

AGENCIA OFICIOSA EN CASO DE MENORES DE EDAD-Procedencia y no aplicaci3n de rigorismo procesal en cuanto a manifestaci3n de no estar en condiciones de promover su propia defensa

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

TESTIMONIO DE MENORES DE EDAD EN INVESTIGACIONES PENALES POR DELITOS SEXUALES-Jurisprudencia constitucional

GARANTIA DE LAS VICTIMAS A LA NO REPETICION-Deber del Estado de evitar su revictimizaci3n

PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA-Definici3n

PRUEBA ANTICIPADA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Excepci3n v3lida al principio de inmediaci3n

PRINCIPIO DE INMEDIACION Y LA PRUEBA ANTICIPADA COMO GARANTIAS DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES Y DEL DERECHO DE DEFENSA

Es posible que al tenerse en cuenta la opini3n del menor 3ste se niegue a rendir testimonio, o que una valoraci3n a cargo de los profesionales lleve a la conclusi3n de que el mismo es perjudicial y, por tanto, el juez determine no practicar la prueba. As3 pues, nada se opone a que la Fiscal3a General pida, como prueba anticipada, la pr3ctica de un testimonio con el fin de prevenir la posible revictimizaci3n que significa llamar a un ni3o o a una ni3a para que se refiera a hechos acaecidos mucho tiempo atr3s. Adem3s, porque tal anticipaci3n puede prevenir la afectaci3n del contenido del mismo testimonio y proveer al proceso de material probatorio que permita la construcci3n del caso y la garant3a de contradicci3n para la persona acusada como expresi3n de su derecho a la defensa.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto no se vulneraron derechos de la menor en raz3n a que 3sta se neg3 a rendir testimonio dentro de proceso penal por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce a3os

La Corte llama la atención de la Fiscalía General de la Nación para que en las causas penales en que los menores tengan la calidad de testigos o víctimas, y dentro del ejercicio autónomo de sus funciones, contemple la posibilidad de hacer uso de la práctica de la prueba anticipada para que los menores rindan testimonio dentro del proceso, evitando la revictimización que puede significar volver sobre hechos delictivos acontecidos tiempo atrás, así como para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable.

Referencia:

Expediente T-5.645.844

Demandante:

Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación.

Demandado:

Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÁREZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo de tutela proferido, en primera instancia, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el diecinueve (19) de abril de dos mil dieciséis (2016); y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte

Suprema de Justicia, el nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2016) en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio.

I. ANTECEDENTES

1. Aclaración previa

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se involucran los derechos de una menor de edad, la Sala mantendrá la medida de protección a la intimidad que fue adoptada por los jueces que conocieron de esta acción de tutela en primera y segunda instancia, consistente en suprimir de las providencias que sean proferidas en este trámite, el nombre de la niña y de sus familiares, así como los datos e informaciones que permitan conocer su identidad¹.

En consecuencia, para efectos de identificar a las personas involucradas en el presente proceso, sus nombres completos serán reemplazados de la siguiente manera:

* La menor: XXX

* Madre de la menor: MMM

* Abuela de la menor: AAA

* Padrastro de la menor: BBB

1. La solicitud

La Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación solicitó, en sede de amparo, que se revocara el Auto que, dentro del proceso penal contra el señor BBB por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años²,

profirió la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio el 18 de enero de 2016, en el cual resolvió el recurso de apelación que decidió, entre otros aspectos, sobre la práctica de la prueba testimonial de la menor que presuntamente fue víctima del delito.

1. Hechos

3.1. La menor XXX nació el 21 de abril de 2006, por lo que para el momento de proferirse el presente fallo cuenta con 10 años de edad.

3.2. En el año 2012, cuando la menor tenía 6 años de edad, la señora AAA presentó denuncia penal contra el señor BBB, en la que informó sobre los actos de violencia sexual que, a su vez, la menor le había puesto en conocimiento.

3.3. Ante la denuncia presentada, el 8 de septiembre de 2012 la Unidad de Reacción Inmediata, en ejercicio de funciones de policía judicial, le realizó una entrevista a la menor, en compañía de su madre, en la que la niña indicó que convive con su mamá; MMM, con su padrastro BBB y unos inquilinos. Así, ante la pregunta en relación con el motivo de su presencia en ese lugar, XXX indicó que se debía a que BBB la había violado tres veces, por lo tanto la funcionaria pasó a realizar otras preguntas relacionadas con este hecho.

3.4. Al día siguiente de la entrevista ante la policía judicial, el 9 de septiembre, la menor XXX acudió con su madre al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sede Villavicencio, para que se le practicara un examen físico en razón de los hechos denunciados. Se informó que no se encontraron lesiones en el cuerpo de la menor y como conclusión del examen genital se indicó:

“Niña de 6 años de edad con genitales normoconfigurados en posición de rana se observa himen íntegro anular no elástico en posición genupectoral se observa ano normotónico forma anal y pliegues anales normales. Sin huella de trauma genital, paragenital o anal reciente. Lo cual no descarta que no hayan ocurrido”.

3.5. En informe del 3 de enero de 2013, la perito en psicología jurídica Shelia Zafra Arias, presentó resultado de la valoración psicológica realizada a la menor XXX. En dicho informe se indica que la valoración se efectuó por solicitud de la Policía Judicial y se relaciona con

el mismo número de radicado que consta en la diligencia que adelantó la Unidad de Reacción Inmediata de la que trata el numeral 2.1 de este acápite.

El informe da cuenta de la entrevista realizada a la menor el 2 de noviembre de 2012, a la cual, según el reporte de la perito, la menor se presenta “con adecuada presentación en vestuario, apariencia bien cuidada, su actitud colaboradora y entusiasta le permite enunciar permanentemente lo que piensa y lo que siente, refleja actitud de colaboración en el proceso de valoración psicológica (sic) se encuentra consiente y orientada en tiempo, espacio y persona, sin manifestar alteraciones sensorio-perceptivas ni sensorio-motoras, presenta capacidad intelectual acorde con su edad, con respuesta adecuada a estímulos que se le presentan y discriminación de los mismos, evidenciando memoria conservada a corte, mediano y largo plazo, lenguaje fluido y adecuada asociación de ideas acorde a su edad cronológica, exterioriza una apropiada autoestima, su expresión es relajada ante temas neutros con expresiones de asombro, felicidad y tristeza ante situaciones que se le manifiestan”5. Posteriormente se pasa a dar cuenta de la entrevista realizada a XXX.

3.5.1. Después de que la perito le realiza ciertas preguntas puntuales a la menor en relación con lo que significa hablar con la verdad, y otras preguntas generales, la menor responde que el motivo de su presencia en ese lugar es “porque el esposo de mi mamá me violó”6. En relación con los detalles de esta situación XXX se la pregunta que “Yo no me acuerdo de casi nada eso fue de (sic) hace tiempo”7. Y ante la solicitud de la perito para que describiera lo ocurrido la menor afirmó lo siguiente:

“O sea ¿cómo me pasó como me violó?, primero el pene me lo metió en la cola y otra vez el último día que cuando (sic) me terminé de hacer eso que cierre los ojos y habra (sic) la boca y dijo que iba a ser un bombombum y no era un bombombum era el pene (sic)”8

En consecuencia, la perito entrevista a la menor en relación con los detalles del hecho anteriormente indicado9.

3.5.2. Después de la transcripción de la entrevista, se presenta un informe con colusiones. Entre ellas las siguientes:

“- Durante la entrevista psicológica la niña XXX se observa colaboradora, sin evidenciar

alteraciones en sus procesos psicológicos, emocional, socio afectivo, cognitivo sexual y moral. Es una niña sensible y sociable que manifiesta variables psicológicas referidas a ser socialmente desenvuelta, no inhibida, con buena capacidad para lograr y mantener contactos personales.

- Durante el proceso de valoración psicológica se concluye que la niña XXX si refiere indicadores o síntomas asociadas a presuntos episodio (sic) de abuso sexual infantil.

- Por tanto no se descarta que entre las secuelas se puedan presentar ansiedad y problemas de autoestima entre otros. Por tanto se hace necesario iniciar trabajo terapéutico familiar respecto al proyecto de vida, se sugiere remisión y seguimiento a profesional en salud mental⁷.

3.6. En Auto 11778 del 28 de noviembre de 2013, la Defensora de Familia de Acacias ordenó³ apertura de restablecimiento de derechos de la menor XXX, con motivo de la denuncia presentada por su abuela materna quien aduce que se ha hecho cargo de su cuidado en razón a que la menor ha sido víctima de abuso sexual por parte del compañero permanente de su madre.

En el mencionado auto, la defensora resuelve, entre otras medidas, ordenar la ubicación provisional en medio familiar a cargo de la señora AAA, abuela materna de XXX, hasta tanto se defina el proceso de restablecimiento de derechos⁸.

3.7. El 19 de febrero de 2014, ante la URI de Villavicencio, la señora AAA, abuela materna de XXX, presentó denuncia penal en contra de su hija MMM, por la comisión del delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor contemplado en el artículo 230A del Código Penal¹⁰.

3.8. El 19 de junio de 2014, el Fiscal 16^º Seccional de Villavicencio formuló³, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, acusación contra BBB como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por los hechos puestos en conocimiento por la abuela materna de la menor XXX.

3.9. Proceso penal:

3.9.1. El 27 de agosto de 2014, se dio inicio a la audiencia preparatoria ante el Juez Primero

Penal del Circuito de Descongestión de Villavicencio. Sin embargo, por solicitud de la Fiscalía, la audiencia se suspendió, por lo que se reanudó el 18 de diciembre de la misma anualidad. A dicha diligencia, el acusado privado de la libertad, no se presentó y envió documento manifestando su voluntad de no comparecer y que se realizara en su ausencia.

3.9.2. Después de que la fiscalía y la defensa argumentaron sus solicitudes del material probatorio y acordaran ciertas estipulaciones probatorias, el juez procedió a ordenar la práctica de las pruebas que ambos extremos solicitaron exceptuando algunos testimonios, entre ellos, el de la menor XXX, “por el derecho a la no revictimización además de que se trata de una menor de edad y no se puede violentar la salud mental máxime cuando han pasado ya 2 años de la ocurrencia de los hechos”¹¹.

3.9.3. Sobre la decisión de negar la práctica del testimonio de la menor XXX, la defensa interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Una vez negado el recurso de reposición, la defensa sustentó el recurso de apelación en el sentido que debía decretarse el testimonio de la menor, por ser la directamente afectada, además que consideraba que el dictamen practicado por la psicóloga del ICBF que sustentaba la afectación de la menor no reunía los requisitos exigidos en la Ley 1652 de 2013. Por su parte, la Fiscalía y la representante de la víctima solicitaron la confirmación de la decisión, pues dicha ley aún no había entrado a regir, de manera que no podía exigirse el cumplimiento de tales requisitos. Este recurso fue concedido en el efecto suspensivo¹².

