

T-309-14

Sentencia T-309/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

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

DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Improcedencia por cuanto se valoró de manera adecuada el material probatorio y se respetó el principio de congruencia en materia penal

Referencia: expediente T-4.207.196

Acción de tutela instaurada por Diego Serrano Cruz contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Derechos fundamentales invocados: debido proceso, defensa y libertad personal

Problema Jurídico: Corresponde a la Corte Constitucional determinar si la sentencia condenatoria, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, desconocen los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la libertad personal del señor Diego Serrano Cruz, al haber incurrido supuestamente en un defecto fáctico y sustantivo al condenarlo.

Temas: defecto fáctico, defecto sustantivo, procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y principio de congruencia en materia penal.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos adoptados el 9 de agosto de 2012 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y el 16 de septiembre de 2013 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que declararon improcedente el amparo en el proceso de tutela suscitado por Diego Serrano Cruz contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

Aclaración previa

Teniendo en cuenta que en el presente caso se estudiará la situación de dos menores de edad, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar la supresión de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de los niños, el de sus familiares, y los datos e informaciones que permitan conocer su identidad. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, se han

cambiado los nombres reales de los menores de edad y el de sus familiares por unos ficticios, que se escribirán en letra cursiva; y para designar los apellidos, y así distinguir las familias paterna y materna, se usarán letras.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD

El señor Diego Serrano Cruz presentó acción de tutela contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la libertad personal. En consecuencia, solicita al juez de tutela revocar las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 14 de agosto de 2012, y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 24 de abril de 2013, para que en su lugar, se confirme la sentencia del Juzgado 19 Penal con Funciones de Conocimiento del Circuito de Bogotá del nueve 9 de marzo de 2012, por medio de la cual se absolvió al accionante de los cargos por el delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años, imputados por la Fiscalía General de la Nación.

1.2.1. El señor Diego Serrano Cruz fue condenado a ocho (8) años de prisión por el delito de acto sexual abusivo agravado en concurso homogéneo y sucesivo respecto de sus dos (2) hijas menores mediante sentencia del 14 de agosto de 2012 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la cual revocó el fallo absolutorio del 9 de marzo de 2012, emitido por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

1.2.2. Contra la decisión en mención, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación por considerar que se configuró una violación indirecta de la ley sustancial, por presuntos errores de hecho cometidos en la valoración de las pruebas periciales. Adicionalmente, se afirmó no haberse respetado el principio de congruencia en materia penal, afectándose así las garantías del procesado, no haber motivado la sanción y haberse vulnerado el derecho de defensa.

1.2.3. El mencionado recurso fue inadmitido mediante providencia del 24 de abril de 2013

de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto se concluyó que el accionante no presentó línea argumentativa alguna a fin de demostrar las presuntas violaciones. Se afirmó que los cargos carecen de la correspondiente fundamentación y que por los precarios argumentos esbozados, sólo se pudo evidenciar una particular forma de apreciar la acusación y los hechos sobre los cuales se edificó el reproche penal en contra del actor.

1.2.4. El día 28 de mayo de 2013, es decir, un mes después de proferirse la inadmisión del recurso de casación, el señor Diego Serrano Cruz se entregó voluntariamente a las autoridades, encontrándose actualmente recluso en la cárcel de Zipaquirá (Cundinamarca).

1.2.5. El accionante interpuso acción de tutela contra dichos fallos por considerar que le fueron vulnerados sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la libertad personal. Aduce que, tanto en la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, como en la providencia de la Corte Suprema de Justicia ya mencionadas incurrieron en las siguientes vías de hecho:

1.2.5.1. Se presentó un defecto fáctico por la vulneración de las garantías en la realización y la valoración de las entrevistas realizadas a sus hijas:

(i) Manifiesta que las entrevistas realizadas no fueron debidamente valoradas, pues únicamente se tuvieron en cuenta, de forma cercenada y descontextualizada, los apartes que perjudicaban al accionante sin la fortaleza suficiente para infirmar la presunción de inocencia.

(ii) De manera específica, dos de las entrevistas, empezaron dando por ciertos los hechos que la madre de las menores había indicado sobre el supuesto atropello sexual, y en una de ellas no se indagó si previamente las menores ya habían sido valoradas por otros profesionales, teniendo en cuenta que no es recomendable realizar varias evaluaciones psicológicas a los menores de edad, lo cual verifica una práctica inapropiada en la realización de dichas entrevistas.

(iii) La defensa no tuvo la posibilidad de realizar un interrogatorio directo a las menores, razón por la cual debió acudir a la opinión de expertos en materia de valoraciones médicas

y psicológicas con el fin de que rindieran concepto sobre el procedimiento adelantado con las menores, lográndose advertir así gravísimos errores y ciertas anomalías insalvables que se cometieron en las entrevistas.

(iv) La perito del CTI reconoció que efectivamente había realizado preguntas indebidas a las hijas del condenado.

(v) Se descartaron de plano y sin mayor argumentación las declaraciones rendidas por los testigos expertos de la defensa sobre las entrevistas. En este sentido, el médico psiquiatra y médico perito, José Gregorio Mesa Azuero, con más de 30 años de experiencia, puso de presente que no se había llevado un abordaje psicológico correcto, se desconoció el lenguaje verbal de las menores, entre otros, existiendo serios reparos en las pruebas de cargo. Afirmó al respecto que las evaluaciones psicológicas se realizaron preguntas dirigidas, inductivas y excesivas, no permitiendo la espontaneidad de las respuestas de las hijas del accionante e incumplíéndose así con los requisitos mínimos de objetividad que se requieren en esas circunstancias.

1.2.5.2. Se violaron las garantías fundamentales al debido proceso por haberse desconocido el principio de congruencia al condenársele por hechos no mencionados en la formulación de imputación ni en el escrito de acusación. En este sentido, el accionante señala que el escrito de acusación y la formulación de imputación se remiten a hechos ocurridos a comienzos del mes de junio del año 2006 en la única oportunidad en la que el acusado vio a las menores luego de haber abandonado el hogar:

“Los anteriores presupuestos fácticos, concordantes con los expuestos en la audiencia de formulación de imputación, refieren a los supuestos abusos sexuales que habría perpetrado Serrano Cruz en contra de sus menores hijas, a comienzos del mes de junio del año 2006, justamente en la única oportunidad en la que el acusado vio a las menores luego de haber abandonado el hogar.

