

T-117-13

Sentencia T-117/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reglas de procedencia y procedibilidad conforme a la sentencia C-590/05

DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO FACTICO-Se estructura siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, atribuibles a deficiencias probatorias del proceso

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa de la prueba por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso

Ocurre cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración

El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del

proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.

## PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

Existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan. En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44).

## ALCANCE E INTERPRETACION DEL ARTICULO 33 DE LA CONSTITUCION POLITICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL

La Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 Superior constituye una prebenda procesal del imputado que implica para quien va rendir el testimonio que el funcionario judicial haga la advertencia de la garantía instituida a favor del procesado pero sobre todo que no se obligue a declarar en consideración a los lazos familiares, actividades profesionales y al derecho de no autoincriminarse. el deber que imponen la Constitución y la Ley, que debe ser cumplido por el funcionario judicial al momento de recepcionar el testimonio es el de no obligar, constreñir, forzar, presionar u obligar al testigo a declarar en contra de las personas contenidas en el artículo 33 Superior. Por consiguiente, lo

trascendente es que durante el acto judicial no sea transgredido el derecho fundamental, vale decir, que se respete la garantía. Por consiguiente, el alcance de la excepción al deber de declarar, la Corte Suprema tiene por sentado que lo fundamental, para garantizar su cabal respeto, es no obligar a la persona a testificar, sino velar porque lo haga en forma libre y voluntaria, razón por la cual no resulta trascendente el olvido de ponerle de presente el derecho a no declarar.

#### ENTREVISTA FORENSE DEL MENOR VICTIMA DE DELITOS SEXUALES-Declaración libre y espontánea del menor sobre los hechos materia de investigación

La entrevista forense a la víctima en el proceso penal es un elemento central al inicio de la actividad investigativa, ya que de la información obtenida de esta fuente primaria, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sinnúmero de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo, y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas. El objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación esto debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad, en el que se tenga en cuenta por el entrevistador el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños. Es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y conainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de una ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor. Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.

#### INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y PRINCIPIO PRO INFANS-Caso en que no se tuvo en cuenta testimonio de menor de 6 años en proceso por delito sexual abusivo con menor de 14 años,

por cuanto no se le hizo la advertencia que no estaba obligada a declarar contra su tío

Si bien la medida de excluir la prueba persigue un fin legítimo, el cual era la defensa de los derechos del investigado, resultaba desproporcionado en el caso concreto pues no tuvo en cuenta, la edad de la menor y el carácter meramente formal de la advertencia por su incipiente madurez psicológica y la gravedad del delito investigado así como la relevancia de la prueba para esclarecer los hechos. El error fue protuberante al interpretar equivocadamente el contenido y alcance del artículo 33 de la Constitución y lo que se causó fue que se ignorara la fuerza del testimonio de una niña de seis años que con gran esfuerzo le contó a las autoridades las situaciones perturbadoras vividas en contra de su integridad, en conclusión el Tribunal accionado impidió que la niña fuera oída y con ello que se reparará el daño sufrido y las garantías constitucionales sobre sus derechos. En esta medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, principio que del cual se apartó el fallo cuestionado. El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad. En este sentido, se reitera se exigía una interpretación constitucional acorde con los derechos de la niña, es decir, no bastaba una interpretación aislada de las garantías constitucionales como en este caso la contenida en el artículo 33 Superior sino que había que garantizar que tal interpretación resultará armónica con el sistema de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Procedencia por cuanto no se tuvo en cuenta entrevista forense a menor de 6 años en proceso por delito sexual, por cuanto no se le hizo la advertencia que no estaba obligada a declarar contra su tío

Referencia: expediente T-3484833

Acción de tutela instaurada por Andrés Gonzáles Tamayo Fiscal Sexto Seccional Caivas de Pereira contra del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal.

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D.C. siete (7) de marzo de dos mil trece (2013)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Alexei Julio Estrada, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en la acción de tutela interpuesta por Andrés Gonzáles Tamayo Fiscal Sexto Seccional Caivas[1] de Pereira contra del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes:

1.1 Hechos

1.1.1. Sostuvo la parte accionante que el 23 de junio de 2011 se recibió una llamada proveniente de la Casa de Familia en la que se informaba que se encontraba una menor que presuntamente había sido víctima del delito de abuso sexual por parte de su tío.

1.1.2. Por consiguiente, dentro de las labores investigativas informó el Fiscal-actor que se entrevistó con la mamá de la menor víctima, AA quien comunicó que desde principios del mes de junio, la menor Y.A.G.G. indicó que le dolía y ardía al orinar y que su tío BB le había metido el pene en la vagina y en la boca.

1.1.3. Posteriormente, se traslado a la menor a la valoración médico legal, en la que se concluyó: “la valoración médico legal de la menor no fue fácil, la niña estuvo muy ansiosa muy deprimida con llanto casi incontrolable, al examen genal (sic) se observan genitales extremos femeninos infantiles con himen integro no elástico lo que indica que no ha sido desflorado.”[2]

1.1.4. Agregó el accionante que el 24 de junio de 2011, la Defensora de Familia, Marina Agudelo Zapata en presencia de AA madre de la menor y un investigador de la Sijin, entrevistó[3] a Y.A.G.G. con el fin de que la entrevistada relatará lo que sucedió con su tío y además analizar el posible impacto en su salud mental.

1.1.5. En consecuencia, el 7 de julio de 2011 se captura a BB y se le imputan cargos por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y por consiguiente se expide medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

1.1.6. El 5 de marzo de 2012 agregó el Fiscal que se dio inicio a la audiencia de juicio oral[4] ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda, en la que la Fiscalía solicitó que se admitiera como prueba de referencia la entrevista rendida por la menor Y.A.G.G. ante la Defensora de Familia, toda vez que la menor y su mamá por las circunstancias del caso abandonaron el país. Sin embargo, la petición fue negada por la Juez de conocimiento, por considerar que al momento de rendirse la entrevista la Defensora de Familia, no advirtió a la menor que no estaba obligada a declarar contra su tío de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Constitución Política.

1.1.7. Afirmó el Fiscal que contra la decisión de la Juez de conocimiento se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Penal, quien confirmó la decisión de primera instancia en el mismo sentido.

1.1.8. Asegura el Fiscal que con la decisión de excluir la entrevista de la menor se deja sin piso probatorio el proceso penal, impidiendo que con ello se garantice el derecho a la verdad, justicia y reparación de la niña.

1.2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados anteriormente el ciudadano Andrés González Tamayo, actuando como Fiscal Sexto Seccional Caivas de Pereira, Laura Agudelo Manga-Representante de la menor y Mariana Agudelo-Defensora de Familia Centro Zonal Pereira Caivas requirieron el amparo de tutela para proteger los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de la menor Y.A.G.G, los cuales consideraron fueron vulnerados por el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal y solicitaron:

A. Decretar medida provisional consistente en suspender la continuación de la audiencia de juicio oral, hasta tanto se resuelva la presente acción de tutela.

### 1.3. Respuesta del demandado

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, se ordenó mediante oficio del 13 de abril de 2012, la notificación de la parte accionada, Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal, así como a Mariana Agudelo Zapata Defensora de Familia Centro Zonal Pereira Caivas y a Laura Agudelo Manga representante legal de la víctima.

El Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda indicó que en el caso seguido contra BB por la conducta penal de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en razón al recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Sexto de Caivas se suspendió la audiencia de juicio oral, pero al haberse decidido el recurso se reprogramo nuevamente para el 14 de mayo de 2012.

Por su parte, el Tribunal accionado mencionó que mediante sentencia proferida el 27 de marzo de 2012 resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas en la que se negó la entrevista a la menor Y.A.G.G. Consideró el Tribunal que en el caso concreto se presentaba una tensión entre dos derechos, de un lado los derechos de la menor víctima a que el Estado investigue los presuntos hechos cometidos en contra de su integridad y de otro lado, el interés individual del procesado a que el juicio adelantado en su contra se celebre con las garantías del debido proceso.

En particular, el Tribunal accionado concluyó “que en esta hipótesis deberían tener más relevancia el derecho del procesado a ser juzgado (sic) según las garantías consagradas en el debido proceso”, por lo que efectivamente debía excluirse como medio probatorio la entrevista rendida por la ofendida, toda vez que se omitió darle a conocer que no estaba obligada a declarar en contra de su tío.