3.9.4. El 2 de febrero de 2015, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala de Decisión Penal, resolvió los recursos elevados en contra de algunas de las decisiones adoptadas por el juez de conocimiento sobre la práctica de pruebas.

En relación con el testimonio de la menor XXX, indicó que “la actual legislación procesal penal no prohíbe llevar al menor o la menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual a que rinda su testimonio en juicio, pues ninguna disposición de la Ley 906 de 2004 establece prohibición en ese sentido, como tampoco la Ley 1652 del (sic) 12 de julio de 2013”.

Adicionalmente, el Tribunal sostuvo que, incluso la Ley 1652 de 2013, en su artículo primero, se refiere a la entrevista a menores como un elemento probatorio de cara al juicio, y en el parágrafo 2º del artículo 2º la ubica como una actuación que se presenta “en

desarrollo de las etapas de indagación e investigación (â€¦) al indicar que durante esas etapas el menor o la menor víctima del delito contra su libertad, integridad o formación sexual, será entrevistada preferiblemente por una sola vez, admitiendo de manera excepcional que se haga una segunda entrevistaâ€¦13.

En estos términos la Sala de Decisión Penal consideró que, incluso, podría resultar contraproducente para la teoría del caso de la Fiscalía y para los derechos de justicia, verdad y reparación de las víctimas, prescindir del testimonio de la menor afectada, â€œoptándose por llevar la entrevista e introducirla al juicio a través del investigador que la recibióâ€¦. En tales términos el fallador advierte que â€œpuede resultar mejor evidencia el testimonio con el rigor de la contradicción, y sin riesgos de que la o las entrevistas no reúnan las condiciones y exigencias establecidas en la referida Ley 1652 de 2013â€¦14.

Al respecto, el ad quem indica que la finalidad de la norma es evitar la revictimización de menores afectados por delitos sexuales, por lo tanto prescribe que se practique un ilimitado número de entrevistas â€œlo que no puede ser tomado de manera absoluta y general, se trata es de optimizar el trato a la víctimaâ€¦. En tal sentido, el fallador afirma que le corresponde al Fiscal señalar los motivos que, en cada caso, la declaración del menor constituye una revictimización â€œcomo por ejemplo que ya ha rendido versiones sobre lo sucedido y que ello lo ha afectado, o que la misma se muestra renuente a comparecer en razón a las físicas consecuencias de los hechos de que ha sido víctima, o cuando se tiene un soporte pericial o recomendación psicológica, eventualidades que no se ha siquiera aducido en este casoâ€¦15.

En consecuencia, la Sala de Decisión Penal decidió revocar la decisión apelada y, en su lugar, ordenó que se decretara el testimonio de la menor XXX como prueba de la defensa, â€œdebiendo prevenirse al A quo para que el mismo se practique acorde con lo previsto [en] la Ley 1098 de 2006 (artículos 150 y 192 a 197), normativa que inclusive nos entrega una premisa más a favor de la tesis de que no está prohibido recibir declaración a las víctimas menores de edad, sino que deben tomarse especiales cuidados en su deposición y ante todo, tomarse en cuenta siempre su opinión, que en este caso brilla por su ausenciaâ€¦16.

3.9.5. El 26 de mayo de 2015 se dio inicio a la audiencia de juicio oral, empero, ésta fue

suspendida en varias ocasiones por distintas causas.

3.9.6. En la primera sesi3n se recibieron testimonios de varios familiares de la menor XXX, entre ellas su abuela y tambi3n la asistente de investigaci3n criminal3stica quien suscribi3 el informe de medicina legal. Se suspende la audiencia por solicitud de la fiscal3a.

3.9.7. En la sesi3n del 20 de agosto de 2015 rindi3 testimonio la m3dico forense encargada del informe t3cnico sexol3gico practicado a XXX. Asimismo se dej3 constancia de que la perito que realiz3 la entrevista a XXX el 3 de enero de 2013, vivi3a en otra ciudad, por lo que el juez de conocimiento orden3 la pr3ctica del testimonio de manera virtual y, en consecuencia, suspendi3 la sesi3n para tal efecto.

3.9.8. El 11 de noviembre de la misma anualidad, se reanud3 la audiencia de juicio oral, en la que rindieron testimonio la perito mencionada y la asistente de investigaci3n criminal3stica que recib3 la primera entrevista a XXX en la Unidad de Reacci3n Inmediata el 8 de septiembre de 2012. La audiencia se suspendi3 por solicitud de la defensa.

3.9.9. El 9 de diciembre de 2015, se instal3 de nuevo la audiencia de juicio oral y rindi3 informe la Doctora Fanny Silva Rodr3guez, en calidad de profesional del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar â€“ICBF- que le ha brindado apoyo y asistencia terap3utica a la menor. Seg3n consta en el acta de la audiencia, manifest3 que â€œtraer a juicio a la menor ser3a traum3tico para ella, que no le conviene para su integridad, para su desarrollo, para su tranquilidadâ€œ.

A partir de lo anterior, en la misma audiencia el juez de conocimiento decidi3 no llamar a testimonio a la menor, frente a lo cual la defensa interpuso recurso de reposici3n y en subsidio de apelaci3n, en el que solicita al fallador que revoque su decisi3n, toda vez que el ordenamiento prev3 mecanismos de protecci3n diferenciada para menores en estas circunstancias, y â€œes ella, precisamente la que debe dar a conocer de forma directa sobre los hechos materia de investigaci3n -pues es la 3nica que conoce la veracidad sobre los hechos actualmente es una menor de nueve a3os (sic) y est3 en capacidad de rendir interrogatorio-â€œ17.

Por su parte, la fiscal3a solicit3 al despacho confirmar la decisi3n de no llamar a testimonio

a la menor en favor de sus derechos que prevalecen, pues “obviamente será; sometida a un hecho que la revictimiza y que desconoce el plano de garantías fundamentales-por lo que hay que darla (sic) aplicación al principio de la infancia garantizando que la menor víctima ante los delitos sexuales no sea revictimizada”18.

A su vez, la representante de víctimas, se refirió al punto en el sentido que el interés superior de la menor prevalece por lo que llevarla a rendir testimonio significará una revictimización causándole gran perjuicio en su estabilidad emocional, por lo que solicita se confirme la decisión y a los señores magistrados igualmente se confirme la decisión de primera instancia19.

Finalmente, el representante del Ministerio Público apoyó la decisión del juzgado al entender que el “despacho judicial acudió a un medio absolutamente expedito para el juicio en que nos encontramos y es a través de un profesional que se logra establecer todo lo que conlleva en aras de garantizar los derechos de la menor en el caso concreto (¡) la psicóloga fue enfática en expresar el hecho de que la menor acepte o no declarar eso la va a afectar nuevamente pues la vamos a someter a una situación agresiva para ella, pues la vamos a revictimizar”.

3.9.10. El juzgado decidió no revocar su decisión en relación con el testimonio de XXX, toda vez que el concepto de la psicóloga interviniente fue claro en relación con la afectación que podrá generar en la menor, y si bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio cuando se debatía sobre este asunto, al resolver el recurso de apelación en providencia del 2 de febrero de 2015, indicó que la menor debía ser consultada, tal consentimiento no es necesario pues “como se ha escuchado a la psicóloga aquí la opinión de la menor no va a variar la decisión no va a servir de nada, el consentimiento del menor la psicóloga lo hace ver que no es valedero” pues este se puede hacer en un menor con más edad, si se interroga frente a un hecho que no le afecte y siempre y cuando la psicóloga diga que este hecho no le afecta y que queda[n] clara[s] las razones de que no le va a afectar psicológicamente- pues se trata de una menor de 10 años y no entiende el alcance de lo que es una (sic) interrogatorio un juicio”20. En consecuencia, el juez concede, en el efecto suspensivo el recurso de apelación, y suspende la diligencia hasta que éste se resuelva.

3.10. El 18 de enero de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala de Decisión Penal, resolvió el recurso de apelación en relación con la decisión del a quo de no llamar a rendir testimonio a la menor XXX dentro de la audiencia de juicio oral²¹.

El ad quem, revocó la decisión apelada por no encontrar sustento procesal para negar la práctica de dicha prueba, tal y como lo indicó al desatar el recurso de apelación en la pasada oportunidad. Así las cosas, señaló que en el anterior trámite advirtió que el fiscal debe exponer las razones concretas orientadas a demostrar los eventos en que menores resultan revictimizados con su declaración en el juicio.

Igualmente, agregó el Tribunal, al resolver el anterior recurso de apelación dentro del mismo trámite penal, había indicado que los menores cuentan con las garantías específicas para amparar sus derechos en estos escenarios y, en todo caso, la práctica del testimonio de la menor XXX se condiciona a que se contara con su opinión y disposición para ello —o que existiera alguna recomendación psicológica o soporte pericial que recomendara prescindir de tal prueba para evitar la victimización secundaria de la afectada—.

Sin embargo, el fallador observa que —en la actualidad no se presentan ninguna de las eventualidades señaladas para no proceder con la práctica del testimonio ordenado—. Al respecto, precisa que, de una parte no consta que haya habido manifestación de la menor en uno u otro sentido y, de la otra, no se halla una recomendación psicológica o soporte pericial real, actual y concreto que —concluya fehacientemente no practicar el testimonio de la infante agredida, debido al riesgo de ser revictimizada— y agrega que, si bien se escuchó a la psicóloga Fanny Silvia Rodríguez, —sus conclusiones no tienen la capacidad para determinar la no práctica de la prueba ordenada—,

Sobre lo anterior, advirtió el ad quem, no consta ningún soporte relacionado con el tratamiento dado a XXX, y se desconoce cuándo tuvieron lugar las sesiones a las que se refiere, por tanto, indica el Tribunal, no es posible —establecer que las conclusiones dadas por la psicóloga del ICBF sean producto de una valoración actual del estado psicológico de la menor afectada de cara al testimonio cuya práctica se ordenó o si las mismas son el resultado de ejercicios profesionales de meses e incluso años anteriores—. Y por último, el juez de segunda instancia consideró que las apreciaciones de la psicóloga en mención,

si bien eran producto de su experiencia profesional, resultaban generales sin referirse a la condición psicológica exclusiva de la menor.

En tal escenario la Sala de Decisión Penal, del Tribunal del Distrito Judicial de Villavicencio consideró que el a quo no había tenido en cuenta las indicaciones que el propio tribunal había realizado al resolver el anterior recurso de apelación sobre el mismo aspecto, en relación con la valoración completa y concreta de la afectación psicológica de la menor, y la opinión de la misma.

Con fundamento en lo anterior, la Sala de Decisión Penal, del Tribunal del Distrito Judicial de Villavicencio, revocó la decisión impugnada y ordenó que se practicara la prueba testimonial salvo que fueran acreditadas alguna de las situaciones indicadas en el fallo.