Transcurridos dos días desde esta fecha, fue que la madre advirtió una irritación en los órganos sexuales de las menores, lo que la llevó a preguntarle a una de las niñas, supuestamente de forma “espontánea” y “natural”, si “alguien la había tocado”, descubriéndose en ese momento el supuesto atentado contra la libertad sexual de los menores”.

En este sentido, los supuestos abusos sexuales que habría perpetrado el condenado, habrían ocurrido, como se expuso en el escrito de acusación, justamente en la única oportunidad en la cual el accionante vio a las menores luego de haber abandonado su hogar, fecha en que se reunieron en casa de la abuela paterna de las menores, por lo que en primera instancia se dictó fallo absolutorio, al considerar innegable que “ese día no hubo posibilidad de que el procesado quedara solo con las niñas.” Sin embargo, tanto el Tribunal de Bogotá, como la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias ya mencionadas, hicieron referencia a otros hechos anteriores a los relatados por la madre de las menores en su denuncia, que no fueron puestos de presente ni en la imputación ni en la acusación. Adicional a lo anterior, en las referidas providencias, tampoco se señalaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de tales “hechos anteriores”. En efecto, en la condena se hizo referencia a los hechos como “en una ocasión (...)”, “alguna vez...”, “una oportunidad en que...”, sin precisión alguna. Sin embargo, en la sentencia se le condenó por hechos supuestamente ocurridos en días distintos a la única oportunidad en la que el acusado vio a las menores luego de haber abandonado el hogar, situación que en su opinión vulnera el principio de congruencia, pues no fue imputado en el escrito de acusación ni en la formulación de imputación.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, mediante auto del 26 de julio de 2013, la admitió y ordenó vincular, en calidad de autoridades accionadas a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para pronunciarse sobre los hechos de la demanda de tutela.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá señaló que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional carece de competencia para resolver el trámite de la presente acción de tutela, por lo que el expediente debió ser remitido a la Corte Suprema de Justicia. Añade que la decisión emitida se adecua a los lineamientos legales y constitucionales, sin afectar garantía fundamental alguna del accionante. Así, indicó que lo que se evidenció fue una disputa de criterios por las providencias dictadas, que no es procedente zanjar mediante la tutela, la cual debe declararse improcedente. Aunado a lo anterior, afirmó que no se configuraba la amenaza de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, manifestó que el actor no cumplió con el requisito de la inmediatez, pues transcurrieron más de once meses desde que se dictó la sentencia de condena emitida en su contra, sin que se advirtiera ninguna justificación para que, a pesar de haber tenido conocimiento de la actuación procesal, el accionante hubiera dejado transcurrir el tiempo sin acudir al amparo constitucional.

1.3.2. Contestación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

La accionada manifestó que la providencia de casación del 24 de abril de 2013, por ser emitida por la Corte Suprema de Justicia, como órgano límite y de cierre de la jurisdicción ordinaria, impide la procedencia de su revisión por vía de tutela. Advirtió además que el amparo incoado por el señor Serrano Cruz se sustenta en que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al calificar el libelo, vulneró el debido proceso, el derecho a la defensa y a la libertad personal. Sin embargo, la demanda de casación presentada, fue examinada en su integridad, a orden de establecer los presupuestos de lógica y debida fundamentación. Además, señaló que el demandante, al elaborar el libelo casacional, vulneró el principio de prioridad que rige la casación, referido a que el cargo de nulidad, por regla general, se debe presentar como principal.

Adicionalmente, indicó que se trató de un escrito mal concebido. En efecto, en cuanto al primer cargo, se afirmó que el actor omitió demostrar la regla de la sana crítica agredida, quedando el reproche en una sola discrepancia de criterios.

Igualmente, afirmó que la valoración de pruebas que se llevó a cabo en segunda instancia fue efectivamente revisada, y se concluyó que se habían respetado los postulados del método de la sana crítica. Con relación a la supuesta violación del principio de congruencia, se infirió que, tanto los cargos fácticos como los jurídicos, fueron respetados por el Tribunal.

Finalmente, en cuanto a la posible violación del derecho a la defensa, se afirmó que el casacionista se abstuvo de demostrar los requisitos de admisibilidad de la prueba negada y su trascendencia frente a las plurales decisiones adoptadas en el fallo recurrido.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Decisión de Primera Instancia

Mediante sentencia del 9 de agosto de 2012 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, se declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por Diego Serrano Cruz, por cuanto se consideró que si bien el accionante formuló recurso de casación contra la sentencia que le era adversa, no se observó que hubiera efectuado una debida argumentación y fundamentación de su pedimento. Por tal razón, el recurso de casación fue inadmitido, no como consecuencia de una decisión arbitraria de dicha corporación, sino del inadecuado uso de un recurso que el actor, a través de su defensor, tuvieron a su alcance para cuestionar el fallo condenatorio.

Se señaló igualmente que la mencionada falencia en la técnica casacional en que incurrió el actor, no puede ser conjurada por vía constitucional, razón por la que se entendió que el accionante no agotó en debida forma los recursos con los que contaba para controvertir ante la autoridad ordinaria la decisión penal emitida en su contra. Se afirmó también que, teniendo en cuenta que tal agotamiento no consiste sólo en formular cualquier demanda de casación o de elevar solicitud ante la Corte Suprema de Justicia, pues se requiere que el mismo sea presentado en debida forma, era necesario declarar improcedente el amparo.

Finalmente, se señaló que en la decisión de la Corte Suprema de Justicia no se evidenció irracionalidad, capricho o arbitrariedad alguna, por lo que no se encontró la existencia de una vía de hecho judicial, como lo alegó el señor Diego Serrano Cruz.

1.4.2. Impugnación del Fallo de Primera Instancia

Mediante escrito del 14 de agosto de 2013, se impugnó la sentencia de primera instancia, alegando que los argumentos expuestos en la demanda de tutela, fueron desatendidos en dicha providencia. Además, se indicó que las razones por las cuales existía inconformidad con la decisión penal en contra del actor habían sido expuestas en detalle y con claridad.