La Defensora de Familia Marina Agudelo Zapata, sostuvo que en las distintas actuaciones que se lleven a cabo con niños, niñas y adolescentes siempre se debe responder a la premisa fundamental “El niño en primer lugar” y precisamente dicha premisa fue la que respeto al momento de entrevistar a la menor Y.A.G.G., toda vez que la entrevista se desarrollo en un ambiente de confianza y cordialidad a fin de que la menor relatara con toda tranquilidad la situación de la que fue víctima.

Afirmó que la edad en la que se encontraba la menor al momento de la entrevista (6 años) no le permitía comprender conceptos de alta complejidad como lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y, apoyo su teoría con explicaciones científicas que describen como debe ser la participación de un menor al momento de rendir testimonio en procesos penales. Al respecto mencionó: “los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a su edad específica evidencian características comportamentales, emocionales e intelectuales diferenciales y que no se podría de forma rígida, poco científica y sin sentido humano pretender que los niños y niñas comprendan o interioricen aspectos para los que aún no están preparados.” [5]

De otro lado, indicó que en el caso de la menor la salvedad del artículo 33 de la Constitución Política se realizó a la mamá de la misma, a fin de no generar efectos adversos en la menor y mantener el clima de confianza y cordialidad indicado en los protocolos científicos.

Por último, señalo que lo trascendental en este proceso “es que a la niña le fueron vulnerados sus derechos, afectando su integridad física y psicológica” y que los procedimientos adelantados han buscado reparar el daño sufrido y garantizar sus derechos.

#### 1.4. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

Del material probatorio que obra en el expediente la Sala destaca lo siguiente:

- Fotocopia del fallo proferido el 27 de marzo de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito de Pereira Sala de Decisión Penal. (fl. 44-61 del cuaderno principal).
- Fotocopia del escrito de acusación del proceso penal adelantado en contra de BB. (fl. 1-6 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia de la boleta de detención de BB. (fl. 11 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia del documento que contiene la audiencia de formulación de acusación. (fl. 13-16 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia del documento que contiene la audiencia preparatoria (fl. 17-21 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia del fallo proferido el 5 de marzo de 2012 por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas. (fl. 25-31 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia del documento que contiene la continuación de audiencia de juicio oral (fl. 61-64 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia de la historia clínica decepcionada en urgencias en la que describe la enfermedad actual así: paciente que le manifiesta a la madre que el tío materno “la estaba tocando que además le introducía el pene en la vagina en dedo pequeñito, la cogía de las manos y también se los introdujo (sic) en la boca. (fl. 1-2 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia del informe de medicina legal practicado a la menor Y.A.G.G. (fl. 6-7 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia de la entrevista realizada a la mamá de la menor. (fl. 8-11 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia de la entrevista realizada a la menor Y.A.G.G. (fl. 11-12 cuaderno proceso penal).
- Fotocopia de la certificación expedida por la Psicóloga Social, Luz Amparo López

López. (fl. 21-22 cuaderno de tutela)

## 1.5. Decisión judicial objeto de revisión

### 1.5.1. Sentencia de única instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) decidió negar la acción instaurada.

Determinó que en este caso en particular se encuentra en curso el proceso penal y al estar pendiente la audiencia de juicio oral sin que hasta el momento se haya dictado sentencia de primera instancia los afectados tienen la posibilidad de reclamar dentro del proceso ordinario penal el respeto de las garantías constitucional supuestamente violadas. En consecuencia, la acción de tutela se torna improcedente al no haberse finalizado el proceso penal en contra de BB.

Concluyó entonces el alto Tribunal “que el actor se vale de la acción de tutela como un mecanismo alternativo o coetáneo a los medios de defensa judicial ordinarios, desconociendo el carácter subsidiario de la primera.” Por consiguiente, se negó el amparo.

## II. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del primero (01) de octubre de dos mil doce (2012), con base en lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 y los artículos 179 y 180 del CPC, se ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

PRIMERO. ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se solicite al Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente comunicación aporte la carpeta sobre el caso radicado 660016000035201102391 en contra de BB, víctima Y.A.G.G. por la conducta de Acto Sexual con Menor de 14 años, incluyendo la entrevista realizada a la menor víctima.

SEGUNDO.-ORDENAR que por Secretaría General se solicite a Andrés González Tamayo en su calidad de Fiscal Sexto Seccional de Caivas Pereira[6] que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente comunicación, informe de manera puntual:

(i) si se llevó a cabo el juicio oral en contra de BB programado para el 14 de marzo de 2012 y cual fue el resultado de dicha diligencia, así como su situación procesal en la actualidad.

En cumplimiento de lo anterior, el nueve (09) de octubre de de dos mil doce (2012), el Fiscal Sexto Seccional Caivas, José Fabio Salazar dio respuesta a los interrogantes planteados por la Sala de Revisión, en los siguientes términos:

“En atención a su solicitud contenida en el oficio OPTB-708 de 2012, me permito comunicarle que contra el ciudadano BB se llevó a cabo ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, audiencia de juicio oral durante el día 5 de marzo, fecha en que se apela la decisión del Juzgado al excluir el testimonio de la menor víctima, el 23 de marzo la Sala Penal del Tribunal Superior confirma la decisión del A quo, y el 14 de mayo de 2012 se continua el juicio y se profiere el sentido del fallo absolutorio.

Situación procesal actual. Pendiente de lectura de sentencia, la que estaba programada para el día 10 de octubre próximo, siendo cancelado por el Juzgado.”

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 3.1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 3.2. Problema jurídico y planteamiento del caso

El ciudadano Andrés González Tamayo, actuando como Fiscal Sexto Seccional Caivas de Pereira, coadyuvado por Laura Agudelo Manga-Representante de la menor Y.A.G.G. y Mariana

Agudelo-Defensora de Familia Centro Zonal Pereira Caivas, interpuso acción de tutela en contra del fallo proferido el veintisiete (27) de marzo dos mil doce (2012) por el Tribunal Superior de Pereira, que confirmó la providencia dictada el cinco (5) de marzo de la misma anualidad por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda, al negar la entrevista forense realizada la Defensora de Familia por no haberse realizado la salvedad del artículo 33 de la Constitución Política.

Sostuvo el accionante que tuvo conocimiento de la posible comisión de un ilícito penal en contra de la menor Y.A.G.G. por lo que en el curso de las investigaciones se adelantó la entrevista a la menor por la Defensora de Familia en la que describió que su tío BB le había metido el pene a la vagina y a la boca, así como otra serie de conductas que atentaban contra la libertad y el pudor sexual de la menor. Por consiguiente, se inició audiencia de juicio oral ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda, y una vez se concluyó con los testimonios de la Defensora de Familia, el accionante solicitó que se admitiera como prueba de referencia la entrevista rendida por la menor ante la imposibilidad de lograr la comparencia de la menor y su mamá al juicio. Sin embargo, el Juzgado negó la solicitud por considerar que para la recepción de la entrevista a la menor no se le informó que no estaba obligada a declarar contra su tío, omisión que vulneró las garantías constitucionales del procesado.

A su vez, indicó que interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el Juzgado, empero lo anterior, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal mediante sentencia dictada el 27 de marzo de 2012.

El diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal decidió no conceder la tutela; esta Corporación consideró que la tutela era improcedente pues no se ha dictado sentencia de primera instancia y en consecuencia el proceso se encuentra en curso por lo que el afectado aún puede reclamar todas aquellas actuaciones de considere contrarias a derecho.

En cumplimiento de lo ordenado por auto del 01 de octubre de 2012 expedido por esta Corporación, el Fiscal Sexto Seccional Caivas de Pereira, José Fabio Salazar dio respuesta a los interrogantes planteados por la Sala de Revisión e informó que contra BB se llevó a cabo el 14 de mayo de 2012 ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda,

audiencia de juicio oral en la que se profirió fallo absolutorio.

En atención a lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la providencia proferida el veintisiete (27) de marzo de dos mil doce (2012) dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal incurrió en defectos que vulneraron los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de la menor Y.A.G.G., al confirmar la decisión dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda que negó la incorporación en el proceso penal adelantado en el marco del sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004) la prueba de referencia consistente en la entrevista realizada por la Defensora de Familia a la menor Y.A.G.G.

A fin de resolver el asunto, esta Sala reiterará su jurisprudencia sobre (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y analizará (ii) el defecto fáctico en la jurisprudencia constitucional (iii) sobre el contenido del interés superior del menor en la legislación nacional e internacional; (iv) alcance e interpretación del artículo 33 de la Constitución Política en la jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Sala Penal; (v) la entrevista forense del menor víctima de delitos sexuales; y (vi) finalmente estudiará el caso concreto.

