sentencia T-1015 al respecto: “[...] se evidencia que la fiscalía incurre en el error mencionado cuando estima que habría contradicciones en el dicho de Sofía porque en su primer relato consideró los juegos como “chéveres”, y en sus últimas narraciones los calificó como “malos”, influenciada por adultos. Incluso de ser cierta esa influencia, lo relevante no es el apelativo utilizado por la menor sino la determinación de si los hechos narrados son constitutivos del tipo penal investigado y, por lo tanto, las eventuales contradicciones relevantes no son aquellas que modifican la calificación del hecho, sino las que socavan la plausibilidad del relato por referir situaciones fácticas incompatibles.”

100 Corte Constitucional, sentencia T-1015 de 2010.

101 Corte Constitucional. Sentencia T-173 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo). [En este caso la Corte resolvió confirmar la sentencia del juez de tutela de instancia (Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta), en cuanto resolvió conceder la tutela instaurada contra una providencia judicial (del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta), por la Corporación Nacional de Turismo, con el objeto de dar protección inmediata a su derecho de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.]

102 Ver sentencias: SU-159 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil), SU-1159 de 2003 (Manuel José Cepeda Espinosa; SV Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis), T-685 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

103 Corte Constitucional, sentencia T-102 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) En este caso se decidió en los siguientes términos: “[...] los supuestos defectos fácticos alegados por los demandantes no tiene la entidad que alegan los demandantes y por tal razón no puede prosperar la protección constitucional solicitada [; tampoco] el supuesto exceso cometido por el juez de segunda instancia al revocar una partida que no había sido objetada en la apelación surtida durante el trámite del proceso sucesorio. Tal exceso es meramente aparente pues como se señala en la providencia de la Sala de Familia el abogado de la cónyuge supérstite y los hijos menores de edad del causante en diversas ocasiones procesales (durante la diligencia de inventarios y avalúos, de manera genérica en el escrito de objeción, y de manera específica en el escrito mediante el cual sustenta la apelación al auto que aprobó el inventario y avalúo de los bienes del causante) hizo alusión a la ausencia de elementos probatorios que permitieran corroborar la existencia de los semovientes incluidos en la partida primera. Se concluye, entonces, que por ser este uno de los extremos sobre los cuales debía decidir la Sala de Familia, no incurrió en ningún exceso que haya dejado indefensa a una de las partes procesales”.