1. Fundamentos de la acción de tutela

El 7 de marzo de 2016, la Subdirección Nacional de Víctimas y Atención al Usuario de la Fiscalía General de la Nación interpone acción de tutela contra el auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 18 de enero de 2016, en el que ordenó la práctica del testimonio de la menor XXX, al considerar que con tal decisión se vulnera el derecho fundamental a la dignidad humana de la niña y se desconoce el principio constitucional que consagra la prevalencia de los derechos de los menores.

La tutelante fundamenta su solicitud de amparo en el cumplimiento de los requisitos que la doctrina constitucional ha desarrollado en relación con la procedibilidad de las acciones de tutela contra providencias judiciales.

4.1. Primeramente, la entidad se refiere al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad:

4.1.1. Considera que cuenta con la legitimación por activa para interponer la acción constitucional en razón a que, por una parte, (i) la solicitud se hace en favor de una menor, con lo cual se aplica la regla jurisprudencial según la cual cualquier persona se encuentra legitimada para invocar la protección de sus derechos por medio de este mecanismo judicial; por otro lado, (ii) advierte que en su calidad de entidad estatal tiene la obligación

general de actuar oportunamente para la protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, por último, (iii) porque su legitimación se derivaba de la función especial en cabeza de la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de adelantar los programas de protección de los derechos de las víctimas e impedir que sean revictimizadas.

4.1.2. Sobre el requisito general de que la acción de amparo identifique con claridad los hechos que la sustentan, la entidad observó que en la primera parte de la acción, hizo un recuento fáctico detallado de los eventos que rodearon la denuncia del delito de abuso sexual sobre la menor XXX y de los actos procesales que culminaron con el auto que reprocha en sede de tutela, lo cual le permitió soportar fácticamente su solicitud de amparo y satisfacer el requisito mencionado.

4.1.3. Posteriormente, la actora indica que, asimismo, se satisface el requisito de que se presente una afectación a un derecho fundamental, en particular, en el caso se trata de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, pues ante una norma de rango legal relacionada con la práctica de una prueba, se vulnera el interés superior de una menor que ha sido víctima del delito de abuso sexual.

4.1.4. Por otra parte, indica que se cumple con el requisito de subsidiariedad en tanto que contra la decisión reprochada no cabe recurso alguno y, además, mediante la acción de amparo se persigue evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre la menor. En relación con este asunto, la accionante sostiene que la fiscalía delegada agotó los mecanismos de controversia disponibles dentro del proceso para proteger los derechos de la menor, pues en cada oportunidad procesal solicitó la confirmación de los autos del juez penal de conocimiento en relación con la negativa de la práctica testimonial de la niña. Mientras que los recursos extraordinarios no están aún disponibles en la medida que el caso no ha sido resuelto por una sentencia.

Aunado a lo anterior, la actora afirma que la acción de tutela interpuesta pretende evitar el perjuicio irremediable que se causará a la menor el 18 de abril de 2016, fecha en la cual fue programada la audiencia de juicio oral, en la que será llamada a rendir testimonio. Ello, señala la accionante, porque como lo indicaron las especialistas, obligarle a la menor a que vuelva sobre unos sucesos que le causan sufrimiento generarán graves e irreparables

perjuicios psicológicos. En conclusión, observa que es necesaria una intervención judicial para evitar la consumación de daños irreversibles.

4.1.5. Por otro lado, indica que se satisface el requisito de inmediatez, toda vez que desde el auto atacado hasta la interposición de la presente acción, han transcurrido tres semanas, tiempo que califica de objetivamente razonable, sin que, además, a la fecha se haya practicado el testimonio.

4.1.6. Finalmente, indica que la presente acción no está dirigida contra una sentencia de tutela.

4.2. En relación con los requisitos especiales de procedibilidad la entidad indica que el auto que se reprocha incurrió en los defectos de (i) violación directa de la Constitución, (ii) desconocimiento del precedente, (iii) uno material o sustantivo y otro de tipo (iv) fáctico. Esto, a partir de las razones sobre cada aspecto que se pasan a relacionar.

4.2.1. Considera la demandante que el tribunal accionado incurrió en una violación directa de la Constitución al desconocer el mandato que reconoce el interés superior de la infancia y que se encuentra desarrollado en la jurisprudencia constitucional. Al respecto, se refiere a los criterios que en la Sentencia T-078 de 2010 se especificaron sobre las medidas de protección que requieren los menores y la previsión de oportunidades y recursos necesarios por parte del Estado para su desarrollo integral y saludable en condiciones de igualdad y libertad. Estos deberes, sostiene la tutelante, fueron desconocidos por la accionada, toda vez que la práctica del testimonio ordenado puede generar la afectación de las condiciones psíquicas de la niña, tal y como fue indicado por la perito.

Estas exigencias, advierte la actora, además han sido desarrolladas en los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, en los cuales se concreta el mencionado interés superior del menor que determina el deber de cuidado y protección especial por parte del Estado y la sociedad en general²².

Ahora bien “continúa la tutelante” en el caso de procesos judiciales en los que los menores tienen la calidad de víctimas, el mencionado interés superior se expresa en las medidas especiales que el legislador debe adoptar como desarrollo de los artículos 44 y 45

de la Constitución y de la normativa internacional que se refiere al respecto. Expresamente, la actora menciona las disposiciones contenidas en el Título II del Código de la Infancia y la Adolescencia en el que se afirma la prevalencia de los derechos de los menores y su garantía por parte de los funcionarios judiciales en los casos en que aquellos tengan la calidad de víctimas.

En este escenario, indica la entidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado la importancia de la protección de los menores en el curso de los procesos de índole administrativo o judicial, en los cuales se debe tener en cuenta su situación particular y, en todo caso, su interés superior²³. A partir de ello la entidad sostiene que «las intervenciones de las niñas y niños dentro de los procesos judiciales como testigos o víctimas deben ser mínimas y con todos los cuidados y precauciones acordes a su condición. Ello implica que deben estar acompañados por profesionales y no pueden ser expuestos a interrogatorios hostiles que provoquen una nueva victimización».

Entre las reservas que la Corte IDH exige para obtener la declaración de menores «continúa la accionante», la entidad accionante destaca aquella de que no se realicen más interrogatorios o entrevistas de las que sean necesarias con el objeto de evitar un impacto traumático en la estructura psicológica del niño o niña. De allí que, descendiendo al caso concreto, advierte la tutelante, sea necesario detenerse en los requisitos que se exigen para tomarle declaración a esos sujetos de especial protección constitucional, «para evidenciar cómo el Tribunal de Villavicencio irrespetó estos derroteros constitucional (sic) al tomar la decisión que hoy se cuestiona»²⁴.

A partir de lo anterior la demandante se detiene en las exigencias vigentes dentro de los procesos judiciales para efectos de tomar declaraciones y entrevistas a menores. Primeramente, se refiere al (i) acompañamiento profesional a menores en las actuaciones en los procesos judiciales. En tal sentido indica que el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013, establece que las entrevistas a menores víctimas de delitos sexuales deben realizarlas el personal del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación que cuente con la preparación y entrenamiento para evitar que los niños y niñas sean revictimizadas. En este mismo orden de ideas, la tutelante se refiere al artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en tanto que también allí se consagra el acompañamiento de personal profesional capacitado cuando los menores sean llamados a

rendir testimonios en procesos judiciales por delitos sexuales en los que funjan como víctimas.

Por otra parte, la actora menciona como otra exigencia dentro de los procesos judiciales (ii) la necesidad de limitar la participación de los niños y niñas en estos, toda vez que, como la Corte Constitucional lo señaló en la Sentencia T-117 de 2013, es indispensable valorar el daño que a los menores pueda causar las entrevistas o versiones que rindan. En concordancia con ello, la tutelante menciona el caso concreto resuelto en la Sentencia T-955 de 2013, en el que el este Tribunal Constitucional consideró que era posible limitar el derecho de una menor a que fuera escuchada dentro de un proceso de custodia por los daños que ello le causarían, máxime, teniendo que la menor ya había sido escuchada en reiteradas oportunidades.

Con fundamento en lo anterior la Subdirección Nacional de Víctimas y Atención al Usuario de la Fiscalía General de la Nación, concluyó que el Tribunal Superior de Villavicencio incurrió en una violación directa de la Constitución al desconocer el interés superior de la menor, el cual implica para el Estado ciertas obligaciones orientadas a la especial protección de los niños y niñas dentro de los procesos judiciales, especialmente en aquellos casos en que ellos son víctimas, y que conllevan a que se procure evitar nuevos sufrimientos y, en últimas, una revictimización.

En concreto, afirma que la menor ya había sido entrevistada por profesionales expertos en el tratamiento de menores en estas circunstancias de manera que resulta innecesaria una nueva declaración que, en cambio, termina por desconocer el interés superior de la niña consagrado en el ordenamiento nacional e internacional que advierten sobre la necesidad de restringir la participación de menores en procesos donde son víctimas. Asimismo, señala que «el Tribunal no aportó ningún elemento de juicio que permita afirmar que mediante un ejercicio de ponderación se derrotó la prevalencia, prima facie, del principio del interés superior del niño frente al derecho al debido proceso o el derecho de defensa»²⁵.

4.2.2. Por otra parte, la Subdirección Nacional de Víctimas y Atención al Usuario de la Fiscalía General de la Nación, alega que con la providencia reprochada, el tribunal demandado incurrió en la causal de desconocimiento del precedente constitucional. Para

sustentar esta causal la accionante se refirió³ a la Sentencia C-177 de 2014 en la cual esta Corporación³ había definido que acoger como material probatorio la entrevista forense practicada al menor no resultaba nugatorio de los derechos al debido proceso y defensa de la persona acusada.

Del mencionado fallo proferido por la Corte Constitucional, la actora resaltó³ la advertencia en relación con la necesidad de que en los procesos judiciales se salvaguarde la dignidad humana y se prevenga la revictimización, por lo tanto es necesario adoptar medidas dentro del proceso penal para prevenir la afectación de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular de aquellos relacionados con el abuso sexual.

En este orden de ideas la entidad accionante rescató³ el hecho que esta Corporación³, en la Sentencia C-177 de 2014, se haya referido a la prevalencia de los derechos de los menores sobre las garantías de otros intervinientes en el proceso. Así las cosas, considera que el tribunal demandado desconoció³ este precedente al ordenar la realización de una entrevista adicional a la menor, no obstante que ya existiera una entrevista forense que podría ser traída al proceso.