### 3.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional[7] y está supeditada, entre otras cosas, a que los efectos de una decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales y a que no exista otro mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho comprometido. Esta Corporación ha sentado una abundante jurisprudencia en torno a lo que en los primeros años fue llamado vía de hecho y que más recientemente ha experimentado una evolución terminológica hacia el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela, en cuanto a la procedencia de esta acción constitucional para controvertir providencias judiciales (sentencias y autos).

“Inicialmente el concepto de vía de hecho –el cual tuvo origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en definitiva, debe su denominación a la figura propia del derecho administrativo- fue empleado por la Corte Constitucional para referirse a errores

groseros y burdos presentes en las providencias judiciales, los cuales en alguna medida suponían un actuar arbitrario y caprichoso del funcionario judicial, proceder que a su vez daba lugar a la protección constitucional de los ciudadanos afectados por la decisión judicial.

Ahora bien, la expresión vía de hecho, si bien resultaba ilustrativa de algunos de los eventos que pretende describir, tales como errores burdos o arbitrariedades en las decisiones judiciales, no abarca todos los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por una parte, y adicionalmente puede entenderse que tiene una connotación de deslegitimación o sindicación peyorativa del juez que profiere la sentencia objeto de una tutela, razón por la cual la jurisprudencia constitucional desde hace algunos años ha sugerido el abandono de la anterior terminología y su sustitución por la expresión causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[8]”.

Así las cosas, producto de una labor de sistematización sobre la materia, en la Sentencia C-590 de 2005, la Corte distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad. En cuanto a los primeros, también denominados requisitos formales, debe decirse que son aquellos presupuestos cuyo cumplimiento habilitan al juez de tutela para que pueda entrar a evaluar, en el caso concreto, si se ha presentado alguna causa específica de procedibilidad del amparo constitucional contra una decisión judicial. Dicho de otro modo, son condiciones que debe ser verificada por el juez antes de pasar a examinar las causales materiales que darían lugar a que prosperara el amparo solicitado, los siguientes:

- Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.
- Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.
- Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.

- Cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

- En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.

- Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.

Por otro lado, como consecuencia de lo anterior, el ajuste descrito trasciende de lo terminológico a lo conceptual. En primer lugar, se establece como fundamento esencial de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la violación de la Constitución por parte de la decisión examinada. Esta vulneración sustancial del derecho al debido proceso se materializa en los distintos defectos identificados por la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, entre los que se cuentan:

1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

3. Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

4. Defecto fáctico por no haberse decretado, practicado o valorado pruebas debidamente solicitadas o recaudadas en el curso del proceso, o por haberse valorado pruebas nulas o vulneradoras de derechos fundamentales.

5. Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

6. Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

7. Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, también cuando se aparta del precedente sentado por los órganos de cierre de su respectiva jurisdicción o de su propio precedente.

8. Violación directa de la Constitución, tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.

Serán estos los requisitos que se tengan en cuenta al momento de valorar la procedibilidad de una acción de tutela contra providencias judiciales.

De conformidad con lo dicho, pasa la Sala a verificar si los hechos que se alegan en la presente causa, se enmarcan en el test de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y hacen factible, por consiguiente, la adopción de medidas de protección de los derechos fundamentales invocados.

#### 3.4. El Defecto fáctico en la jurisprudencia constitucional

Teniendo en cuenta que la presente acción de tutela esta fundada sobre un posible defecto fáctico, la Sala considera conveniente hacer una breve alusión a como la jurisprudencia ha entendido el mencionado defecto:

“Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.”[9]

Ahora bien, la tutela sólo resulta procedente en la medida que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y

el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”[10].

En ese contexto, la Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica. En la sentencia T-902 de 2005 se hizo un amplio estudio de dichas categorías y a continuación se reseñan las que son de interés al caso sub examine.

a. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso (dimensión negativa)

Ocurre cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa[11] u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[12] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[13]. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez[14].

A título de ejemplo, en la sentencia T-949 de 2003, en la cual se encontró que el juez de la causa decidió un asunto penal sin identificar correctamente a la persona sometida al proceso penal, y que además había sido suplantada. La Sala Séptima de Revisión concluyó que correspondía al juez decretar las pruebas pertinentes para identificar al sujeto activo del delito investigado y la falta de ellas constituía un claro defecto fáctico que autorizaba a ordenar al juez competente la modificación de la decisión judicial. En el mismo sentido, la sentencia T-554 de 2003, dejó sin efectos la decisión de un fiscal que dispuso la preclusión

de una investigación penal sin la práctica de un dictamen de Medicina Legal que se requería para determinar si una menor había sido víctima del delito sexual que se le imputaba al sindicado.

De igual forma, la sentencia T-1103 de 2004, declaró la nulidad de un auto que admitió la demanda de interdicción judicial por demencia sin el certificado médico que lo acreditará como la prueba insustituible para el efecto, pero con la valoración de otras pruebas (testimonios y un historial de tratamientos de hospitalización de varios años atrás) que no son relevantes en ese momento procesal.[15] Igualmente, en sentencia T-713 de 2005, la Sala Quinta de Revisión declaró la nulidad de una sentencia de segunda instancia porque el juez no se pronunció respecto de la solicitud de práctica de pruebas que el actor había formulado en ese momento procesal.[16]

A este tipo de defectos también se refiere la sentencia T-808 de 2006, por medio de la cual la Sala Tercera de Revisión dejó sin efectos un fallo proferido por un juzgado de familia que otorgó permiso de salida del país a una menor, porque valoró de manera incompleta y parcial pruebas determinantes para adoptar la decisión.

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

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

fallo de lo que realmente aparecía como probado.[17]

La Sala precisa que si bien el respeto a la autonomía judicial hace que se permita que los jueces valoren libremente el acervo probatorio dentro de las normas de la sana crítica, el valor normativo de la Constitución conlleva de manera ineludible a que la valoración probatoria que se aparta de las reglas de la sana crítica, cuando la prueba tiene “la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”[18], haga procedente la acción de tutela contra la providencia judicial respectiva.

Así, advierte la Corte, que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la evaluación probatoria del juez de conocimiento y es evidente que no todo vicio en la valoración probatoria[19] culmina en una vía de hecho. Así, sólo es factible fundar la prosperidad de una acción de tutela de manera excepcional, cuando se observa que existe un error ostensible y manifiesto[20] en el juicio valorativo de la prueba que además, tiene una incidencia directa en la decisión.

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

Adicionalmente en el caso concreto encontró también la Sala de Revisión que la jueza de conocimiento no había valorado otras pruebas relevantes en el proceso tales como el testimonio de la presunta víctima y que no se había seguido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según la cual la ausencia de secuelas físicas en un caso de violación sexual en menores, no puede ser considerada como evidencia de aceptación de la relación sexual.

Del anterior recuento jurisprudencial se tiene que el supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de

los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.[21]

### 3.5. Sobre el contenido del interés superior del menor en la legislación nacional e internacional

El artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás, aspecto ampliamente desarrollado por esta corporación en numerosa jurisprudencia[22] y consagrado en los artículos 6, 8, 9, 18 y 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 de 2006, manifestaciones nacionales de la extensa doctrina del “interés superior del niño”[23], fortalecida en el derecho internacional[24].

De tal manera, el principio de prevalencia del interés superior del menor de edad exige de las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que afecten los derechos del menor, al tener su interés superior un contenido de naturaleza “real y relacional”[26]. Es obligación entonces del Estado asumir un compromiso que garantice el bienestar físico y espiritual del menor y en consecuencia disponer todas las acciones y medidas a fin de mitigar su situación de debilidad.

Por otro lado, la sentencia T-510 de 2003, reseñó:

“¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y

de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, ... sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la Ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

En igual sentido, diversos instrumentos internacionales han brindado especial reconocimiento a los derechos de los niños, niñas y adolescentes: (i) en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; (ii) en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; (iii) en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24); (iv) en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y (v) en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Tal como lo pone de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

Ciertamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 19, es inequívoca en determinar que, son los Estados Partes los llamados a establecer medidas de protección no sólo en el campo legislativo, sino también en el administrativo, económico y social a favor de los niños. Lo anterior, por cuanto la condición de debilidad manifiesta en que se

encuentran (C.P. art. 13), dado su estado de formación y crecimiento, no les permite discernir sobre las consecuencias de sus actos y, en especial, en relación con los efectos que su comportamiento puede acarrear para sí y para los sociedad. Dichas disposiciones determinan que:

“Artículo 19. (1). Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

(2). Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

En consecuencia, existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan.