Se manifestó que las evidentes y flagrantes vías de hecho que tuvieron lugar en la sentencia condenatoria merecen la intervención oportuna del juez constitucional, pues se

presentaron varias vulneraciones a los derechos fundamentales del actor. Adicionalmente, se indicó que los argumentos que fueron puestos de presente en la demanda de casación fueron abiertamente desconocidos por la Corte Suprema de Justicia.

De la misma manera, se indicó que el defensor del actor, en la época en que se interpuso el recurso de casación, no empleó correctamente la técnica casacional, pero que lo que debe valorarse por el juez constitucional en este caso son las vulneraciones a los derechos fundamentales de los cuales fue víctima el señor Diego Serrano Cruz.

Se concluyó que si en gracia de discusión se admitiere que la casación no había sido formulada en debida forma, la utilización inadecuada de la técnica casacional, no puede ser impedimento para que un ciudadano del común pueda presentar una acción de tutela cuando considera que existieron en su contra arbitrariedades como las que supuestamente tuvieron lugar en este asunto.

1.4.3. Decisión de Segunda Instancia

Mediante sentencia del 16 de septiembre de 2013, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar improcedente la presente acción de tutela. Se argumentó que debido a la falta de técnica de la demanda de casación, no es de recibo que el actor pretenda ahora, a través de la tutela, subsanar su mal uso del recurso con que contaba.

Asimismo, reiteró que el objeto del recurso de casación es señalar y demostrar un error judicial, y que en este caso, antes de ocuparse el accionante de demostrar la vía de hecho, lo que pretende es que la jurisdicción constitucional se convierta en otra instancia, para volver sobre aspectos del litigio ya definidos por la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, en cuanto al reproche consistente en que no existió, en primera instancia, pronunciamiento alguno acerca de los argumentos esbozados por el accionante, se afirmó que, al no haberse superado en la presente acción de tutela el test de procedibilidad, no era posible abordar el tema de fondo.

1.5. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1.5.1. Copia de la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, emitida el 14 de agosto de 2012, en la cual se condenó al accionante a 96 meses de prisión, al hallarlo responsable del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años.[1]

1.5.2. Copia de la sentencia emitida por la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia el 24 de abril de 2013 en la cual se inadmitió la demanda de casación.[2]

1.5.3. CD de la formulación de imputación.

1.5.4. CD de la formulación de acusación.

1.5.5. Escrito de acusación realizado el 18 de julio de 2008.

1.5.6. CD del juicio oral y la lectura del fallo de primera instancia

Mediante auto del 10 de abril de 2014, ante la necesidad de vincular a todas las personas que puedan resultar afectadas por el presente fallo, para que estas puedan ejercer su legítimo derecho a la defensa, y teniendo en cuenta que para un análisis completo del caso sub judice se hace necesario contar con la sentencia de primera instancia del Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá emitida dentro del proceso penal seguido en contra del accionante, se resolvió ordenar (i) vincular al Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá al proceso de la referencia y (ii) oficiar al Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá para que allegue la sentencia emitida el 9 de marzo de 2012 mediante la cual se absolvió al señor Diego Serrano Cruz, así como el CD del juicio que tuvo lugar con ocasión a dicho proceso.

Así, mediante escrito del 30 de abril de 2014 el mencionado Juzgado proporcionó respuesta al auto referido, indicando que la copia de la sentencia y CD que contiene las diferentes secciones de la audiencia del juicio oral, se encuentran bajo custodia de la Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del SPA.

Por tal razón, se procedió a solicitar ante dicho Centro, tanto la sentencia como el CD de la audiencia de juicio oral, el cual fue entregado el 12 de mayo de 2014.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA

Con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo expuesto, corresponde a la Corte Constitucional determinar si la sentencia condenatoria, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, desconocen los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la libertad personal del señor Diego Serrano Cruz al haber incurrido supuestamente en un defecto fáctico y sustantivo al condenarlo.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala entrará a estudiar los siguientes temas: primero, la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, segundo, el defecto fáctico en la jurisprudencia, en especial, el defecto por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso y tercero la entrevista forense de menor víctima de delitos sexuales. Posteriormente, con base en dichos presupuestos, se abordará el caso concreto.

2.3. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Reiteración de Jurisprudencia-

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional[3] y está supeditada, entre otras cosas, a que los efectos de determinada decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales así como a que no exista otro medio judicial idóneo para proteger el derecho comprometido.

A este respecto, la Corte ha sentado una abundante jurisprudencia en torno a lo que ha sido 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)[4].

Así, en sentencia T-231 de 1994[5] se señaló, reiterando lo establecido en sentencia T-079 de 1993[6], en cuanto a la vía de hecho, lo siguiente:

“Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

En la misma providencia, se indicó:

“Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-125-12.htm> - _ftn1

“No sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución”.

De tal manera, y como se estableció en sentencia T-419 de 2011[9], la acción de tutela contra providencias judiciales sólo puede ser valorada por el juez constitucional, en aquellos eventos en los que logre comprobarse que la actuación del funcionario judicial fue “manifiestamente contraria al orden jurídico, o al precedente judicial aplicable, y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la

administración de justicia”[10]

Teniendo en cuenta lo anterior, producto de una labor de sistematización sobre la materia, en las sentencias C-590 de 2005[11] y SU-913 de 2009, se unificó los requisitos de procedencia y las razones de procedibilidad de la tutela contra sentencia[12]. De tal forma, la Corte ha distinguido entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial. En cuanto a los primeros, llamados “requisitos formales”, son aquellos presupuestos cuyo cumplimiento faculta al juez de tutela para que entre a analizar, en el caso concreto, si se ha presentado alguna causal específica de procedibilidad del amparo constitucional contra una providencia judicial. Así, en sentencia T-117 de 2013[13] se indicó son condiciones que deben ser examinadas por el juez, antes de pasar a analizar las causales materiales que podrían dar lugar al amparo, las 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.”

En la misma providencia se hace referencia, como fundamento esencial de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a la violación de la

Constitución por parte de la decisión examinada. Esta vulneración del derecho al debido proceso se evidencia en aquellos defectos identificados por la jurisprudencia, entre los que se cuentan los siguientes, explicados en sentencia T-117 de 2013[14], así:

1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.
2. Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido.
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.”