4.2.3. A continuación, la tutelante señaló³ que en la providencia acusada incurrió³ en un defecto material o sustantivo, toda vez que, si bien los funcionarios judiciales gozan de independencia y autonomía a la hora de adoptar sus decisiones, la jurisprudencia constitucional ha definido que no pueden apartarse de los mandatos supremos constitucionales, pues desbordan su ámbito de competencia. En el presente asunto, indica, el órgano judicial accionado omitió³, en el Auto del 18 de enero de 2016, aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 383 de la Ley 906 de 2004 y demás normas relacionadas con la obligación de rendir testimonio en el proceso penal, con la finalidad de proteger el interés superior de la menor XXX. Lo anterior lo desarrolla a partir de dos argumentos a saber:

4.2.3.1. En primer término, la actora señaló³ que someter a la menor a que tenga que rendir un nuevo testimonio años después, conduce a revivir los episodios de violencia sexual de la que fue objeto, con lo cual se genera un grave daño psicológico innecesario. Para fundamentar esta posición la demandante hace referencia a doctrina y estudios de centros de investigación extranjeros en los que se define el perjuicio y victimización

secundaria a la que se exponen los menores que son llevados ante los tribunales de justicia con el fin de narrar hechos de los que son víctimas. Sobre ello concluy³:

“una aplicación de las reglas del testimonio se encuentra acorde a los derechos fundamentales de los niños y las niñas víctimas de agresiones sexuales, implica que se reconozca que la regla general en todo caso deberá ser el adelantamiento de una única entrevista al niño o la niña y en consecuencia, la excepción, sin duda alguna, será someterlo a repetir su declaración”²⁶.

4.2.3.2. En segundo lugar, se³ que, en el caso objeto de análisis, la práctica del testimonio de una niña de 9 años sobre la presunta agresión sexual de la que fue víctima cuando tenía 6 años, es una diligencia innecesaria y desproporcionada que vulnera sus derechos fundamentales.

En este escenario, la accionante destaca la precariedad de la memoria al transcurrir del tiempo y la especial situación de los niños en quienes los recuerdos tienen menor fijación, de manera que es generalmente aceptada la idea en el ámbito procesal de realizar las entrevistas lo antes posible. Esto último “afirma” se hace aún más claro teniendo en cuenta los efectos perjudiciales en los menores que, por una parte, se somete a los menores a un sufrimiento al traerlos a recordar eventos dolorosos después de un tiempo prolongado y, por otra parte, muchas veces tratándose de este tipo de delitos de los que son víctimas, continúan teniendo relación con los presuntos abusadores, lo que genera aún mayor estrés emocional.

Con fundamento en todo lo anterior, la entidad tutelante adujo que el tribunal accionado no debió haber aplicado el artículo 383 de la Ley 906 de 2004 y demás disposiciones referidas a la práctica de testimonios, pues en el presente asunto redundan en una afectación de los derechos fundamentales de la menor XXX.

4.2.4. Por último, la accionante indica que la providencia objeto de reproche constitucional incurrió en un defecto fáctico en relación con la valoración del material probatorio que da cuenta de la afectación que un nuevo testimonio produciría en la menor.

En primer lugar, se³ala que, no obstante que el juez de conocimiento del proceso penal adoptó su decisión de negar el testimonio de la menor con fundamento en el informe

rendido por la psicóloga clínica Fanny Silva Rodríguez, mientras que el tribunal accionado, de manera arbitraria y caprichosa, excluye el concepto de la perito cuestionando la idoneidad de la misma prueba, y con ello desconoció que la prueba recaudada por el despacho de primera instancia, era un medio idóneo para acreditar la probable afectación de la niña. 27.

A lo anterior, agrega que la idoneidad de la testigo estaba certificada por su formación académica, como funcionaria del ICBF y como profesional tratante de la menor XXX. Todas estas calidades “continúa la demandante” nunca fueron desacreditadas en el proceso y, sin embargo, el juzgador accionado presume su falta de idoneidad sin fundamento alguno y exige un soporte documental de tal concepto que resulta inaceptable tratándose de una prueba testimonial como la que es objeto de discusión en la presente acción de amparo en relación con la menor.

De otra parte, la accionante se refiere al hecho que, además que el tribunal demandado descartó los elementos aportados al proceso que dan cuenta de ello, impuso una tarifa legal que no previó el ordenamiento en relación con la revictimización que significa someter a la menor a una nueva entrevista sobre los hechos de los cuales presuntamente fue víctima y exige unos elementos materiales probatorios específicos, en contravía del ordenamiento jurídico y del principio de necesidad de la prueba, en detrimento de los derechos de la niña. 28.

5. Pretensiones

Con fundamento en los anteriores argumentos la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación solicita al juez de tutela que, primeramente, decrete como medida cautelar la suspensión de la providencia acusada para evitar que, hasta tanto haya un pronunciamiento de sede de amparo, se configure un perjuicio irremediable en la menor con ocasión de la ejecución de la misma.

Asimismo, solicita que se ampare el derecho de la menor XXX a la dignidad humana, en relación con el principio de interés superior de los niños y niñas, en especial, su derecho a no ser revictimizada y, en consecuencia, sea revocado el Auto del 18 de enero de 2016, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Penal, dentro del proceso penal que cursa en contra de BBB y, en su lugar, se confirme la decisión

de primera instancia que negó la práctica del testimonio de la menor.

Por último solicitó que se ordenara al Tribunal de Villavicencio que se abstuviera de interpretaciones como la contenida en el Auto atacado, en próximas oportunidades.²⁹

6. Fundamentos de la oposición

6.1. Por parte del Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Penal, el Magistrado sustanciador de la providencia objeto de la presente acción de tutela, en un sucinto escrito solicitó que se desestimen los argumentos con los que se pretende la protección de derechos fundamentales que no se han vulnerado, para lo cual se remitió y adjuntó el mismo auto reprochado en el que se expresan con claridad los motivos de la decisión.³⁰

6.2. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, presentó escrito en el que explicó que la decisión para desistir de la prueba testimonial dentro del proceso penal tuvo como propósito proteger los derechos de la menor, pues según el concepto rendido por la profesional tratante, doctora Fanny Silva Rodríguez, en la audiencia de juicio oral, traer a juicio a la niña sería traumático para su desarrollo, afectar su tranquilidad y en síntesis serían revitimizada.³¹

Además, agrega que el anterior concepto de la profesional lo solicitó en cumplimiento de las recomendaciones que el mismo tribunal dio en su primera decisión, por lo que se ha sometido al imperio de la ley y [sic] ha propendido por garantizar los derechos fundamentales de la menor víctima en este asunto.³²

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera instancia

El 19 de abril de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia de tutela en el que resolvió (i) negar la pretensión en relación que se declare la existencia de una prohibición para que los menores de edad, probables víctimas de un delito sexual, comparezcan, en calidad de testigos, al proceso penal y (ii) amparar

el derecho fundamental a la dignidad humana de la menor.

(i) En relación con la primera de las cuestiones, el juez de tutela se±ala que, si bien el ordenamiento jurídico, en especial la jurisprudencia constitucional, prevé la necesidad de evitar al máximo la intervención de menores en los procesos penales en los que tengan la calidad de presuntas víctimas de delitos sexuales, ello no implica que, como lo afirma la parte accionante, del mismo se derive una prohibición absoluta en tal sentido. Así pues, afirma que la prevalencia de los derechos de los menores exige que se haga una valoración para determinar si pueden o no participar en calidad de testigos.

Las anteriores consideraciones llevaron al juez de amparo a concluir que el tribunal accionado realizó una valoración en función de la situación de la menor, al supeditar la práctica de la prueba a que se tuviera en cuenta la opinión de la niña y atender las recomendaciones psicológicas que, en tal caso, estuvieran dirigidas a evitar el testimonio para prevenir una revictimización. Por tanto resolvió:

“NEGAR la protección constitucional relacionada con la pretensión principal de la accionante, encaminada a que el juez de tutela declare la existencia de una prohibición para que los menores de edad, probables víctimas de un delito sexual, comparezcan, en calidad de testigos, al proceso penal”.

(ii) Sobre el segundo problema jurídico, el a quo indicó que el Tribunal accionado había condicionado la práctica del testimonio a la manifestación de la menor y a la existencia de evidencia técnica de que no se vulneraran sus derechos. Sin embargo, continuó el fallador, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, se había limitado a tener en cuenta el concepto de la psicóloga clínica Fanny Silvio Rodríguez “quien sin exponer los fundamentos empíricos de sus dicho, especuló sobre las posibles consecuencias de esa actuación”³³, lo que llevaba a concluir que el juzgado mencionado había desatendido la orden de su superior cuando desató un anterior recurso de apelación, y que hacía necesario que, en caso que no se hubiera recibido el testimonio de la menor, se haga en concordancia con la opinión de la menor y con los conceptos de los profesionales que la trataron. En tal sentido resolvió amparar el derecho fundamental a la vida digna de la menor XXX, y, por lo tanto:

“ORDENAR al Juez Tercero Penal del Circuito de Villavicencio que, previo a la

continuación de la audiencia oral en la que se recibirá el testimonio, disponga lo necesario para que la menor pueda expresar su opinión, la cual deberá producirse con acompañamiento de personal experto distinto de aquellos que han llevado su caso. Esto último, con el fin de salvaguardar a la menor de las manipulaciones de sus familiares, agentes estatales y profesionales de la salud que han comprometido su criterio sobre la viabilidad o no de su comparecencia al juicio.

Adicionalmente deberá requerir a los profesionales que trataron clínicamente a la menor para que rindan un informe sobre su estado psicológico actual. Si luego de valorar objetivamente esos elementos llega a la conclusión de la necesidad de prescindir de la práctica de la prueba, en protección del bienestar psicológico de la niña, la orden así adoptada será definitiva, no susceptible de nuevos recursos» 34.

1. Impugnación

La Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación, impugnó el fallo de tutela al considerar que con la orden de tutela proferida continúan en riesgo los derechos fundamentales de la menor XXX, pues se mantiene la práctica de la prueba testimonial no obstante que existe un dictamen de la psicóloga clínica profesional del ICBF tratante de la menor y abundante evidencia científica dentro del expediente de tutela sobre la afectación que produciría someterla a rendir un testimonio tanto tiempo después de ocurridos los hechos.

En tal sentido, la entidad señaló que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio había protegido los derechos de la menor y que, contrario a lo que afirmó el juez de tutela, se ajustó a lo dispuesto por el tribunal accionado quien al conocer en segunda instancia sobre el auto de práctica de pruebas, había indicado que el testimonio de la menor XXX debía concederse salvo que se demostrara alguno de los eventos que conllevaran a una revictimización.

Sin embargo, continúa la entidad, ni el tribunal demandado ni el juez de tutela de primera instancia dieron valor al concepto rendido por la psicóloga Fanny Silva Rodríguez, desconociendo que su calidad de profesional del ICBF y tratante de la menor XXX, además

que había sido llamada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio para que rindiera su dictamen en audiencia, sin que en la misma, o posteriormente a la representación de la defensa haya tachado o controvertido su concepto o idoneidad.

Con base en lo anterior, la tutelante solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y reitera las mismas pretensiones expuestas en la demanda de tutela.

1. Efectos de la orden de tutela

El 17 de mayo de 2016, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio celebró audiencia pública con el objetivo de dar cumplimiento a la orden de tutela impartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para tal efecto, asistieron, además de la menor XXX, una defensora de familia del ICBF y una psicóloga clínica adscrita al CAVAS, quienes manifestaron no conocer a la menor.