En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada

por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44). [27]

### 3.6. Alcance e interpretación del artículo 33 de la Constitución Política en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal

El artículo 33º de la Constitución Política dispone: “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.” De igual manera, el artículo 8º literales a, b y c de la Ley 906 de 2004[28] consagra dicha garantía en la modalidad de “principios rectores y garantías procesales”.

En consecuencia, este derecho de raigambre Constitucional consagra ciertas excepciones para determinadas personas en cuanto a la obligación de declarar en un proceso penal fundadas en: (i) la protección a la familia; (ii) el derecho a no autoincriminarse; y la (iii) la protección de las actividades profesionales.

Sobre este punto la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 Superior constituye una prebenda procesal del imputado que implica para quien va rendir el testimonio que el funcionario judicial haga la advertencia de la garantía instituida a favor del procesado pero sobre todo que no se obligue a declarar en consideración a los lazos familiares, actividades profesionales y al derecho de no autoincriminarse. Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia del 12 de junio de 2006[29], reiterada luego el 24 de marzo de 2010[30]:

“a) El artículo 33 de la Constitución Política dispone:

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (destaca la Sala).

b) Por mandato del artículo 228 de la Constitución Política, el derecho sustancial prevalece sobre las formas.

c) Desde los anteriores puntos de vista, lo realmente importante no es que se cumpla con el requisito de enterar al declarante sobre la facultad que tiene de abstenerse de incriminar al

pariente. Lo verdaderamente trascendente es que el testigo “no sea obligado a declarar” en contra de aquél, tal como lo dispone el artículo 33 de la Carta y lo reiteran los artículos 28 y 267 del Código de Procedimiento Penal” (Subrayado y negrilla por fuera del texto).

Bajo esta perspectiva, el deber que imponen la Constitución y la Ley, que debe ser cumplido por el funcionario judicial al momento de recepcionar el testimonio es el de no obligar, constreñir, forzar, presionar u obligar al testigo a declarar en contra de las personas contenidas en el artículo 33 Superior. Por consiguiente, lo trascendente es que durante el acto judicial no sea transgredido el derecho fundamental, vale decir, que se respete la garantía.

Por consiguiente, el alcance de la excepción al deber de declarar, la Corte Suprema tiene por sentado que lo fundamental, para garantizar su cabal respeto, es no obligar a la persona a testificar, sino velar porque lo haga en forma libre y voluntaria, razón por la cual no resulta trascendente el olvido de ponerle de presente el derecho a no declarar.[31]

Ahora bien, la garantía contenida en el artículo 68 de la Ley 906 de 2004 que consagra la excepción al deber de declarar en asunto de índole penal, contravencional y policivo, no limita la posibilidad de que la persona amparada por la inmunidad personal renuncie a su derecho y decida declarar en su contra, siempre y cuando no sea constreñida a ello. Precisamente en la sentencia 27 de noviembre de 2001 radicado 36233 de casación penal la Corte Suprema de Justicia del, dijo:

“Al margen de lo anotado, conviene precisar que la omisión de la prevención sobre la ‘excepción al deber de declarar’ constituye una simple inobservancia que no afecta la validez de la diligencia, pues lo fundamental es que a ninguna persona se le puede obligar a rendir testimonio contra sí mismo o contra sus parientes dentro del grado especificado en el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal derogado (hoy artículo 267 de la Ley 600 de 2000), de donde sólo si la persona que se sabe exceptuada de la obligación de testificar es constreñida de algún modo a hacerlo, se viola la garantía y por ende la ilegalidad de la prueba se impondría.”

Sin embargo, en aquellos casos en que los menores son víctimas y deben ser entrevistados e interrogados sobre las situaciones de las cuales fueron víctimas, los anteriores postulados adquieren un matiz especial toda vez que implica necesariamente a la luz del principio pro

infans integrar sistemáticamente los artículos 33 y 44 constitucionales, tal y como se expondrá en la siguiente consideración.

### 3.7. La entrevista forense del menor víctima de delitos sexuales

La entrevista forense a la víctima en el proceso penal es un elemento central al inicio de la actividad investigativa, ya que de la información obtenida de esta fuente primaria, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sinnúmero de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo, y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas.[32]

De esta manera, la entrevista, interrogatorios o conainterrogatorio que realiza los especialistas de la ciencia del comportamiento humano (psicólogos) deben evaluar al menor-víctima en el marco de ambiente relajado, informal en medio del cual se escucha, registra y analiza las manifestaciones del afectado sobre hechos que interesan al proceso, inclusive la mayoría de las veces se deben introducir actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor[33]. La diligencia se debe desenvolver en un ambiente de confianza para que el menor declare con espontaneidad y naturalidad, de manera que no se sienta presionado o sugestionado en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico. Por consiguiente, la prueba tomada a partir de lo dicho por menores víctimas de delitos, exige especial cuidado por los derechos que se encuentran en juego y sobre toda la necesidad de no revictimizar al afectado.

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

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

los principios del interés superior del menor.

Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.[34]

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en la sentencia del 29 de febrero de 2008, radicado N° 28257 mencionó:

“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”.

En igual sentido, los artículos 192 y 193[35] del Código de la Infancia y Adolescencia establece los criterios a tener en cuenta cuando los menores de edad sean víctimas de delitos: “Procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos: Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que

intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta Ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.”

Queda claro así que el principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia, y enseña que la participación de los niños en el proceso penal no sea un ejercicio simbólico, sino real y efectivo y esto implica que se le ofrezca información que puede comprender de acuerdo a su nivel educativo.

Como ya lo ha señalado esta Corporación, en razón a su estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, y por ser quienes representan el futuro de los pueblos, los niños, las niñas y los adolescentes, han venido concentrando la atención de los estados y de la comunidad internacional, que los han proclamado como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, buscando con ello garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde con el papel relevante y trascendental que están llamados a cumplir en la sociedad.[36]

## CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que existe defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.
2. El principio de prevalencia del interés superior del menor de edad exige de las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que afecten los derechos del menor, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado.
3. La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha determinado en relación con el

alcance del artículo 33 Superior, que lo realmente importante no es que se cumpla con el requisito de enterar al declarante sobre la facultad que tiene de abstenerse de incriminar al pariente. Lo verdaderamente trascendente es que el testigo “no sea obligado a declarar.

4. Y en consecuencia, en aquellos casos en que los menores son víctimas y deben ser entrevistados e interrogados sobre las situaciones de las cuales fueron víctimas, los anteriores postulados adquieren un matiz especial toda vez que implica necesariamente a la luz del principio pro infans integrar sistemáticamente los artículos 33 y 44 constitucionales.

5. La entrevista forense a los menores abusados es crucial en la investigación penal, por lo que es vital que esta se lleve a cabo por expertos en psicología o cualquier otra ciencia del comportamiento humano y que éstos generen un ambiente de confianza que influya en la declaración libre y espontánea del menor de los hechos materia de investigación.

#### IV. CASO CONCRETO

Andrés Gonzáles Tamayo, actuando como Fiscal Sexto Seccional Caivas de Pereira, coadyuvado por Laura Agudelo Manga-Representante de la menor víctima Y.A.G.G. y Mariana Agudelo-Defensora de Familia Centro Zonal Pereira - Caivas, interpuso acción de tutela en contra del fallo proferido el 27 de marzo de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal que confirmó la sentencia del cinco (5) de marzo del mismo año dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda, al considerar que la decisión proferida vulneró los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de la menor Y.A.G.G.

Afirmó el accionante que tuvo conocimiento de la posible comisión de un ilícito penal en contra de la menor Y.A.G.G. por lo que en el curso de las investigaciones se adelantó la entrevista forense a la menor por la Defensora de Familia en la que describió que su tío BB le había metido el pene a la vagina y a la boca, así como otra serie de conductas que atentaban contra la libertad y el pudor sexual de la menor. Por consiguiente, se inició audiencia de juicio oral ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda, y una vez se concluyó con el testimonio de la Defensora de Familia, el accionante solicitó que se admitiera como prueba de referencia la entrevista rendida por la menor ante la imposibilidad de lograr la comparencia de la menor y su mamá al proceso penal. Sin

embargo, el Juzgado accionado negó la solicitud por considerar que para la recepción de la entrevista a la menor no se le informó que no estaba obligada a declarar contra su tío, violándose con ello, garantías constitucionales. (art. 33 Superior).