Finalmente, debe señalarse que para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, resulta imprescindible: (i) no sólo que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) sino también, que la decisión cuestionada por vía de tutela, haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos, y, finalmente, (iii) que el defecto sea de tal magnitud que implique una lesión o afectación a derechos fundamentales[15]. Teniendo en cuenta lo concerniente a la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, resulta necesario analizar, particularmente, lo atinente al defecto fáctico, en el cual se incurrió, a juicio del accionante, en las sentencias emitidas por las autoridades accionadas.

2.4. EL DEFECTO FÁCTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Sala considera conveniente hacer una breve alusión a cómo la jurisprudencia ha entendido el defecto fáctico, el cual, como lo señaló la sentencia T- 419 de 2011[16] “(...)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.”

En la misma providencia se indicó que 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”[17].

Asimismo, en la sentencia T-419 de 2011[18] se hizo referencia a los fundamentos y al margen de intervención que tiene el juez de tutela para configurar la ocurrencia de un defecto fáctico, para lo cual se señalaron criterios de aplicación fijados por la Corte, así:

“En punto a los fundamentos y al margen de intervención que tiene el juez de tutela para configurar la ocurrencia de un defecto fáctico, la Corte ha fijado los siguientes criterios de

aplicación:

- La intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que en sede de tutela se lleve a cabo un examen exhaustivo del material probatorio.

- Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima.

- Para que la acción de tutela pueda proceder por error fáctico, “[e]l 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”

En tal contexto, la Corte ha explicado, como se señaló en sentencia T-117 de 2013[19], que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria, o por la negación o no valoración de la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser; (ii) una acción positiva, la cual se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada, que no debió admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas, 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.

Luego de mencionar lo anterior, resulta necesario hacer énfasis en lo relativo al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso, siendo tal

concepto de relevancia en el caso sub examine.

El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso tiene lugar cuando “el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa[20] u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[21] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[22]. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez[23].”[24]

Así, tal hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta al momento de fundamentar la decisión respectiva, resultando evidente en el caso concreto que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente[25].

De la misma forma, y teniendo en cuenta que en el presente caso se pone en tela de juicio la valoración de pruebas respecto del delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años, cabe hacer referencia a lo ocurrido en sentencia T-554 de 2003[26], en la cual se analizaba el caso de una persona que habría cometido el mencionado delito en contra de su hija menor.

En tal oportunidad, se decidió dejar sin efectos la decisión de un fiscal que dispuso la preclusión de la investigación penal, al no estar de acuerdo con la realización de un tercer examen a la menor víctima del delito aplicando el principio del in dubio pro reo. Así, la Corte consideró que tal actuación había constituido una flagrante vía de hecho por defecto fáctico por cuanto se falló sin que se hubiera practicado una prueba que resultaba esencial para dilucidar un punto controversial del proceso; no se realizó una valoración conjunta de todas las pruebas; los indicios no fueron tomados en consideración; se presumió de falsa, sin más, la declaración de la víctima, y en últimas, se aplicó indebidamente el principio del in dubio pro reo cuando quiera que el Estado no había tomado todas las medidas que estaban a su alcance para llegar a la verdad de los hechos.

Asimismo, en sentencia T-458 de 2007[27], en la cual se analizó el caso de un acceso carnal violento, se ordenó revocar el auto mediante el cual se ordenó cesar procedimiento al

acusado por cuanto la Corte consideró que en el curso del proceso se habían presentado ostensibles defectos en el análisis probatorio los cuales constituyen irregularidades de tal magnitud que representan claras vías de hecho. Adicionalmente, se estimó que la juez de menores no había evaluado el material probatorio atendiendo las reglas de la sana crítica y había plasmado en su providencia un supuesto diferente al que le ofrecía la evidencia del bloque de pruebas.

También resulta oportuno referirse a la sentencia T-117 de 2013[28], pues en esa oportunidad también se concluyó que dentro de un proceso penal se había incurrido en un defecto fáctico, al no valorarse las pruebas aportadas (testimonio) en el expediente que determinaba la posible comisión de un abuso sexual en contra de una menor de edad, por lo que se ordenó se proferiera nueva providencia en la que se haga una valoración probatoria.

A ese respecto, en sentencia T-1015 de 2010[29], se estableció que, “de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación[30], este defecto se produce cuando el juez toma una decisión sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina[31], como consecuencia de una omisión en el decreto[32]o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”.

En la misma providencia, en cuanto a la procedencia de la tutela para remediar un defecto fáctico, se afirmó que la misma obedece a que, a pesar de las amplias facultades de las cuales es titular el juez natural para analizar el material probatorio, el funcionario debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales[33]. En el mismo sentido, se afirmó que la Corporación ha señalado de manera enfática que la intervención del juez de tutela en este ámbito es extremadamente reducida, pues el respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural, e inmediación, impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio[34]. De tal manera, se indicó que las simples diferencias de criterio en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos, por lo que la procedencia de la tutela está condicionada a que el error sea ostensible y tenga incidencia directa en la decisión que se pretenda controvertir.

De lo expuesto, puede concluirse 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 completamente de los hechos que han sido 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; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, es decir, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria sin contar con un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, tratándose 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 se valoren pruebas que han sido debidamente aportadas en el proceso.[35]

En el presente caso el accionante considera que el error fáctico que en su criterio tuvo lugar dentro del proceso seguido en su contra, recayó específicamente en las entrevistas que les fueron realizadas a las menores de edad, por lo cual la Corte estima necesario realizar un pronunciamiento acerca de la entrevista forense del menor víctima de delitos sexuales de manera general.

2.5. LA ENTREVISTA FORENSE DEL MENOR VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES

La entrevista forense que se le realiza a la menor víctima en el curso de un proceso penal cobra gran importancia al inicio de la actividad investigativa, ya que de la información obtenida en ella, la autoridad judicial logra formarse una visión de los hechos, de las personas que participaron, de las posibles motivaciones y un panorama de un sinnúmero de antecedentes que le serán necesarios para comenzar a desarrollar hipótesis del caso, y con el fin de proceder a dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas.[36]

Así, la entrevista, interrogatorio o conainterrogatorio que realizan los especialistas de la ciencia del comportamiento humano (psicólogos) debe realizarse al menor que ha sido víctima en el marco de un ambiente relajado e informal en medio del cual se escucha, registra y analiza las manifestaciones del afectado sobre hechos que interesan al proceso.