En el acta de la audiencia se dejó constancia que en conversación de la defensora de familia y la psicóloga con la menor, esta última  eda a conocer a viva voz que no quiere hablar al respecto- en conclusión la menor expreso (sic) que no desea declarar 35.

En mérito de lo anterior, el juez penal de conocimiento consideró que ante la negativa de la menor de declarar, resultaba innecesario requerir a los profesionales tratantes de la menor para que den cuenta de su estado psicológico actual  o anterior por cuanto esa fue su voluntad  no declarar- y mal haría el despacho entrar a imponerle lo contrario porque estaría revictimiz ndola y, por ende, vulnerando sus derechos fundamentales, a obligarla a rememorar el acontecer fáctico en contra de su voluntad. Por ello, sin más conclusiones, desde ya se anuncia que se prescindir  de la práctica de la prueba relacionada con escuchar en declaración a la menor XXX 36. (Resaltado fuera del texto original).

1. Segunda instancia

El 9 de junio de 2016, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar la sentencia de tutela de primera instancia. Para tal efecto, la Sala hizo una recopilación de las actuaciones adelantadas en el proceso penal en el que la menor ostenta la calidad de víctima, y del cual se podía establecer que, en su criterio, la práctica de su testimonio estaba supeditada a varios tipos de requisitos, entre los cuales se debe demostrar “con medio de convicción plausible”³⁷ que su consumación va a generar una victimización secundaria y, además, entre los mismos requisitos destaca que previamente se debe consultar la aceptación de la niña a practicar la prueba referida. En tal sentido, el ad quem consideró que dentro del proceso penal se acopió material que daba cuenta de que “la menor no es apta para rendir testimonio en la secuela criminal”³⁸ y, además, el juez penal, en cumplimiento de la orden de tutela, había escuchado a la niña, quien se había negado a rendir testimonio.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional, mediante Auto del 28 de junio de 2013.

1. Trámite surtido en la Corte Constitucional

2.1. En sede de revisión, esta Corporación advirtió que en el trámite de tutela no se había vinculado a las partes e intervinientes dentro del proceso penal que cursa en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio contra el señor BBB. En consecuencia, mediante Auto del 3 de noviembre de 2016, la Sala Segunda de Revisión procedió a tramitar directamente la integración del contradictorio para proteger el derecho al debido proceso de quienes podrán verse afectados por la decisión adoptada en el proceso de amparo, de

manera que ordena³ notificar: (i) al defensor del acusado dentro del proceso penal que cursa en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, con radicado 50001-60-00-564-2012-04625-00; (ii) a la apoderada de la víctima; (iii) al ministerio público; y (iv) a la fiscalía delegada, para que, si lo estimaban, dirigieran a esta Corporación escrito de intervención sobre los hechos de la presente acción constitucional, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la aludida providencia.

Adicionalmente, en el referido auto, la Corte suspendió³ los términos del proceso de la referencia de conformidad con lo previsto en artículo 64 del Reglamento Interno de esta Corporación.

2.2. El 18 de noviembre de 2016, presentó³ escrito el apoderado del señor BBB en el que solicitó³ “confirmar la decisión impugnada, es decir, negar el amparo constitucional invocado por improcedente”. Para lo cual se³ala que se confirme la decisión impugnada, es decir, que la acción de amparo sea negada por improcedente, toda vez que “ya no tendrá³ objeto la presente tutela por cuanto ya se cumplieron los presupuestos ordenados que eran precisamente que el juez tercero penal del circuito de Villavicencio que previa a la continuación de la audiencia oral en la que se reciba el testimonio disponga lo necesario para que la menor pueda expresar su opinión (”). Además, agregó³ que “lo anterior se cumplió³ a cabalidad, la menor compareció³ a la citación que le hizo el juzgado en donde fue acompañada por los profesionales requeridos para ello y ella manifestó³ su voluntad de no declarar en el juicio”³⁹.

A partir de lo anterior, el representante judicial de señor BBB concluyó³ que “cualquiera que sea la decisión de esta tutela no podrá³ variar el curso del proceso penal que está³, por terminar (”⁴⁰.

2.3. En escrito presentado el 7 de diciembre de 2016, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, indicó³ que el 29 de noviembre de 2016 “culminó³ los alegatos de las partes en la Audiencia de Juicio Oral, acto en el cual se anunció³ sentido condenatorio del fallo que ha de edificarse en contra del antes mencionado”⁴¹. Asimismo, presentó³ una solicitud en relación con la suspensión de términos dispuesta por esta Corte dentro del proceso de revisión de la tutela de la referencia, en el numeral quinto de la parte resolutive del Auto proferido del 3 de noviembre de 2016, en el sentido de que le sea aclarado “esi la

mencionada suspensi3n de los t3rminos opera para la acci3n constitucional que cursa en esa Corporaci3n y si, por el contrario, es frente al proceso penal (â€) que cursa en esta oficina contra BBB, ello con el fin de proceder a tomar la decisi3n que correspondaâ€42.

2.4. El 17 de diciembre de 2016, la FiscalÃa 16 Delegado Ante los Jueces de Circuito â€CAIVAS- Seccional de Villavicencio, remiti3 escrito a esta Corte, en el que hace referencia a los hechos que motivaron la formulaci3n de la acusaci3n penal en contra del seÃ±or BBB, los actos procesales surtidos dentro de la misma causa y que, con motivo de una orden de tutela, la menor XXX compareci3 ante el juez penal para manifestar su voluntad de no declarar en el proceso penal. En consecuencia, estima que la presente acci3n de amparo no debe prosperar atendiendo a la carencia actual de objeto de la misma.

Por Ãºltimo, indica que, no obstante que la acci3n de tutela no es una instancia consultiva, formula a esta Corporaci3n los siguientes interrogantes en relaci3n con la interpretaci3n de la Ley 1652 de 2013 y la revictimizaci3n de menores:

â€œa. Â¿Ãšnicamente se encuentran facultados los miembros del CTI para adelantar las entrevistas SATAC?

b. PodrÃa en lugares donde no haya presencia del CTI realizarse las mismas por psic3logos adscritos a defensorÃas o comisarÃas de familia o ICBF?

c. Se concurre a CTI y psic3logos adscritos a defensorÃas o comisarÃas de familia o ICBF en el mismo municipio, deberÃa preferirse al CTI?

d. Â¿La prohibici3n de entrevistas de la Ley 1652 de 2013, incluye la declaraci3n en juicio oral?

e. Â¿CuÃndo el menor ha sido solicitado como prueba de referencia y es su deseo concurrir al juicio oral, puede hacerlo?â€

f. Â¿[E]l incumplimiento de las formalidades en la recepci3n de la entrevista genera exclusi3n?â€43.

1. Presentación del caso

En la presente oportunidad, la acción de tutela objeto de estudio surge con ocasión del proceso penal que adelanta el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio en contra del señor BBB, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años⁴⁴. En el mismo proceso, para la etapa del juicio oral, la defensa del sindicado solicitó que se decretara como prueba el testimonio de la menor. Sin embargo, el juez de conocimiento negó la práctica con la finalidad de evitar su revictimización. Impugnada la decisión, el superior jerárquico la revocó en el entendido que, más allá de las garantías especiales para llevarse a cabo la práctica de testimonios de menores en estos casos, el ordenamiento no prevé una prohibición para que comparezcan. Asimismo, el a quo advirtió que en el presente caso no se observa que la menor haya manifestado su voluntad en uno u otro sentido sobre rendir el testimonio, ni que se cuente con un reporte pericial fehaciente en el que de manera concreta se pueda concluir que existiera un riesgo real de revictimización para la niña con tal práctica probatoria.

En este contexto, la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación interpuso acción de tutela para solicitar que se revoque la providencia que ordenaba la práctica del testimonio, pues consideraba que, en la medida que la menor XXX ya había rendido una declaratoria sobre los hechos en los que aparecía como presunta víctima, llamarla a rendir testimonio generaba una afectación de sus derechos e implicaba una revictimización. Sobre esta premisa solicita la revocatoria de la providencia reprochada, al considerar que la práctica del testimonio de la menor XXX en el juicio oral: (i) significa una violación directa de la Constitución por cuanto se desconoce el interés superior de la niña consagrado en el ordenamiento nacional e internacional que advierten sobre la necesidad de restringir la participación de menores en procesos donde son víctimas; (ii) desconoce el precedente constitucional fijado en la Sentencia C-177 de 2014 que reconoce la prevalencia de los derechos de los menores sobre las garantías de otros intervinientes en el proceso; (iii) incurre en un defecto sustantivo por cuanto no debió haber aplicado el artículo 383 de la Ley 906 de 2004 y demás disposiciones referidas a la práctica de testimonios, pues en el presente asunto redundan en una afectación de los derechos fundamentales de la menor XXX; y (iv) configura un defecto fáctico por cuanto no se había atendido el informe de la perito del cual se desprende la afectación que produciría en la menor al practicarse el testimonio.

El juez de tutela de primera instancia resolvió amparar el derecho a la dignidad humana de la menor, aunque para ello no accedió a lo solicitado por la accionante en el sentido de revocar la providencia cuestionada. En su lugar, ordenó al juez de conocimiento del proceso penal que adoptara las medidas para que la niña pudiera expresar su opinión en relación con la práctica del testimonio y que, además, requiriera a los profesionales tratantes de la menor para que presentaran un informe en el que dieran cuenta de su estado psicológico actual.

En cumplimiento de lo anterior, y antes de que se surtiera la segunda instancia en el proceso de tutela, el juez penal de conocimiento convocó audiencia pública en la que la menor, en compañía de una defensora de familia y una psicóloga distintas a las que ya la habían tratado, manifestó su voluntad de no rendir testimonio. En consecuencia, el fallador consideró innecesario pedir el informe sobre el estado psicológico actual de la niña, pues en todo caso ésta ya había expresado su negativa y no podía ser obligada. Por tanto, prescindió de la práctica de la prueba testimonial en controversia.

Por su parte, el juez de tutela de segunda instancia confirmó el fallo del a quo, pues en el proceso penal se había demostrado, a partir del material probatorio, los conceptos de los especialistas que advertían sobre la inconveniencia de que rindiera versión sobre hechos traumáticos del pasado, y además, se contaba con la propia manifestación de voluntad de la niña en contra de practicar la prueba, por lo que llevarla a rendir testimonio implicaría una revictimización.

Al luz de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la presente oportunidad la acción de tutela se promueve contra una providencia judicial, lo que implica que la Corte aborde su solución a partir de los requisitos de procedibilidad que la doctrina constitucional ha desarrollado; primero, de aquellos de carácter general y, en caso que todos se satisfagan, se podrá plantear el problema jurídico que surja de las causales específicas de procedibilidad alegadas por la parte tutelante.