Indicó que interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el Juzgado, empero lo anterior, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal mediante sentencia dictada el 27 de marzo de 2012.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal decidió no conceder la tutela; consideró que era improcedente pues no se había dictado sentencia de primera instancia y en consecuencia el proceso se encontraba en curso por lo que el afectado puede reclamar en el proceso todas aquellas actuaciones de considere contrarias a derecho.

En cumplimiento de lo ordenado por auto del 01 de octubre de 2012 expedido por esta Corporación, el Fiscal Sexto Seccional Caivas, dio respuesta a los interrogantes planteados por la Sala de Revisión e informó que contra BB se llevó a cabo el 14 de mayo de 2012 ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, audiencia de juicio oral en la que se profirió fallo absolutorio.

Con fundamento en lo anterior, la Sala debe dilucidar si la decisión de excluir a entrevista forense de la niña por no haber sido prevenida de que podía no declarar contra su tío, configura un defecto fáctico.

En este contexto, para resolver el problema jurídico se aplicará la siguiente metodología, en primer lugar se analizará el cumplimiento en el caso concreto de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, para luego estudiar de fondo la acción de tutela interpuesta por el Fiscal Sexto Seccional Caivas de Pereira y determinar el defecto en que incurrió la providencia atacada y su incidencia sobre los derechos fundamentales demandados.

1. Se requiere que la cuestión objeto de estudio tenga relevancia constitucional

En el caso objeto de estudio, la cuestión debatida hace referencia a los supuestos defectos en que incurrió el Tribunal Superior del Distrito de Pereira Sala Penal al confirmar la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Doquebradas Risaralda de excluir la entrevista de la menor

del material probatorio aportado al proceso penal, afectando con ello los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de una menor de seis años que fue presuntamente fue objeto de conductas sexuales en contra de su libertad y pudor sexual.

2. La inexistencia de otros medios ordinarios o extraordinarios de defensa judicial que permitan debatir las cuestiones objeto de análisis en la tutela

Una vez el Juzgado Penal del Circuito de Doquebradas Risaralda negó la admisión de la entrevista realizada a la menor Y.A.G.G., el Fiscal Sexto Seccional de Caivas interpuso recurso de apelación en contra la decisión. Sin embargo, éste fue negado por el Tribunal Superior del Distrito de Pereira Sala Penal, bajo el argumento de haberse violado garantías constitucionales a favor del imputado por parte de la Defensora de Familia al momento de recepcionar el testimonio de la niña.

En consecuencia, el accionante no dispone de otros mecanismos judiciales de defensa de los derechos fundamentales demandados, más idóneos y eficaces que la acción de tutela para controvertir la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito de Pereira Sala Penal, pues agotó todos aquellos de los cuales disponía.

3. Que se compruebe la relación de inmediatez entre la solicitud del amparo y el hecho vulnerador

La Sala observa que la acción de tutela fue interpuesta dentro de un término razonable, pues la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira fue proferida el veintisiete (27) de marzo del dos mil doce (2012) y la acción de tutela fue presentada el nueve (09) de abril de la misma anualidad, esto es, diez días después. Por lo tanto, se cumple el requisito de inmediatez.

En este caso, es claro que la decisión del Tribunal de Pereira de negar la entrevista de la menor, tuvo un gran impacto en la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, puesto que como se mencionó anteriormente, aquel despacho judicial no valoró las pruebas aportadas (testimonio) en el expediente que determinaba la posible comisión de un abuso sexual en contra de Y.A.G.G. y por ello el 14 de mayo de 2012 fecha en la que continuó la diligencia de juicio oral el Juzgado dictó el sentido del fallo: “el artículo

381 del cpp, indica que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, y ello se logra a través de la prueba debatida en juicio, que la fiscalía a pesar de su esfuerzo no logró demostrar la responsabilidad del aquí procesado, ya que las pruebas son dichos de oídas y no pueden tener la fuerza, veracidad y credibilidad, para que una persona sea declarado penalmente responsable de una conducta,

(...)

La responsabilidad del señor BB, es entonces así como el sentido del fallo es de carácter absolutorio.”

5. Que la parte actora identifique los hechos que generaron la vulneración y que hubieren sido alegados en el proceso judicial

El accionante alegó la violación a los derechos fundamentales proveniente de la negativa del Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda y el Tribunal Superior del Distrito de Pereira Sala Penal de aceptar el testimonio de la menor. Por lo que, en el proceso penal en contra de BB por el delito de actos sexuales abusivo con menor de 14 años, argumentó mediante los diferentes recursos procesales los errores que desconocieron los derechos vulnerados, mediante la interposición de (i) recurso de apelación contra de la providencia que ordenó excluir el testimonio de la niña y, (ii) finalmente, acción de tutela contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Pereira. De esta manera, se evidenciaron mediante los diferentes recursos procesales los hechos generadores de la vulneración.

6. Que no se trate de sentencias de tutela

La presente acción de tutela se dirige contra una sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Pereira Sala Penal, y no contra un fallo de tutela.

La entrevista realizada por la Defensora de Familia a la menor Y.A.G.G

Consta en el expediente la siguiente información:

“ENTREVISTA DE LA NIÑA Y.A.G.G. REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO NUIP 1032070079 de la Registraduría del Estado Civil.

Centro zonal Pereira -Defensoría de Familia- Caivas- Pereira veinticuatro (24) de junio de dos mil once, siendo las ocho y veinticuatro de la mañana, de conformidad con el artículo 150 de la Ley de infancia y adolescencia y con fundamento en la solicitud realizada por el patrullero German Poloche Pino, de la unidad investigativa delitos sexuales y trata de personas de la policía judicial Sijin Meper, dentro de las diligencias radicadas al N° 660016000035201102391, en la Fiscalía 37 Caivas, que por acceso carnal abusivo con menor de 14 años, adelanta dicha Fiscalía, para que se proceda a realizar entrevista con la niña Y.A.G.G., por lo tanto la defensora de familia entra a conversar con la niña a fin de lograr empatía con ella y que se sienta en un medio adecuado por lo que se le facilita una hoja y colores para que ella dibuje lo que quiera, la niña se observa tranquila y consciente y se encuentra acompañada por su mamá señora AA, titular de la cedula XX de Pereira, por lo que se procede preguntarle a la niña como se llama, con quien vive, como se llaman sus padres y cuántos años tiene por lo que nos responde, me llamo Y.A.G.G., 6 años, como se cuenta con el registro civil de nacimiento se observa que la niña nació en Alejandría, el día 23 de octubre de 2004, mi papa se llama Alexander Edinson y AA, tengo una hermanita que se llaman CC, en mi casa vivimos con mi mamá, mi tío, mi hermanita, mi papa no vive conmigo, no sé cómo se llama mi colegio, en primero de primaria, allí dibujamos cantamos, mi profe se llama Denis, a la niña se le pregunta si conoce las partes del cuerpo y ella nos responde a los señalamientos que le hacemos sobre su cuerpo, nos dice donde está la cabeza, los brazos, los pies, las manos, los dedos, se le muestran los dibujos anatómicos y señala correctamente todas las partes del cuerpo tanto de un niño y una niña, se le pregunta que personas le ayudan en su aseo corporal y nos responde que su mamá le ayuda a bañarse y me dice que me lave bien la vagina y el cuerpo, me dice que me cepille bien los dientes porque si no se dañan los dientecitos, se le pregunta si a ella le hacen caricias o le dan besos, y ella dice que el tío pero que la mamá no, dice que el tío BB, me da besitos en la boca, en los senos, en la vaginita, mi tío BB dice que le eche la policía a Nancy porque después riega el cuento que él me había hecho eso, (eso es una grosería) ella dice que en la vaginita, muestra sus partes íntimas, la menor manifiesta esto con pena, también manifiesta que el tío le metió el dedo en la vagina y el pene, se queda pensando y refiere que le tapó la boca, y no me dejaba hablar, manifiesta que lo metan a la cárcel y dice que esto está malo, sigue refiriendo que él le metió el pene en la boca (se queda pensando) y refiere que cuando le tapó la boca golpeo la cama y le quito la mano de la boca porque venía alguien y él se salió de la carpa, yo me salí también para el baño hacer chichi

y le conté a mi mamá lo que paso y que me ardía para orinar, sigue refiriendo que después de eso mi mamá le contó a Elcy, y Elcy le contó a mi mamita Doña Diocelina ella fue y conto en el pueblo y ya, se le pregunta el lugar donde sucedieron los hechos y manifiesta la menor que eso paso cuando estaba acostada y que el tío se le acostó, que ella estaba en la carpa y el tío estaba en la carpa de él y él llevo y se metió en mi carpa, (dice que en su residencia ya que duermen es carpas dentro de las habitaciones), manifiesta la menor que el tío al acostarse en la cama de ella, le dijo que las iba a matar a todas tres (dice que las tres son la mamá, la hermanita y a ella). Se da por terminada la diligencia de entrevista, siendo las nueve y once minutos del medio día”.