Igualmente, puede incluirse la realización de actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor[37].

Tal como se señaló en sentencia T- 117 de 2013[38], la diligencia de la entrevista forense debe desarrollarse 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. Al respecto, en la misma providencia se indicó lo siguiente:

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

Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.[39]”

En el mismo sentido, cabe resaltar lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en la sentencia del 29 de febrero de 2008, radicado N° 28257 respecto de la práctica de testimonios a menores de edad que han sido víctimas de delitos sexuales:

“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".[40]

De igual forma, debe hacerse alusión a los artículos 192 y 193[41] del Código de la Infancia y Adolescencia, en los cuales se establecen los criterios a tener en cuenta cuando los menores de edad sean víctimas de delitos. Se hace referencia a la importancia de tener en cuenta la opinión de los menores, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en la comentada ley. Finalmente, se señala que se debe velar porque a los menores no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo del proceso judicial de los responsables.[42]

Con lo anterior, queda claro 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, entre otros, en los casos en que se trata de entrevistas, o interrogatorios dentro de los procesos penales de delitos sexuales, y enseña que la participación de los niños en procesos de esa clase no equivalga a un ejercicio simbólico, sino real y efectivo, lo que implica que se le ofrezca la información que pueda comprender de acuerdo a su nivel educativo.[43]

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

De los hechos narrados en el escrito de tutela y de los documentos aportados en el trámite de la acción, la Sala encuentra probados los siguientes sucesos:

3.1.1. El señor Diego Serrano Cruz fue condenado a ocho (8) años de prisión por el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años, agravado en contra de sus dos (2) menores hijas, mediante sentencia del 14 de agosto de 2012 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la sentencia absolutoria emitida en primera instancia por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá.

3.1.2. Contra la decisión de segunda instancia, interpuso recurso extraordinario de casación al considerar vulnerada la ley sustancial por las siguientes razones (i) errores de hecho cometidos al valorarse las pruebas periciales, (ii) no haberse respetado el principio de congruencia en materia penal, (iii) ausencia de motivación de la sanción y, (iv) vulneración del derecho de defensa.

3.1.3. Mediante sentencia del 24 de abril de 2013 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se inadmitió el recurso mencionado por cuanto se afirmó que los cargos carecían de la correspondiente fundamentación al no demostrar las presuntas violaciones.

3.1.4. El accionante se encuentra actualmente recluso en la cárcel de Zipaquirá (Cundinamarca), pues se entregó a las autoridades el 28 de mayo de 2013.

3.2. PRECISIÓN PREVIA SOBRE EL OBJETO DE ANÁLISIS

Si bien la acción de tutela se presentó también contra una sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ello obedeció a que esa Corporación conoció la demanda de casación presentada por el accionante. Sin embargo, el presunto defecto fáctico señalado por el demandante se refiere exclusivamente a situaciones que se presentaron en la práctica de las pruebas durante el juicio oral y en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, sin enunciar en ningún momento algún defecto específico en la actuación de la Corte Suprema de Justicia.

La actuación llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia se limitó a inadmitir la demanda de casación presentada por el apoderado del accionante por falta de técnica en la elaboración del recurso, sin realizar una valoración sobre las pruebas allegadas al proceso, por lo cual los defectos señalados por el accionante no podrían tampoco ser predicables respecto de ese organismo.

En este sentido, en la acción de tutela no se formulan reparos específicos respecto de la inadmisión del recurso de casación, sino que se centran los cuestionamientos exclusivamente en etapas en las cuales la Corte Suprema de Justicia no tuvo ninguna intervención. Por lo anterior, el análisis se centrará en las actuaciones señaladas por la acción de tutela que se presentaron durante el juicio y en la sentencia de segunda instancia.

3.3. LAS DECISIONES ESTUDIADAS NO INCURREN EN DEFECTO FÁCTICO

Como se indicó en la parte considerativa de esta sentencia, el defecto fáctico tiene lugar : (i) cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse completamente de los hechos que han sido 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; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, es decir, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria sin contar con un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, tratándose 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 se valoren pruebas que han sido debidamente aportadas en el proceso.[44]

A continuación se analizará si se presenta alguno de estos eventos respecto de las providencias accionadas del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3.3.1. Inexistencia de fallo en contra de la evidencia probatoria

Tal como se indicó anteriormente, en el asunto sub judice la Sala no evidenció la ocurrencia de esta circunstancia, pues como consecuencia de lo que se probó en el curso del proceso, el Tribunal resolvió condenar al accionante, decisión que de manera clara se encuentra en consonancia con los hechos que fueron probados:

3.3.1.1. Desde el punto de vista probatorio, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá comienza por analizar extensamente todas las pruebas recaudadas en el expediente: (i) la

declaración de Nancy Esther de la Hoz Matamoros, psiquiatra forense que realizó las entrevistas a las menores, (ii) la declaración de Paula Botero Llano, madre de las menores, (iii) la declaración de Hortencia Llano Torres, abuela de las menores, (iv) la declaración de Tatiana Alvear Aragón, perito en el juicio oral, (v) la entrevista psicológica practicada por Tatiana Alvear Aragón a MPR, (vi) el testimonio de la psicóloga María Alexandra Sánchez de la Fundación Creemos en tí, (vii) la declaración del psiquiatra José Gregorio Mesa Azuero, (viii) la declaración de Jaime Eduardo Torres Quintero, (ix) la declaración de la madre del procesado María Eugenia Marín Cruz, (x) la declaración de Sandra Milena Vera Pérez, quien trabaja en la casa de la madre del procesado, (xi) la declaración de la psicóloga Mary Luz Cadena Torres, (xii) la declaración de Sergio Humberto Serna Hernández, cuñado de la madre de las menores y, (xiii) la declaración del psicólogo Roberto Sicard León.

3.3.1.2. Posteriormente, el Tribunal Superior de Bogotá refutó la argumentación de la primera instancia en los siguientes aspectos:

(i) Señala que la sentencia absolutoria centra su análisis en la visita que realizaron las niñas a la residencia de su abuela paterna, pese a que se encuentra demostrado que el padre vio a las menores en otras ocasiones diferentes a aquella tarde en la cual, según la sentencia, no estuvieron solos.