1. Problema jurídico y esquema de resolución

En la presente oportunidad corresponde a la Corte determinar si la entidad accionada, al

proferir el auto del 18 de enero de 2016, que ordena la práctica del testimonio de la niña XXX dentro del proceso penal en el que la misma tiene la calidad de víctima del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años⁴⁵, genera una revictimización de la menor y, con ello, vulnera su derecho fundamental a la dignidad humana en relación con el principio de interés superior de los niños y niñas.

Para resolver el anterior problema jurídico es necesario tener en cuenta que el 17 de mayo de 2016, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio celebró audiencia pública con el objetivo de dar cumplimiento a la orden de tutela impartida en primera instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que la menor expresó su negativa a declarar dentro del proceso penal, por lo que en la misma diligencia el juez decidió prescindir de la práctica de la prueba testimonial.

Esta situación puede afectar el presente fallo en la medida en que, ante la coincidencia de la pretensión de la entidad tutelante con el resultado de la audiencia celebrada el 17 de mayo de 2016, no habrá lugar a proferir una orden de amparo.

En este contexto, la Corte pasará a pronunciarse en relación con (i) la procedibilidad de la acción de tutela, (ii) la pretensión elevada y su desarrollo en el presente proceso de amparo, y, en todo caso, (iii) sobre el problema jurídico indicado, relacionado con la práctica de testimonios de menores cuando son víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, en atención a que, más allá del caso concreto, se plantea un problema iusfundamental cuya relevancia amerita que este Tribunal haga un pronunciamiento para definir el alcance de los derechos involucrados en este tipo de situaciones en que se controvierte la posible revictimización de sujetos de especial protección constitucional.

1. Procedibilidad de la acción de tutela

5.1. Es preciso tener en cuenta que la acción de amparo es interpuesta por la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación en favor de los derechos fundamentales de la menor XXX. Sin embargo, esta situación no reviste, en principio, ningún problema de legitimación por activa en tanto que el mismo artículo 86

Superior prevé³ la posibilidad de la agencia de derechos al establecer que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. (Resaltado fuera del texto original).

En desarrollo de lo anterior, el Decreto 2591 de 1991, al reglamentar la acción de tutela, se refirió a la legitimación por activa en el siguiente sentido:

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. (Resaltado fuera del texto original).

En relación con el evento previsto en el segundo inciso del artículo anteriormente citado, la jurisprudencia constitucional ha fijado unos requisitos relacionados con la agencia oficiosa en sede de tutela, la cual resulta procedente siempre que se afirme que se actúa como tal y se encuentre probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela y su defensa⁴⁶.

Empero en el caso de los menores de edad, esta Corporación ha indicado que tales requisitos se flexibilizan en razón a la condición de indefensión que los menores se encuentran, y la responsabilidad del Estado de garantizar sus derechos, derivada del artículo 44 Superior y de los compromisos internacionales, de manera que cualquier persona puede solicitar ante las instituciones públicas la garantía de los derechos fundamentales de los menores sin requisitos adicionales⁴⁷.

A partir de lo anterior, en el presente asunto se encuentra superado el requisito de legitimación por activa en razón de que, en primer lugar, el sujeto objeto de la protección constitucional es una niña y cualquier persona está legitimada para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales y que, además, es una función constitucional de la fiscalía según el numeral 6º del artículo 250 “el varón por la protección de las víctimas,

testigos e intervinientes en el proceso

Esta legitimación por activa en razón al sujeto de especial protección del que se trata la presente acción de tutela, también determina el alcance del presente fallo, el cual desborda las pretensiones de la entidad accionante y condiciona al juez de tutela a que realice un estudio integral de la situación que se pone bajo su estudio, de la efectiva protección de los derechos de la menor, de la actuación de las entidades que deben garantizarlos y, en dado caso, proferir las órdenes tendientes a garantizar efectivamente los derechos afectados o prevenir su futura afectación.

5.2. Por otra parte, en la medida en que se trata de una acción de tutela instaurada en contra de una providencia judicial, es preciso tener presente que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que su procedibilidad es excepcional, por lo que se hace necesario cumplir con unos requisitos estrictos, y que en la Sentencia C-590 de 2005, fueron clasificados en dos grupos: (i) los requisitos de procedibilidad de carácter general que deben ser satisfechos integralmente para habilitar la viabilidad procesal del amparo y, entonces, sea posible pasar a abordar (ii) los requisitos o causas especiales, que determinan su prosperidad⁴⁸. Ante la presencia de alguno de estos últimos, entonces, se configura una vulneración del derecho al debido proceso. La Sentencia recién referida los organizó de la siguiente manera:

Requisitos generales de procedibilidad:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁴⁹. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio

iusfundamental irremediable⁵⁰. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁵¹. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁵². No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁵³. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela⁵⁴. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.⁵⁵

i. Requisitos o causales especiales de procedibilidad:

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

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

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

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁵⁵ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

i. Violación directa de la Constitución⁵⁶.

En este contexto, corresponde verificar, en el caso concreto, si la acción de tutela presentada satisface todos los requisitos generales de procedibilidad, y así poder pasar a analizar el objeto del reproche alegado por la accionante.

5.3. Examen del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

5.3.1. Se encuentra satisfecho el requisito de relevancia constitucional, toda vez que el asunto propuesto al examen de tutela se refiere a los derechos de una menor que, además de ser un sujeto de especial protección constitucional, en el presente caso sus derechos pueden encontrarse en un mayor riesgo, toda vez que dentro del proceso penal por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sobre el cual se presenta el reproche iusfundamental tiene la calidad de víctima.

5.3.2. En relación con el requisito de subsidiariedad la Corte encuentra que el mismo se satisface, pues la acción de tutela se presenta como el único mecanismo de defensa judicial para controvertir la providencia que ordena la práctica del testimonio al que se opone la tutelante. En efecto, es de tenerse en cuenta que la providencia reprochada en sede de amparo resuelve definitivamente sobre el recurso de apelación elevado contra el auto que ordena pruebas en el juicio penal, el cual no es susceptible de recursos.

Adicionalmente, la Corte observa que la entidad accionante ha hecho uso de los mecanismos de defensa judicial dentro del proceso penal a fin de evitar la realización de la prueba que considera nugatoria de los derechos de la menor. En tal sentido, solicita la confirmación de las decisiones del juez penal que negaban la práctica del testimonio cada vez que la defensa la objetó a través de los recursos de reposición y apelación.

5.3.3. También considera esta Corporación que se satisface el requisito de inmediatez, pues la acción de amparo se interpuso dentro un plazo razonable a partir del acto generador de la amenaza o afectación alegada, esto es, un mes después de que se hubiera proferido la providencia objeto de control constitucional.

5.3.4. Por último, se tiene que la providencia que se acusa no es una sentencia de tutela, sino una providencia adoptada en el curso de un proceso penal.

Verificados los requisitos generales de procedibilidad es posible pasar sobre los reproches específicos que la entidad tutelante elevó contra el auto proferido el 18 de enero de 2016, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala de Decisión Penal. Sin embargo, antes es preciso detenerse en las actuaciones que en el proceso penal se derivaron a partir de la orden de tutela de primera instancia, en razón a que pueden afectar el examen

de la pretensión promovida por la entidad accionante.

1. La pretensión en el caso concreto y la necesidad de un pronunciamiento de fondo

La entidad accionante acude a este proceso constitucional como agente oficioso de los derechos de la menor XXX, para solicitar que, dentro del proceso penal que cursa en contra del señor BBB por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, no se llame a la menor a rendir testimonio en la audiencia de juicio oral por considerar que, en su calidad de víctima del hecho delictivo, se le estaría revictimizando y afectando su derecho a la vida digna.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que el testimonio de la menor XXX fue solicitado en el juicio penal por la defensa del sindicado. Sin embargo, el juez de conocimiento negó su práctica por considerar que ello generaría una revictimización de la posible víctima por su condición de menor y haber transcurrido 2 años desde la ocurrencia de los hechos. Esta decisión, fue controvertida por la defensa a través del recurso de reposición y apelación. El primero fue negado, pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala de Decisión Penal revocó la decisión de primera instancia al considerar que la ley no proscribe la declaración a las víctimas menores de edad, sino que «deben tomarse especiales cuidados en su deposición y ante todo, tomarse en cuenta siempre su opinión, que en este caso brilla por su ausencia»⁵⁷.

Al reanudarse la audiencia de juicio oral dentro del proceso penal, el juez decidió no llamar a testimonio a la menor, pues los informes recibidos por los profesionales del ICBF que habían tratado a la niña, permitían concluir que traerla a juicio sería traumático para la menor. También este pronunciamiento fue impugnado por la defensa.

Al resolver la apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en providencia del 18 de enero de 2016, revocó nuevamente la decisión apelada bajo los mismos argumentos que en la anterior oportunidad y agregó que los menores cuentan con las garantías necesarias para amparar sus derechos en los escenarios judiciales y, en todo caso, la práctica del testimonio estaba condicionada a que se contara con su opinión y disposición para ello, a la vez que a los informes y recomendaciones psicológicas o el

soporte pericial referido a la conveniencia de la prueba. Todo ello como una garantía para evitar la victimización secundaria de la persona afectada. No obstante lo anterior, el fallador señala que en el proceso penal no se había consultado a la niña ni se contaba con una recomendación psicológica o soporte pericial real, actual y concreto que permita concluir que no fuera recomendable practicar el mencionado testimonio.

Con base en los supuestos fácticos descritos previamente, la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación interpuso acción de tutela para que se revocara el auto del 18 de enero de 2016, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al considerar que con esta decisión se revictimiza a la niña XXX y se desconoce el principio de interés superior de la menor, y, en su lugar, se confirme la decisión de primera instancia que negó la práctica de la prueba.

En primera instancia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decidió negar la pretensión general dirigida a que se declarara una prohibición general para que los menores de edad, probables víctimas de un delito sexual, comparezcan, en calidad de testigos, al proceso penal. Mientras que en relación con el testimonio de la menor XXX amparó sus derechos y ordenó al juzgado penal de conocimiento que, previo a la continuación de la audiencia de juicio oral, disponga lo necesario para que la menor exprese su consentimiento, y que requiera los informes de los profesionales de la salud, para determinar el estado psicológico actual de la menor, de manera que sólo así pueda valorar objetivamente si es necesario presidir de la prueba testimonial para proteger los derechos de la niña.

En cumplimiento de la orden de tutela, el juez penal celebró audiencia pública en la que se consultó a la menor sobre su voluntad de rendir testimonio en la causa penal, y ante su respuesta negativa el fallador decidió desistir definitivamente de la prueba para prevenir una revictimización de la niña.

Finalmente el juez de amparo de segunda instancia confirmó la sentencia del a quo y reiteró la necesidad de que, en casos como este, se demuestre la victimización secundaria y se cuente con el consentimiento de la menor afectada sobre la práctica de la prueba. Todo lo cual ya se había surtido en la presente oportunidad.