Esta valoración fue ratificada con posterioridad en el proceso[37], en el momento que la Dra. Marina Agudelo Zapata compareció como testigo y explicó cuál fue el procedimiento utilizado para lograr que la menor Y.A.G.G. relatara la situación sucedida con su tío así como las conclusiones técnicas luego de la valoración.

El Fiscal relacionó una serie de pruebas dentro del proceso, dentro de las cuales solicitó a la Juez del caso se admitiera la entrevista realizada por Marina Agudelo Zapata Defensora de Familia como prueba de referencia. Sin embargo, la Juez preguntó a la testigo si se había realizado la advertencia del artículo 33 de la Constitución Política; en la diligencia se reseña: “el despacho realiza preguntas de aclaración, en la que indica la testigo que por la edad de la menor de 6 años la advertencia sobre que no está obligada a declarar se le hizo a la mamá. Refiere que esa premisa la extrae del contexto de madurez que puede tener un menor de esa edad y que la advertencia se le hace a partir de los 12 años. Indica la testigo que la advertencia no se le hizo a la niña, sino a su señora madre.”

En consecuencia, el Juzgado decidió: “No se admite como prueba de referencia a entrevista vertida por la menor YAGG y decepcionada por la Dra. Marina Agudelo Zapata por cuanto se desconoce una norma constitucional y legal de dar a conocer a la víctima que se encuentra exonerada del deber de declarar.”

En la misma audiencia el Fiscal del caso interpuso recurso de apelación contra la decisión y, se reseña en la audiencia de juicio oral de la siguiente manera: “Manifiesta la Fiscalía que no se encuentra de acuerdo con la decisión del despacho de no decretar la prueba de referencia atendiendo a que la defensora de familia no hizo la advertencia a la menor sobre

que no se encontraba obligada a declarar por su vínculo con el procesado. Refiere que como bien lo dijo la defensora de familia la advertencia se le hizo a la representante legal de la menor quien la acompañó a la diligencia y cada caso es diferente refiriéndose a que en el presente caso se trata de una menor que no se encuentra disponible por lo que no puede rendir testimonio en audiencia; así mismo indica que no se ha vulnerado ningún derecho pues se trata de una menor que por la edad no comprendía de que se le estaba hablando y que no tiene la capacidad para responder frente a una previsión legal. Manifiesta que se evidencia una flagrante violación al derecho fundamental de un niño al no permitirse que la declaración que rindió frente a la defensora de familia en presencia de su señora madre se tenga en cuenta en el juicio.”

Posteriormente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Penal, mediante sentencia del 27 de marzo de 2012 resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, consideró que debería de tener más relevancia el derecho del procesado a ser juzgado según las garantías consagradas en el debido proceso, por lo que, efectivamente debía excluirse como medio probatorio la entrevista rendida por la ofendida, toda vez que se omitió darle a conocer que no estaba obligada a declarar en contra de su tío.

El 14 de mayo de 2012 continuó la diligencia de juicio oral en la que el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas dictó el sentido del fallo: “el artículo 381 del cpp, indica que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, y ello se logra a través de la prueba debatida en juicio, que la fiscalía a pesar de su esfuerzo no logró demostrar la responsabilidad del aquí procesado, ya que las pruebas son dichos de oídas y no pueden tener la fuerza, veracidad y credibilidad, para que una persona sea declarado penalmente responsable de una conducta,

(...)

La responsabilidad del señor BB, es entonces así como el sentido del fallo es de carácter absolutorio.”

Si se analiza la entrevista realizada por la especialista a la menor, es evidente que en la misma se aportan datos significativos que demuestran del relato de la menor una serie de

conductas realizadas en contra de su integridad, narración a la que fue posible llegar luego de la aplicación de técnicas especializadas por la Defensora de Familia, a fin de lograr que la niña, en un ambiente de confianza y tranquilidad expresará las situaciones de las cuales fue víctima. La experta se enteró de lo sucedido de primera mano, presentó un panorama real de la situación, analizó la credibilidad del testimonio rendido e indagó sobre su aspecto emocional, familiar, social y educativo. Como se puede apreciar la Defensora de Familia logró luego de aplicar su conocimiento técnico que la menor contara de manera espontánea lo sucedido con su tío.

En consecuencia, al aplicarse técnicas y conocimientos especializados en la entrevista que favorablemente condujeron al relato de los hechos por la menor, no puede por ello el Tribunal afirmar que la diligencia era ilegal al no hacerse la salvedad del artículo 33 Superior, toda vez que era claro que al cuestionar la menor sobre dicho precepto legal, resultaría de un lado afectando la espontaneidad de su relato y además carecería de todo sentido dada su incapacidad de comprender los efectos legales del acto.

Tal y como se explicó en las consideraciones de esta sentencia, la entrevista forense realizada a los menores de edad víctimas de delitos sexuales deben desarrollarse en un espacio de libertad, armonía y confianza en el que el experto desarrolla una técnica especializada para que el menor con toda tranquilidad relate el suceso del cual fue víctima.

En este contexto, el Tribunal al exigir que se cumpliera con lo previsto en el artículo 33 Superior desconoció: en primer lugar, que resultaba altamente inconveniente e innecesario someter a la niña al cuestionamiento planteado en la mencionada norma constitucional, pues se le estaba suministrando información que por su corta edad (6 años) simplemente no podía comprender; paso por alto el Tribunal accionado que los menores de acuerdo a su edad específica evidencian comportamientos, emociones diferentes y que no se puede de manera estricta introducir conceptos tan complejos con los contenidos en la mencionada norma constitucional; y en segundo lugar, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, que menciona que lo realmente relevante es no obligar, constreñir, forzar, presionar u obligar al testigo a declarar en contra de las personas contenidas en el artículo 33 Superior. Aspecto en que claramente no incurrió la Defensora de Familia. Por el contrario, la Defensora de Familia hizo énfasis en que la técnica de la entrevista realizada

a la menor, le permitió percibir coherencia entre el relato y el contenido de la denuncia, además, precisó que existía correspondencia entre los sentimientos expresados por la niña al momento de recapitular los sucesos.

La existencia de un defecto fáctico por valoración defectuosa de la prueba y su consecuencia sobre el testimonio de la menor Y.A.G.G.

En este sentido, erró el Tribunal al considerar que debía excluirse el relato de la menor simplemente porque no se llevó a cabo con la salvedad de la norma constitucional, lo que evidencia la ocurrencia de un defecto fáctico por omisión en la valoración de la prueba, pues tanto Juez como el Tribunal negaron la prueba sin ponderar los intereses en juego, por ello resulta para esta Sala un defecto fáctico que se descarte el valor de la prueba testimonial tan determinante, bajo el equivocado que su recepción infringió garantías constitucionales que como se explicó anteriormente no se predicán de la entrevista forense en el marco de delitos sexuales contra menores, como se explicará a continuación.

El artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia en el título relativo a los procedimientos especiales cuando los menores son víctimas de delitos no contempla ninguna exigencia en materia de testimonio, en efecto los criterios que deben tener en cuenta las autoridades judiciales al momento de recepcionar la versión del menor son aquellos que respeten los principios y derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Al respecto se menciona:

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

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

El único documento vigente en torno al abordaje de la víctima en la investigación de los delitos sexuales, es el Reglamento Técnico del Instituto de Medicina Legal, versión 03 de julio de 2009, en donde no se exige ningún tipo de técnicas en particular, distintas a las que faciliten al menor el tránsito hacia lo sucedido. Textualmente el documento dice:

## “ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA ENTREVISTA MÉDICO-FORENSE A MENORES DE EDAD.[38]

Siempre se debe propender por el bienestar del niño(a), por lo cual se debe solicitar su aprobación para la realización de la entrevista y el examen médico legal.

El momento en que un(a) niño(a) decide contar su secreto es de gran importancia y debe ser aprovechado para obtener, mediante una técnica apropiada, la mayor cantidad de información sobre los hechos.

La entrevista médico forense en casos de agresión sexual en menores, es quizá la parte más importante de la evaluación diagnóstica ya que en la mayoría de los casos no hay hallazgos físicos que lo demuestren.