(ii) Manifiesta que el fallo de primera instancia se concentra en explicar la irritación anal de las menores, pero no analiza la genital.

(iii) Afirma que no existe razón para desvirtuar lo señalado por la madre de las menores, simplemente se adujo que lo dicho se puede haber ocasionado en una retaliación sentimental sin que se hubiera acreditado que se faltó a la verdad.

(iv) Expone que nunca se logró justificar la causa de la conducta recurrente de masturbación de las menores, simplemente se señaló que la madre solamente lo cuestionó luego de su separación con el accionante. En este sentido, manifiesta que esta conducta se presenta por deficiencias de asistencia en su desarrollo o por abuso sexual y se descarta la primera, pues las menores no estaban abandonadas.

(v) Señala que las menores no cambiaron sustancialmente su primera versión que señala consistentemente el abuso de su padre.

(vi) Afirma que las entrevistas realizadas a las menores demostraban que se generaba gran angustia en ellas cuando se les hablaba del juego del lobo.

(vii) Expone que las menores manifestaron en las entrevistas que se les realizó, que el lobo les tocaba “la cuquis” y mostraron sus genitales para indicar la parte del cuerpo que el procesado les acariciaba con la mano o con besos.

3.3.1.3. Posteriormente el fallo del Tribunal Superior analizó puntualmente las pruebas que demostraban que el actor había cometido el delito de acto sexual abusivo:

3.3.1.3.1. En primer lugar, menciona el testimonio de la madre, señalando los aspectos más relevantes y que nunca pudieron ser desvirtuados dentro del juicio:

(i) La ocasión en que una de las niñas se sentó sobre el muslo del papá moviéndose, y a pesar de que la madre le llamó la atención, él no la retiró, debiéndolo hacer Paula.

(ii) La oportunidad en que el procesado estaba recostado en la cama y la niña se colocó la cobija entre la pelvis y el estómago y se movía; actos tolerados por el padre, viéndose obligada Paula Botero Llano a retirar a la menor.

(iii) El hecho de permitir que una de las niñas le cogiera el pene al accionante, presentando erecciones. Dicha situación que fue presenciada por la madre, quien reprochó al actor lo ocurrido, a lo que él respondió que la menor estaba solo curioseando.

(iv) Diego Serrano Cruz se llevó a su consultorio a una de las niñas y cuando regresaron ésta le dijo a la mamá: “papi me tocó la cuquis en el carro, por lo que lo enfrentó con la hija y terminó creyéndole a él quien le dijo que si había estado todo el día era normal que tenía que limpiarla”.

3.3.1.3.2. La sentencia analizó cada uno de los dictámenes periciales que incriminaban al denunciante:

“Al examinar los contenidos de la prueba pericial y testimonial en los que se funda el fallo del tribunal no se encuentran contradicciones sustanciales, uniformemente todas ellas conducen a los tocamientos en los órganos genitales las víctimas las atribuyeron al padre sin que obre en el expediente argumento atendible que descalifique el mérito que

probatoriamente representan tales elementos de juicio en relación con la pluralidad de actos sexuales abusivos cometidos en “S” y “M” por Diego Serrano Cruz.”[46]

3.3.1.3.3. Finalmente, la sentencia estudio profusamente los dictámenes y pruebas de la defensa, desvirtuando puntualmente sus principales conclusiones. En este sentido, se estudiaron los problemas de la prueba psicológica practicada por Gregorio Meza Azuero y las declaraciones de los psicólogos de la defensa Roberto Sicard León y Mary Cruz Cadena.

3.3.2. Inexistencia de pruebas ilícitas que hubieran tenido que excluirse en el proceso

En este aspecto, el accionante señala cuatro (4) cuestionamientos específicos en relación con las entrevistas realizadas a las menores de edad que podrían afectar su licitud:

3.2.2.1. Manifiesta que las entrevistas realizadas no fueron debidamente valoradas, pues únicamente se tuvieron en cuenta, de forma cercenada y descontextualizada, los apartes que perjudicaban al accionante, sin tener la fortaleza suficiente para infirmar la presunción de inocencia.

En este aspecto debe tenerse en cuenta que la sentencia de segunda instancia realiza un análisis profundo no solamente de las entrevistas, sino también de las pruebas presentadas por la defensa, tal como ocurrió con los testimonios de los doctores Gregorio Meza Azuero, Roberto Sicard León y Mary Cruz Cadena, concluyéndose las inconsistencias de sus conclusiones.

3.2.2.2. Señala que no es recomendable realizar varias evaluaciones psicológicas a los menores de edad, pues eso constituye una práctica inapropiada en la realización de dichas entrevistas.

La protección especial sobre los menores de edad en los procesos penales exige que las autoridades deban evitar que los mismos sean revictimizados a través de la repetición de sus testimonios o entrevistas que revivan experiencias traumáticas. Sin embargo, la realización de varias entrevistas o testimonios a un menor de edad no invalida su realización y menos aún cuando lo que se pretende no es su doble victimización, sino el esclarecimiento de los hechos para verificar si fueron objeto de una grave violación a sus

derechos humanos.

Por lo anterior, la necesidad de evitar la realización de varias entrevistas a un menor de edad no constituye una garantía a favor del imputado, sino del menor y por ello no puede alegarse por este último para deslegitimarlas.

3.2.2.3. Afirma que la defensa no tuvo la posibilidad de realizar un interrogatorio directo a las menores, razón por la cual debió acudir a la opinión de expertos en materia de valoraciones médicas y psicológicas

Si bien en la acción de tutela se señala que no se permitió un interrogatorio directo a las menores, si se revisa la audiencia preparatoria se puede ver que la defensa del accionante no solicitó el testimonio de las menores y sí otras pruebas que tenían por objeto desvirtuar las entrevistas realizadas a ellas, como los testimonios de: Vladimir Orlando Florez[47], Mauricio Torres Valdivieso, Claudia Patricia Serrano Cruz, María Eugenia Marín Cruz, Sandra Milena Vera Pérez, Marcela Lomanto Cardona, Jairo Germán Chavez Valera, Vanesa Mc Cornick Salcedo, Alberto Enrique Trespalacios, Manuel Andrés Ferro Morales, Edwin Ramirez Cubides, José Gregorio Mesa Azuero, Roberto Sicard León, Franlin Escobar Córdoba, Mariluz Cadena Torres, Adriana Patricia Espinosa Becerra, Fernando Giovanni Arias Morales y Olga Lucía Castaño Torres. Así mismo, se solicitó la incorporación de la petición efectuada el 23 de diciembre de 2003 por Paula Botero Llano al ICBF y el oficio número 0053 de enero 8 de 2010.