Como se advirtió, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resolver en primera instancia la acción de amparo ordenó al juzgado que conoce del proceso penal adelantado contra el señor BBB, que  e disponga lo necesario para que la menor pueda expresar su opinión, la cual deberá producirse con acompañamiento de personal experto distinto de aquellos que han llevado su caso . En consecuencia de lo anterior, el 17 de mayo de 2016, el juzgado celebró audiencia pública para dar cumplimiento a la orden de tutela impartida, en la que la menor XXX manifestó su voluntad de no querer rendir declaratoria, por lo que el juez del proceso penal decidió, definitivamente, prescindir de la práctica de dicha prueba.

Esta situación tiene un efecto determinante en la acción de tutela objeto de revisión, toda vez que la pretensión elevada por la entidad accionante estaba dirigida, justamente, a que la menor no fuera llamada a rendir testimonio en la audiencia de juicio oral, lo cual ya aconteció como efecto del cumplimiento de la orden del juez de amparo.

En relación con lo anterior, es preciso tener en cuenta que el artículo 86 de la Constitución Política describe la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario destinado a que toda persona pueda reclamar  la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad p blica . Esta protección  "continúa la disposición jur dica " consiste en  una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo .

Así las cosas, la Corte advierte que, como consecuencia de la intervención del juez de tutela, ha cesado la amenaza a los derechos fundamentales de la menor XXX que motivó la presente acción de amparo, relacionada con la práctica del testimonio de la niña que ya se ha excluido del proceso y, en este sentido, resulta inocua cualquier orden que se pudiera proferir en el caso concreto, por lo que tampoco es necesario ni conducente referirse a los defectos alegados contra la providencia objeto del reproche constitucional.

Sin embargo, a pesar de que no cabe proferir una orden en el caso concreto, la Corte observa que el presente asunto propone una controversia de relevancia constitucional, relacionada con la práctica de testimonios de menores dentro de los procesos penales y la aplicación de las garantías procesales involucradas, que amerita un pronunciamiento de fondo en el

que esta Corporación, como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, se refiera al alcance de los derechos fundamentales de los menores en estos escenarios, a la actuación de las autoridades involucradas en el caso objeto de revisión y, finalmente, establezca ciertas pautas para prevenir posibles amenazas futuras.

1. El testimonio de los menores en los procesos penales como una práctica judicial condicionada pero no prohibida

7.1. Inicialmente, es preciso tener en cuenta que la Constitución consagra una protección especial en favor de los niños y niñas en razón a su condición de indefensión. En particular, en el artículo 44 Superior se incluyen garantías que, entre otras, permiten ampliar sus derechos fundamentales, reconocerles la titularidad general de los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y, además, la Carta refuerza estas garantías a partir la vinculación de la familia, la sociedad y el Estado en relación con la obligación de asistir y proteger a los menores en la protección de sus derechos.

En estos términos, si bien la Constitución no se refiere expresamente a los derechos particulares de los menores involucrados en procesos penales, las garantías generales tienen aplicación en estos escenarios concretos. Pero, adicionalmente, la incorporación de los tratados internacionales enunciada anteriormente permite tener en cuenta la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989, que concretamente reconoce la obligación para los Estados parte de adoptar las medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo⁵⁸. Entre ellas se especifican las obligaciones relacionadas con reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos⁵⁹; proporcionar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas⁶⁰; garantizar el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño⁶¹ y asegurar una formación apropiada,

particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo⁶², entre otras.

Conforme con lo anterior, el ordenamiento legal colombiano ha establecido distintas medidas orientadas a proteger a los menores cuando sus derechos se vean involucrados en estas situaciones. Específicamente, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece, en el artículo 383, que el testigo menor de 12 años deberá estar asistido por su representante legal o pariente mayor de edad, y que el juez podrá disponer que la diligencia se realice fuera de la sala de audiencias.

Pero es el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) el que concreta las reglas aplicables a la práctica de testimonio de menores, en el siguiente sentido:

“Artículo 150. Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.

(!)

De manera particular, el código en mención se refiere a los derechos y garantías

especiales en favor de menores cuando son víctimas de delitos. Sobre lo cual dispuso que en los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley. En este sentido, en el artículo 193 se establecieron dos garantías puntuales que resultan determinantes en relación con los hechos que plantea el proceso de tutela objeto de revisión:

Artículo 193. Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

(¶)

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

(¶)

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

7.2. El acopio normativo referido permite concluir que la participación de menores en el proceso penal está subordinada al cumplimiento de reglas estrictas y medidas específicas de protección. En especial, cuando la niña, niño o adolescente es la presunta víctima del hecho delictual, estas medidas se refuerzan para evitar su doble victimización. Entre ellas, el ordenamiento rodea al menor, en la diligencia que lo involucra, de especiales garantías,

como el acompañamiento de familiares y profesionales especializados, o la adecuación del lugar donde se realice, de tal modo que la prueba testimonial pueda ser llevada al juez de conocimiento en la audiencia de juicio oral, minimizando sus efectos negativos. Pero de manera particular, debe destacarse que, de conformidad con las medidas de protección establecidas en el artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión.

Así las cosas, la Corte advierte que las reglas observadas en relación con la participación de los menores en los procesos penales, sobre todo cuando se trata de rendir testimonios, constituyen un imperativo para las autoridades que participan en el proceso penal, pues como lo ha sostenido esta Corporación [1] la normativa interna, la jurisprudencia constitucional y varios organismos internacionales han sentado importantes directrices que deben guiar los procesos judiciales penales en los que los niños intervienen como víctimas y testigos, con la finalidad de promover la realización de sus derechos. Estas directrices deben orientar no solamente el trámite del proceso, sino también las decisiones que se adoptan en materia de decreto y práctica de pruebas -como exámenes médicos y testimonios-⁶³. (Resaltado fuera del texto original).

Por lo tanto, la autoridad judicial está vinculada por las reglas procesales que protegen a los menores y le corresponde realizar un análisis en los anteriores términos sobre la posible afectación que le pueda generar la práctica probatoria, lo cual obedece a un examen caso a caso de las garantías que el proceso ofrece a los niños y niñas a la hora de rendir testimonios, y de las circunstancias individuales del menor en razón a la valoración profesional de su estado psicológico y su opinión respecto la realización de diligencia procesal. Lo que en última instancia puede concluir en la decisión de practicar el testimonio, adoptar medidas específicas o prescindir del mismo.

7.3. Visto lo anterior, debe resaltarse que el ordenamiento jurídico no establece, como parece afirmarlo la entidad accionante, una prohibición general para que los menores sean llamados al juicio oral a rendir testimonio, o que la práctica de dicha prueba constituya, en sí misma, una revictimización. De hecho, la normatividad a la que se hizo referencia establece las reglas aplicables para que los niños y niñas acudan a las casusas penales atendiendo a la protección de sus derechos y, en todo caso, a partir de un análisis objetivo

e integral de la situación concreta que comprenda consultar su opinión sobre la práctica del testimonio.

7.4. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte no observa que en la providencia reprochada en sede de tutela se estuvieran desconociendo los derechos fundamentales de la menor XXX. Incluso, el auto cuestionado hace un reproche en el sentido que el juez penal de conocimiento no habría realizado una valoración objetiva para determinar la posible afectación de la menor al rendir el testimonio, ni tampoco la práctica de la prueba se habría condicionado a la voluntad de la niña. En efecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio ordenó que, en principio, se practicara el testimonio, salvo que se acreditaran las razones objetivas que indicaran la inconveniencia para la salud de XXX o su voluntad en contrario.

En este sentido, la cesación de la amenaza de los derechos de la menor alegada por la tutelante tuvo lugar con ocasión de las diligencias que se llevaron a cabo a fin de determinar la posible afectación a la menor y conocer su consentimiento. Diligencia que realizó el juez penal de conocimiento a la luz de las indicaciones que realizó la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en dos oportunidades, y la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, como juez de tutela de primera instancia. Así pues, la carencia actual de objeto no se derivó de que las entidades vinculadas en sede de tutela hayan accedido a las pretensiones de la entidad tutelante.

7.5. En efecto, esta Corte avala la actuación del juez de tutela de primera instancia, cuyo fallo fue confirmado por el ad quem, pues partió de los presupuestos constitucionales y legales que permiten la participación de menores como testigos en los procesos penales, a partir de la protección iusfundamental que significa atender a su situación de indefensión para que se adopten las medidas apropiadas para su intervención, dentro de lo cual es necesario tener en cuenta su opinión en relación con la práctica de la prueba. Decisión que, por consiguiente, será confirmada por esta Sala.

7.6. Por lo contrario, la Corte advierte, a partir de las circunstancias del caso objeto de revisión, que la forma como la Fiscalía General de la Nación está procediendo no se corresponde con una interpretación iusfundamental de las normas que regulan la participación de menores en los procesos penales en armonía con las garantías que rigen

el proceso penal.

En concreto, la Fiscalía parte de una premisa equivocada en la que formula una prohibición (casi absoluta) en la que los menores no pueden rendir testimonio cuando previamente hayan realizado una declaratoria de los hechos por generarse una revictimización. Al respecto, la Corte ha sido enfática en señalar que el ordenamiento jurídico ha dispuesto los mecanismos y garantías para que esta prueba se pueda practicar en atención a la protección de sus derechos y la prevención de los perjuicios para su salud mental, entre ellos, la revictimización. De manera que corresponde al juez de conocimiento realizar una valoración integral que incluya, antes que todo, la manifestación de voluntad del niño o de la niña afectada que le permita determinar la conveniencia de practicarlo y, en dado caso, las condiciones para ello.

De hecho, esta Corporación advierte que la indebida aproximación que hace la Fiscalía de las normas en comento, puede estar generando una práctica colateral en el curso de las causas penales en la que abandona la aplicación garantista del principio de inmediación de la prueba y de los mecanismos que le otorga el proceso penal para prevenir que los menores se sometan a las condiciones de revictimización que, justamente, reprocha en el escrito de tutela. Así las cosas, la Corte pasará a pronunciarse sobre la aplicación de la prueba anticipada como una medida que puede prevenir este tipo de amenazas a los derechos fundamentales de los menores involucrados en proceso penales.

1. El principio de inmediación y la prueba anticipada como garantías de los derechos de los menores y del derecho a la defensa

8.1. Un aspecto determinante a la hora de abordar la práctica del testimonio de menores, es su incorporación al proceso en calidad de prueba como elemento fáctico a tener en el juzgamiento, pues, a diferencia de una declaración o cualquier intervención de un sujeto procesal en la etapa de investigación, la práctica de las pruebas en el juicio oral tiene unas consecuencias probatorias determinantes.

Lo anterior, en la medida en que en el proceso penal acusatorio la inmediación de la prueba es un principio que cobra especial relevancia, y que se manifiesta desde su formulación en

el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en los siguientes términos:

“Artículo 16. Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías”⁶⁴.