Aunque se requiere cierta destreza y habilidad para obtener la mayor información posible, se debe resaltar que la entrevista debe hacerse sin prisa, teniendo en cuenta la edad del niño y su nivel de desarrollo cognitivo.

La entrevista con el uso de dibujos y/o de muñecos anatómicamente correctos requiere para su empleo de especial formación por parte del perito; por lo tanto, la evaluación con estos métodos debe ser realizada por un psicólogo o psiquiatra entrenado en esta técnica.

Se debe comenzar la entrevista médico forense partiendo de aspectos muy generales y neutros como escolaridad, composición del hogar, ocupación, hábitos, aspiraciones, juegos, amigos, lo que ayudará a tranquilizar al niño(a), así como también conocer el nivel de desarrollo cognitivo. Se pueden hacer preguntas sobre aspectos generales tales como: cómo se llama, cuántos años tiene, dónde está, si sabe qué se va a hacer en la consulta. Luego se deben explorar aspectos de su entorno familiar, escolar y social así como de su neurodesarrollo (si cuenta dedos con una o dos manos, conoce colores, reconoce partes del cuerpo, si lee y/o escribe, suma o resta, entre otros), o puede preguntarse por ejemplo ¿sabes por qué estás hoy aquí hablando conmigo? o preguntársele también sobre las personas que le agradan y por las que le desagradan. Se puede solicitar que recuerde un evento significativo reciente como el cumpleaños de un amigo o un familiar. Esto permitirá evaluar la fluidez verbal y la capacidad para relatar experiencias previas.

## Entrevista sobre el relato de los hechos

No se deben guiar las respuestas. Las preguntas deben ser cortas y abiertas, por ejemplo: ¿qué te pasó?, ¿alguien te hizo sentir mal? En la medida en que el niño(a) relata la historia se amplía la información con preguntas como: ¿qué más pasó? Si el niño(a) no inicia espontáneamente el relato se puede precisar un poco con preguntas como: ¿alguien te estuvo molestando?, ¿alguien te hizo algo que no te gustó?

## Aspectos sensoriales del relato.

Las narraciones de abuso sexual de los niños(as) contienen referencias a lo percibido con sus sentidos durante el evento. Por lo tanto el niño(a) podrá describir lo percibido en ese suceso. Esto es personal y solo puede experimentarlo quien lo haya vivido. Por ejemplo, pueden describir el semen como “pegajoso”, “blanquito, cremita”; “sabor...” y hacer un gesto desagradable con cara o decir “fochi”. Sobre el tacto: hablar de dolor, cosquillas, sobre lo visual: era grande, de tal color, era de día, de noche, etc. Esta no es información conocida en términos generales por menores que no han alcanzado la adolescencia.

El relato del niño(a) tiende a ser concreto, enfocado en un aspecto central. A partir de su descripción se debe ir ampliando con todo lo que vio, tocó, sintió, olió, escuchó, etc. Por ejemplo, cómo era que lo(a) tocaba, dónde, cómo es el sitio, quiénes estaban, qué decía. El cuándo y las preguntas de cantidad se realizan a niños(as) de 7 o más años, en quienes se observe que tengan este manejo. Se pueden usar puntos de referencia: las vacaciones, el paseo, el cumpleaños, etc.

Puede haber molestias relacionadas con trauma anal o genital; relatar sangrado, escozor, flujo genital, presencia de verrugas, úlceras; otros síntomas como disuria, tenesmo vesical, polaquiuria, dolor abdominal, pélvico, genital o anal; sensación de cuerpo extraño; enuresis, encopresis, defecación dolorosa, constipación crónica y otros síntomas como cefalea. Incluso puede relatarse un embarazo.

## Alteraciones emocionales y de la conducta relacionadas con la agresión sexual

Durante la entrevista en muchas ocasiones hay claras manifestaciones de cambios emocionales. Por ejemplo esta declaración: “cuando me trajeron aquí yo no quería contar,

pero ya no me aguanté más y le conté a mi mamá la semana pasada... ya me siento mejor porque me quitó una carga". Se puede observar que el niño(a) narra los eventos con diferentes emociones; se queda callado(a), baja la mirada, dice que no quiere hablar de eso, se ríe, muestra vergüenza, se torna ansioso(a), triste, llora, se observa temeroso, etc., indicando que eso de lo que habla o de lo que se le pregunta tiene carga emocional.

También pueden encontrarse cambios de conducta relacionados con la emocionalidad. Comportamientos que no tenía y que ahora presenta que podrían estar relacionados con el hecho como: aislamiento, rabietas, agresión, alteración del sueño o del apetito, fobias, hetero o autoagresión, problemas con compañeros, abuso de sustancias, problemas escolares, terrores nocturnos, enuresis, amenorrea, exageración de comportamientos con contenido sexual, promiscuidad, prostitución. Estos aspectos pueden ser obtenidos de la entrevista con el acompañante.

No hay signos o síntomas emocionales específicos de abuso sexual, pero la sumatoria de múltiples hallazgos, independientemente de que se acompañen de lesiones y/o evidencia física, en algunos casos permite presumir que el relato podría ser consistente con el contexto del caso y con una experiencia vivida por el niño(a). Sin embargo, cuando se encuentran alteraciones psíquicas como las descritas, se debe explorar la existencia de otros factores etiológicos."

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.[39]

Al respecto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional[40] de esta Corporación en un caso similar estudió una acción de tutela interpuesta contra la Fiscalía veintiuna de Cartagena y la Fiscalía Cuarta ante el Tribunal de Cartagena dentro de una investigación penal por el presunto delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años. En este caso las dos instancias del ente investigador descartaron el testimonio de la menor víctima rendido a través de la entrevista realizada por la sicóloga. En aquella oportunidad, en la sentencia

se pronunció sobre la importancia del testimonio de los menores en el proceso penal:

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. Rechazar un peritazgo por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.[41]

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal[42] ha reprochado que las autoridades judiciales no valoren el testimonio de los niños, niñas y adolescentes en el proceso penal:

“Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”.[43]

De esta manera, los funcionarios de segundo nivel, al proferir la sentencia desfiguraron el caudal probatorio allegado al juicio y lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la menor en clara violación de sus derechos fundamentales.

Las autoridades de todo orden, incluidas las judiciales, tienen el deber legal de proteger a

los menores para evitar una revictimización en prevalencia integral de sus derechos superiores fundamentales constitucionales o como lo expuso la Defensor de Familia: “velar porque no se les estigmatice, ni se les genere nuevos daños con el desarrollo del proceso judicial de los responsables, criterios claros en el caso nos ocupa, ya que la niña participó en la (sic) etapas y procedimientos requeridos propios del tramite penal, se le reconoció su condición y calidad de infante, donde es preciso resaltar que tener en cuenta su opinión estuvo asociado a reconocer que la niña narro, dio a conocer las vivencias adversas experimentadas tanto a su progenitora como a los profesionales que han intervenido en su situación, generando así una voz de auxilio, de búsqueda de ayuda y protección frente a los hechos y además con el apoyo de su progenitora busco que se aplicara justicia, por lo cual no podría silenciarse su voz, con un ritual de forma más que de fondo.”[44]

#### Violación a los derechos fundamentales de la menor

Consideró el Tribunal que en el caso concreto se presentaba una tensión entre derechos y sostuvo: “En criterio de la Corporación, en el presente asunto se presenta una tensión entre derechos fundamentales, de una parte el que posee la menor víctima a que el Estado investigue el hecho presuntamente cometido en contra de su integridad sexual y que el responsable responda penalmente por su conducta interés que debe tildarse de colectivo ; y de otro, el interés individual del procesado a que el juicio que se adelante en su contra sea tramitado con estricto acatamiento al debido proceso, garantía que comprende el no ser acusado por un pariente cercano si a éste no se le ha puesto de presente el deber de no declarar.”[45] Por lo que, luego de hacer una análisis sobre la teoría de la ponderación concluyó “que en esta hipótesis deberían tener más relevancia el derecho del procesado a ser jugado (sic) según las garantías consagradas en el debido proceso”.

De lo anterior, se observa que de los derechos constitucionales en juego, el Tribunal Superior de Pereira Sala Penal le dio prevalencia absoluta a los derechos del procesado y sin ponderar los intereses de la menor afectada por el supuesto ilícito.