La selección de las pruebas solicitadas en la audiencia preparatoria es una facultad de la defensa y en muchos casos obedece a una estrategia válida dentro del debate probatorio, pero lo que no puede aceptarse es que se diga en este momento que no se permitió a la defensa interrogar a las menores cuando esta prueba no se pidió en la audiencia preparatoria.

Como ya se dijo previamente, tanto el Código de Procedimiento Penal como el Código de la Infancia y la Adolescencia permiten que se lleven a cabo declaraciones de menores de edad, garantizando en todo caso la máxima protección de sus derechos, por lo cual, si la defensa lo estimaba necesario y sobre todo, teniendo en cuenta la importancia de

las entrevistas, pudo haber solicitado esta prueba, pero no lo hizo.

3.2.2.4. Señala que una de las peritos del CTI reconoció que efectivamente había realizado preguntas indebidas a las hijas del condenado.

En cuanto al material probatorio tenido en cuenta en el proceso seguido en contra del accionante, cabe referirse a la licitud de las pruebas que fueron practicadas a las menores y las cuales fueron descalificadas por parte del actor en el escrito de tutela.

Una de las pruebas que jugó un rol fundamental dentro del mencionado proceso fue la entrevista que realizó la psiquiatra forense Nancy de la Hoz, sobre la cual, la misma rindió testimonio, posteriormente, en el juicio oral, con el objeto de explicar lo ocurrido en el interrogatorio y emitir conclusiones.

La doctora Nancy de la Hoz, labora para el Instituto de Medicina Legal hace 21 años, y hasta el 2005 había efectuado un promedio de 3000 dictámenes periciales. Debe aclararse que ella misma realizó tanto la entrevista de las menores, como de la ex esposa del actor, lo cual, de acuerdo con los protocolos de la psiquiatría en Colombia, no resulta incompatible.

En cuanto a la supuesta inconsistencia del uso de muñecos sexualizados, la psiquiatra aclaró que tal situación no intervino en su dictamen, pues se basó solamente en el relato de las menores, con lo cual, su objeto de recoger evidencia psicológica fue logrado.

Con relación a la técnica que dicha profesional utilizó en sus entrevistas, afirmó que los protocolos de psiquiatras y psicólogos señalan que no existen reglas rígidas en ese sentido, pues hay variaciones de métodos y cada profesional puede utilizar una técnica al momento de realizar las entrevistas. De las diferentes metodologías, existe una llamada entrevista semiestructurada, la cual se basa en la formulación de preguntas abiertas con el fin de recoger una narración espontánea, y la cual usó la psiquiatra Nancy De La Hoz en este caso. Así, por el hecho de haber recurrido a una u otra metodología, no puede entrarse a descalificar la prueba obtenida de dichos interrogatorios.

Teniendo en cuenta lo anterior en cuanto a la práctica de dichas pruebas, y que se trata de

una profesional que cuenta con estudios y experiencia como psiquiatra, no hay razón por la cual no deba dársele plena validez a las pruebas obtenidas en las entrevistas referidas.

En lo concerniente a los interrogatorios realizados por la perito Tatiana Alvear Aragón, se advierte que se trata de una psicóloga profesional graduada en 1995, que recibió capacitación sobre entrevistas a menores de edad, por lo cual no existe motivo alguno para suponer que no actuó conforme a los principios que gobiernan los procedimientos de dichos interrogatorios a menores víctimas de abusos sexuales.

En la entrevista que llevó a cabo con las dos niñas, la psicóloga afirmó que buscaba obtener respuestas de orientación, identificación y reconocimiento personal, familiar y social. En efecto, al preguntar a una de las menores sobre si “alguien” le había tocado la “cuquis”, la niña respondió negativamente, y al reiterar el cuestionamiento, la perito involucra la misma pregunta, como lo indica ella misma, siempre con las expresiones que a una menor no le causan prevenciones, por lo que el hecho de repetir las preguntas formuladas no implica que se esté realizando de manera indebida la entrevista.

En efecto, su dictamen, confrontado con los demás, demuestra que existe uniformidad con aquellos realizados por las demás profesionales, pues las tres concluyen que las niñas refieren vivencias de contenido sexual con su padre. Además, la perito Alvear Aragón usó imágenes anatómicas, siendo de una técnica aceptada en esa materia aunque no todos los peritos la apliquen.

De la misma manera, y en cuanto a las entrevistas que fueron realizadas por parte de la profesional María Alexandra Sánchez, se trata de una psicóloga que obtuvo su título en el año 2000, trabajó en la Fundación “Creemos en ti” hasta el año 2005, prestando posteriormente asesorías en la misma Institución. Las entrevistas realizadas por ella fueron llevadas a cabo a petición de la madre de las niñas, lo cual evidencia que las niñas fueron valoradas tanto por profesionales contratadas, como por personas designadas por la Fiscalía, situación que llama la atención porque en dichas valoraciones todas las peritos emitieron conclusiones en el mismo sentido.

Así, aunque las menores de edad fueron entrevistadas en varias ocasiones, en cada una de ellas manifestaron lo mismo. Tal situación hace que, aunque se llevaron a cabo varias valoraciones, no se trate de pruebas ilícitas, sino, por el contrario, teniendo en cuenta que

en todos los casos se obtuvo una respuesta en el mismo sentido, se logró tener mayor certeza, pues las menores confirmaron siempre sus relatos.

La profesional María Alexandra Sánchez precisó que en su condición de psicóloga clínica, acudió a las reglas que profesa para obtener, de manera adecuada, el relato del menor, afirmando que en los interrogatorios acudió a la técnica de entrevista semiestructurada.