8.2. En consecuencia, cobra valor probatorio el hecho que el testimonio sea incorporado en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, y no sobra insistir en que esta inmediación, en el caso de la práctica probatoria en que intervienen menores, pasa por el cumplimiento de unas exigencias y condiciones que garanticen su protección y eviten la revictimización, y una vez satisfechos, es posible que el material probatorio derivado de su participación puede ser valorado en el juicio oral como plena prueba. Todo lo cual, además, redundará en una garantía relacionada con el derecho a la contradicción de la prueba como presupuesto del derecho a la defensa del acusado.

Ahora bien, como se venía indicando, nada obsta para que, en el caso de los testimonios de menores, una valoración objetiva de las circunstancias fácticas y la condición particular de un menor lleve al funcionario judicial a concluir que su intervención sea perjudicial y/o genere revictimización, con lo cual, la protección especial al menor derive en el desistimiento de la prueba. En tal sentido, esta Corporación ha sostenido que “si bien el funcionario judicial goza de discrecionalidad para ordenar la recolección de elementos materiales probatorios de oficio, no puede decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño”⁶⁵.

Pero, en sentido contrario a lo dispuesto en el recién citado artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, prescindir de la práctica del testimonio, en aplicación del principio constitucional de la primacía de los derechos de los niños y niñas, implica la pérdida de esta calidad probatoria.

8.3. Lo anterior tiene especial relevancia cuando se trata de delitos sexuales contra menores “como en el proceso que es objeto de revisi3n en la presente oportunidad”, pues si bien la notitia criminis puede darse por una declaraci3n de la presunta v3ctima, este no es m3s que un acto previo a la etapa de juzgamiento que no goza del valor probatorio que tendr3a si se incorpora al proceso en la etapa del juicio y cumple con los presupuestos de inmediaci3n, concentraci3n y contradicci3n.

En este escenario, la incorporaci3n del testimonio de un menor al juicio oral, con observancia de las condiciones y requisitos que el ordenamiento ha previsto para la protecci3n de sus derechos y evitar la revictimizaci3n, tiene como consecuencia, no s3lo dotar esta pieza procesal de valor probatorio para la construcci3n completa del caso, sino, adem3s, garantizar el derecho a la defensa de la persona acusada quien solamente dentro del juicio puede contradecir el material probatorio.

8.4. Sin embargo, no puede pasarse por alto una circunstancia temporal que es advertida a partir de los elementos f3cticos que proporciona el proceso de tutela objeto de revisi3n, en el sentido que en muchas ocasiones la ocurrencia de los hechos dista lejanamente en el tiempo del momento en que se decretan y practican las pruebas en el juicio oral. Lo que, inevitablemente puede, no solo comprometer la veracidad del relato a cargo de una persona menor de edad presuntamente v3ctima o testigo, sino que tambi3n puede ser un elemento de revictimizaci3n para el menor que recuerda sucesos pasados que ha olvidado o quisiera olvidar.

En efecto, la distancia entre la ocurrencia de los hechos y la audiencia de juicio oral puede afectar el medio probatorio como efecto del olvido o imprecisi3n f3ctica a la que est3 sometida la memoria de los ni3os y ni3as, la influencia que hasta la realizaci3n del juicio oral puedan ejercer personas cercanas y, en 3ltimas, los perjuicios en la salud de la presunta v3ctima sometida nuevamente a enfrentar, tiempo despu3s, hechos dolorosos que no quiera o no pueda recordar. (Circunstancias, todas ellas, que han sido expuestas por la entidad accionante en el proceso de tutela de la referencia).

Entonces, esta circunstancia temporal puede conducir a que, finalmente, la prueba testimonial resulte inocua y que, en cambio, tenga una gran probabilidad de generar una revictimizaci3n en el menor por lo que el juez deba desistir de la misma.

8.5. Así pues, la decisión garantista de prescindir del testimonio en protección del menor, genera, por otra parte, un déficit probatorio dentro del proceso, sobre todo ante la importancia que en ciertos casos puede revestir el testimonio de los menores cuando, siendo las posibles víctimas, resultan ser la fuente directa para la construcción de los presupuestos fácticos. Por un lado, este déficit se manifiesta en que la acusación pierde elementos probatorios trascendentes causando posibles eventos de impunidad; y, en sentido opuesto, el déficit puede afectar el derecho a la defensa del acusado, cuya responsabilidad resultará valorada con base en una declaratoria que no está sometida a contradicción pero que, como lo ha reconocido la Corte, en los casos de delitos de abuso sexual sobre menores de edad las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse (véase!) debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima⁶⁶.

8.6. Ante esta eventualidad, en la que el paso del tiempo puede generar una revictimización de los menores y afectar el medio probatorio, debe tenerse en cuenta que la estructuración y lógica del proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, prevé la posibilidad de que se practiquen pruebas anticipadamente para luego incorporarlas al juicio oral. Al respecto, el artículo 284 establece que «durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente», para lo cual la misma norma establece como requisitos que (i) sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías, que (ii) sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112, (iii) que sea solicitada por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y, además exige que (iv) se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

A su vez, por la naturaleza de la prueba anticipada, al realizarse en una audiencia ante el juez de control de garantías y con los mismos requisitos del juicio oral, son exigibles y obligatorias las medidas a favor de los menores para que el testimonio no afecte su salud mental y que en líneas anteriores ya se han indicado. En este contexto, es posible que al tenerse en cuenta la opinión del menor éste se niegue a rendir testimonio, o que una valoración a cargo de los profesionales lleve a la conclusión de que el mismo es perjudicial y, por tanto, el juez determine no practicar la prueba.

Así pues, nada se opone a que la Fiscalía General pida, como prueba anticipada, la práctica de un testimonio con el fin de prevenir la posible revictimización que significa llamar a un niño o a una niña para que se refiera a hechos acaecidos mucho tiempo atrás. Además, porque tal anticipación puede prevenir la afectación del contenido del mismo testimonio y proveer al proceso de material probatorio que permita la construcción del caso y la garantía de contradicción para la persona acusada como expresión de su derecho a la defensa.

8.7. En consecuencia, la Corte llama la atención de la Fiscalía General de la Nación para que en las causas penales en que los menores tengan la calidad de testigos o víctimas, y dentro del ejercicio autónomo de sus funciones, contemple la posibilidad de hacer uso de la práctica de la prueba anticipada para que los menores rindan testimonio dentro del proceso, evitando la revictimización que puede significar volver sobre hechos delictivos acontecidos tiempo atrás, así como para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable.

8.8. En este orden de ideas, la Corte pasará a resolver sobre el presente asunto, de conformidad con las consideraciones que anteceden, para confirmar los fallos de tutela proferidos por los jueces de instancia.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 decretada.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2016, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, confirmó la sentencia proferida el 19 de abril de 2016, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tercero.- LÍMBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO P  REZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOS   LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA S  CHICA M  NDEZ

Secretaria General

1 La decisi  n de excluir de cualquier publicaci  n los nombres originales de menores implicados en procesos de tutela, as   como los de sus familiares, como medida de protecci  n ha sido adoptada -entre otras- en las siguientes sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002 y T-510 de 2003.

2 Art  culo 208 del C  digo Penal.

4 Cuaderno 3, folios 9 y 10.

5 Cuaderno 3, folios 13 y 14.

6 Cuaderno 3, folios 14-20.

7 Cuaderno 3, folio 23.

8 Cuaderno 3, folio 26.

9 Cuaderno 3, folio 28.

10 Cuaderno 3, folios 29 y 30.

11 Cuaderno 3, folio 41.

12 El acta de la audiencia preparatoria consta en el Cuaderno 3, folios 40-42. Mientras que en relación con la sustentación del recurso de apelación ante la negativa a la práctica del testimonio de la menor XXX, se encuentra en el auto por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala de Decisión Penal, resuelve dicho recurso, en el Cuaderno 3, folio 45.

13 Cuaderno 3, folio 49.

14 Cuaderno 3, folio 49.

15 Cuaderno 3, folio 50.

16 Cuaderno 3, folios 50 y 51.

17 Cuaderno 3, folio 58, anverso.

18 Cuaderno 3, folio 58, anverso.

19 Cuaderno 3, folio 58, anverso.

20 Cuaderno 3, folio 59.

21 Cuaderno 3, folios 60-66.

22 Al respecto se menciona el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 19 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, el artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

23Cita la Opinión Consultiva OC-1708 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo

102.

24 Cuaderno 2, folio 38.

25 Cuaderno 2, folio 42.

26 Cuaderno 2, folios 52 y 53.

27 Cuaderno 2, folio 57.

28 Cuaderno 2, folio 59.

29 Cuaderno 2, folio 61.

30 Cuaderno 2, folio 84.

31 Cuaderno 2, folio 95

32 Cuaderno 2, folio 96.

33 Cuaderno 3, folio 112

34 Cuaderno 2, folios 113 y 114.

35 Ibídem.

36 Cuaderno 3, folio 104.

38 Cuaderno 3, folio 111.

39 Cuaderno 1, folio 23.

40 Cuaderno 1, folio 23, anverso.

41 Cuaderno 1, folio 23, anverso.

42 Cuaderno 1, folio 37.

43 Cuaderno 1, folios 43 y 44.

44 Artículo 208 del Código Penal.

45 Artículo 208 del Código Penal.

46 Ver, entre otras, las sentencias T-569 de 2005, T-693 de 2004, T-061 de 2004, T-863 de 2003, T-1135 de 2001, T-452 de 2001, y la T-236 de 2000.

47 Al respecto, la Sentencia T-120 de 2009, T-551 de 2014.

48 Respecto a los requisitos generales y los específicos en términos de viabilidad procesal y prosperidad de la acción de tutela ver las Sentencias T-933 de 2012, T-1047 de 2012 y T-265 de 2014. En esta última se indica:

“En la Sentencia C-590 de 2005, siguiendo la postura de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales, se planteó que si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos el juez constitucional puede analizar y decidir una causa elevada contra sentencias judiciales. Dentro de estos requisitos pueden distinguirse unos de carácter general que habilitan la viabilidad procesal del amparo, y otros de carácter específico que determinan su prosperidad”.

49 Sentencia 173 de 1993.

50 Sentencia T-504 de 2000.

51 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315 de 2005.

52 Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000.

53 Sentencia T-658 de 1998.

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

55 Sentencia T-522 de 2001.

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

57 Cuaderno 3, folios 50 y 51.

58 Artículo 8, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

59 Ibídem, artículo 8, numeral 1, literal a).

60 Ibídem, artículo 8, numeral 1, literal d).

61 Ibídem, artículo 8, numeral 3.

62 Ibídem Artículo 8, numeral 3.

63 Sentencia T-843 de 2011.

65 Sentencia T-843 de 2011, la cual se refiere a la Sentencia T-554 de 2003.

66 Sentencia T-554 de 2003. Es necesario tener presente que esta providencia se profirió³ previa expedición del Código de Procedimiento Penal actual (Ley 906 de 2004) y del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).