En efecto, si bien la medida de excluir la prueba persigue un fin legítimo, el cual era la defensa de los derechos del investigado, resultaba desproporcionado en el caso concreto pues no tuvo en cuenta, la edad de la menor y el carácter meramente formal de la advertencia por su incipiente madurez psicológica y la gravedad del delito investigado así

como la relevancia de la prueba para esclarecer los hechos.

El error fue protuberante al interpretar equivocadamente el contenido y alcance del artículo 33 de la Constitución y lo que se causó fue que se ignorara la fuerza del testimonio de una niña de seis años que con gran esfuerzo le contó a las autoridades las situaciones perturbadoras vividas en contra de su integridad, en conclusión el Tribunal accionado impidió que la niña fuera oída y con ello que se reparará el daño sufrido y las garantías constitucionales sobre sus derechos. En esta medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, principio que del cual se apartó el fallo cuestionado.

El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.[46] En esta sentido, se reitera se exigía una interpretación constitucional acorde con los derechos de la niña, es decir, no bastaba una interpretación aislada de las garantías constitucionales como en este caso la contenida en el artículo 33 Superior sino que había que garantizar que tal interpretación resultará armónica con el sistema de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes no se pueden entender como derechos exclusivamente formales producto de la pluma del legislador, aislados o clausurados en la conciencia social, pues tales garantías encierran un conjunto de deberes ciudadanos para su observancia y cumplimiento; además, requieren de las autoridades como de los administradores de justicia, un especial e individual cuidado y protección de cara a su cometido fundamental.[47]

En este orden de ideas, resultaba contrario a las garantías constitucionales que rigen los procesos judiciales que el Tribunal Superior de Pereira Sala Penal hiciera caso omiso de la entrevista practicada a la menor Y.A.G.G. y no reconociera su testimonio.

En mérito de lo anteriormente expuesto esta Sala concluye que el Tribunal Superior de Pereira al confirmar la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda, vulneró los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de la menor Y.A.G.G. Por lo que se dejará sin efectos la sentencia del 27 de marzo del 2012 del Tribunal Superior y en consecuencia se ordenará que se tenga como prueba la entrevista realizada por Marina Agudelo Zapata Defensora de Familia Centro Zonal Pereira Caivas en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente de la posible existencia de un delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años de edad.

Finalmente, en tanto Marina Agudelo Zapata Defensora de Familia Centro Zonal Pereira Caivas ha estado enterada de los pormenores de este caso, se le ordena que de manera inmediata, realice las diligencias para amparar a la menor, mientras dure el proceso, con las medidas que crea conveniente para la eficaz protección contra toda forma de abuso sexual por parte de su tío, si estas continuaron. Además se ordenará, que en caso de continuar el proceso penal la menor no podrá convivir en el mismo lugar con su tío.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo por mandato de la Constitución Política.

## RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretado dentro del trámite de revisión de la acción de tutela.

SEGUNDO.- REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia la sentencia proferida el diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en cuanto negó el amparo deprecado por el accionante.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTO la providencia proferida el veintisiete (27) de marzo de dos mil doce (2012) por el Tribunal Superior de Pereira Sala Penal y la decisión dictada el cinco (05) de marzo de dos mil doce (2012). Así como las actuaciones judiciales surtidas con

posterioridad a la mencionada providencia, en particular, el fallo proferido el catorce (14) de mayo de dos mil doce (2012).

CUARTO.- Como consecuencia de lo anterior, ordenar al Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas Risaralda que profiera una nueva providencia en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en este fallo de la entrevista realizada por Marina Agudelo Zapata Defensora de Familia Centro Zonal Pereira Caivas a la menor Y.A.G.G. acorde los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica

QUINTO.- En tanto Marina Agudelo Zapata Defensora de Familia Centro Zonal Pereira Caivas ha estado enterada de los pormenores de este caso, se le ordena que de manera inmediata, realice las diligencias para amparar a la menor, mientras dure el proceso, con las medidas que crea conveniente para la eficaz protección contra toda forma de abuso sexual por parte de su tío, si estas continuaron. Además, que en caso de continuar el proceso penal la menor no podrá convivir en el mismo lugar con su tío.

SEXTO.- En el presente caso, por estar involucrado un asunto que pertenece a la órbita personal protegida por el derecho fundamental a la intimidad de la víctima y de sus familiares, la Sala ORDENA no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a su identificación y ordenar a los jueces de instancia y a la Secretaría de esta Corte que guarden estricta reserva respecto de la identidad del mismo.

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

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

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Centros de atención ciudadana e investigación integral a las víctimas de delitos sexuales.

[2] Folio 6 cuaderno proceso penal.

[3] Folio 11 cuaderno proceso penal.

[4] Folio 25 cuaderno proceso penal

[5] Folio 28 y 29 cuaderno principal.

[6] Dirección: Calle 38 N° 6-52 segundo piso oficina 205 Pereira. Teléfono 3267686.

[7] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992.

[8] Así, en fecha reciente, sostuvo esta Corporación: “[e]n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una «violación flagrante y grosera de la Constitución», es más adecuado utilizar el concepto de «causales genéricas de procedibilidad de la acción» que el de «vía de hecho», sentencia T-774 de 2004.

[9] Sentencia T-419 de 2011.

[10] Sentencias T-567 de 1998, T-590 de 2009 entre otras.

[11] Ibídem.

[12] Sentencia T-086 de 2007.

[13] Ver Sentencia T-576 de 1993.

[14] Ver, por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

[15] Sentencia T-417 de 2008. Adicionalmente, estos eventos también fueron citados de manera resumida en la Sentencia T-916 de 2008 de esta Corte al estudiar el caso de un accionante que manifestó la vulneración al debido proceso y la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico ocurrido en un proceso de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, por efecto de haber tenido como prueba unos correos electrónicos que le fueron presentados en un interrogatorio de parte sin que se hubiese recaudado la prueba en forma legal. En esa oportunidad, la Corte ordenó revocar los fallos de instancia y excluir del análisis probatorio del proceso los correos electrónicos que se tenían como prueba, porque el recaudo de esas pruebas vulneraron los derechos fundamentales del actor a la intimidad, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. En esa oportunidad también se que la Acción de tutela era procedente para atacar las decisiones judiciales porque se había incurrido en un defecto fáctico.

[16] Sentencia T-156 de 2010.

[17] El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio aparece ampliamente explicado en la sentencia T- 450 de 2001, en un caso en donde el juez falló en contra de la evidencia probatoria.

[18] Ver sentencia T-025 de 2001.

[19] Como se ha sostenido en las Sentencias T-442 de 1994; SU-159 de 2002 entre otras.

[20] “Este defecto entonces, puede concretarse cuando: a) hay falta de práctica y/o decreto de pruebas conducentes para el caso debatido, valga decir, insuficiencia probatoria; b) la errada o defectuosa interpretación de las pruebas allegadas al proceso o interpretación errónea; c) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho, o sea la ineptitud e

ilegalidad de la prueba.” Sentencia T-840 de 2006.

[21] Sentencia T-1100 de 2008.

[22] T-514 de septiembre 21 de 1998, T-794 de septiembre 27 de 2007 y C-804 de 2009, entre otras.

[23] L. 1098 de 2006, art. 6°. Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

Art. 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Art. 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

[24] La Convención sobre Derechos del Niño establece en el artículo 3-2 que “los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley...”.

[25] “De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ‘prevalecer’ significa, en su primera acepción, ‘sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras’.”

[26] T-408 de septiembre 21 de 1995.

[27] Sentencia T-078 de 2011.

[28] En la actuación penal, una vez adquirido la condición de imputado este, tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: (i) no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. (ii) no autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. “El testimonio penal y sus errores”. Orlando Alfonso Rodríguez, Temis, página 41.

[29] Radicado 17.261.

[30] Radicado 32.730.

[31] Sentencia 29 de febrero de 2008 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 25259.

[32] La Entrevista Forense a la víctima de delitos sexuales. Francisco Maffioletti Celedón [www.icev.cl/wp.../entrevista-forense-a-la-victima.pdf](http://www.icev.cl/wp.../entrevista-forense-a-la-victima.pdf). Y “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

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

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

[35] Artículo 193 numeral 7 Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.

[36] Sentencia C-149 de 2009.

[37] Folio 25-31 cuaderno proceso penal.

[39] T-171 de 2006.

[40] Sentencia T-078 de 2010.

[41] T-255 de 2003 y T-554 de 2003.

[42] Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23706.

[43] Auto del 9 de marzo de 1992, radicado 7199.

[44] Folio 28 y 29.

[45] Folio 44-60 cuaderno principal.

[46] T-1227 de 2008

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