De lo anterior, se evidencia que al haberse tratado de reiteradas entrevistas, esto tendría incidencia en la decisión judicial siempre y cuando las menores hubiesen cambiado sustancialmente la primera versión que proporcionaron, lo cual no se presentó, pues el relato es mantenido por ambas menores en todas las entrevistas, lo cual, contrario a volver ilícitas dichas pruebas, ofrece más certeza al juez. Tanto es así, que las respuestas proporcionadas por las dos niñas ante las peritos de la Fiscalía son confirmadas en lo sustancial. De ahí que estas pruebas, sin excepción, conducen efectivamente a concluir que las dos hijas del accionante hacen referencia a situaciones eróticas vividas con su padre. Sumado lo anterior, entre las pruebas periciales y las testimoniales, no se encuentran contradicciones sustanciales, pues el resultado de todas ellas fue precisamente lo que permitió que las profesionales concluyeran en un mismo sentido.

Finalmente, los conceptos de las tres (3) profesionales cumplen con las exigencias y condiciones requeridas para su práctica, por lo que lo afirmado en ellos se tiene como prueba y no se evidencia razón alguna que permita hablar de ilicitud en su práctica. Como se pudo ver, los métodos que utilizaron tanto las psicólogas como la psiquiatra, no son descalificables en ningún sentido, pues todas cumplieron con los principios propios de la realización de este tipo de entrevistas.

3.3.3. Congruencia entre lo probado y lo resuelto

Con respecto a la tercera hipótesis, es decir, aquella en la cual se presenta incongruencia entre lo probado y lo resuelto, dicho evento tampoco ocurre en el proceso en cuestión. Las pruebas recaudadas en el proceso señalan la existencia de tocamientos indebidos y de contenido sexual por parte del actor hacia sus menores hijas, lo cual se enmarca claramente dentro de los elementos del tipo penal de acto sexual abusivo agravado con menor de edad, contemplado en el artículo 209 del Código Penal que sanciona al que “realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14)

años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales.”

3.3.4. Cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes

De las pruebas a las que se ha hecho alusión, ninguna es ajena a lo analizado y ocurrido en el caso bajo estudio, pues todas y cada una de ellas, se encontraban dirigidas a esclarecer la situación de los supuestos tocamientos de contenido sexual de los que fueron víctimas las menores hijas del accionante.

3.3.5. Dar por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso

Con relación a la quinta circunstancia en la cual se constituye defecto fáctico, consistente en dar por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio, es evidente que en el caso examinado por la Sala, al contar con el testimonio de la madre de las menores, con los interrogatorios de las niñas y con las entrevistas realizadas por las profesionales forenses, entre otros, se obtuvo suficiente material probatorio que permitiera llegar a una conclusión mediante la cual se condenara al accionante, de ahí que no pueda afirmarse, de ninguna manera, que no hubiera existido soporte probatorio.

Como se estableció en la parte considerativa de esta sentencia, el defecto fáctico surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión[48]. En el caso bajo estudio, luego de observar lo ocurrido en la audiencia de juicio oral, es claro que no hay lugar a afirmar que el juez careciera de sustento probatorio para tomar una decisión y aplicar la norma, pues efectivamente se contó con diverso material probatorio.

En efecto, tal como se evidenció en las audiencias de juicio oral, se recibió el testimonio de la psicóloga y psiquiatra forenses, las cuales se refirieron a las entrevistas que ellas mismas realizaron a las menores de edad. De otra parte, se contó con el testimonio de la madre de las menores, de la abuela de las mismas, y de la empleada de la madre del condenado, quienes fueron interrogadas y escuchadas en la audiencia. Adicionalmente, se observó que los interrogatorios realizados a las menores en la Cámara de Gesell, también fueron vistos, y ciertas de sus partes repetidas varias veces en la mencionada audiencia, pues con el fin de obtener certeza y analizar lo dicho por cada una, resultó necesario observar

repetidamente dichos interrogatorios.

De otra parte, tal como se explicó en esta sentencia, al momento de valorar la prueba, se configura defecto fáctico siempre que el funcionario judicial la valore de manera arbitraria, irracional y caprichosa y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Dicha situación no se presentó en el asunto estudiado, pues no se evidencia de manera alguna que la valoración del material probatorio hubiese sido arbitraria. Lo anterior, por cuanto se pudo observar, en las audiencias, que tanto la psicóloga como la psiquiatra forense afirmaron haber notado que las menores aludían en sus relatos a episodios de carácter sexual con su padre. Las mismas refirieron también que las niñas aludieron a eventos puntuales de contenido erótico y sexual con su progenitor, de lo cual, concluir que el padre había realizado actos de naturaleza sexual con sus hijas, no resulta una conclusión caprichosa y mucho menos irracional.

Aun más, de lo dicho por las dos menores de edad al ser interrogadas en la cámara de Gessell, una de ellas afirmó: “El pipí de mi papá parece un dulce de goma, a veces se pone grande”.

Igualmente, refiriéndose a los actos que realizaba su padre cuando jugaban “el juego del lobo”; una de las menores indicó: “Mi papá se hizo chichí en mis cucos.”

Frente a la gravedad de tales afirmaciones, provenientes de una menor de 3 años y 10 meses, la psiquiatra forense señaló que no resulta normal ni usual que una niña de esa edad refiera eventos como los mencionados, pues se trata de circunstancias que no debe conocer una menor de edad en condiciones normales, más aún cuando lo afirma de manera tan clara. Con dicho material probatorio, y teniendo en cuenta lo concluido por parte de las profesionales forenses, no resulta aceptable afirmar que el juez cuya sentencia es censurada, haya valorado las pruebas de manera arbitraria o abusado de su poder discrecional al condenar al accionante.

Tampoco puede afirmarse que en el proceso no se hubiera practicado una prueba esencial para dilucidar un punto controversial del proceso, lo cual constituye otra de las características del defecto fáctico, como se señaló en las consideraciones de esta sentencia, pues resulta evidente que las pruebas que se realizaron en el proceso bajo estudio, especialmente los interrogatorios que fueron llevados a cabo con las niñas, eran, sin lugar a

dudas, las pruebas esenciales y centrales para esclarecer los hechos.

3.3.6. Cuando no se valoren pruebas que han sido debidamente aportadas en el proceso

Finalmente, en cuanto a la última de las causas que generan un defecto fáctico según la jurisprudencia de la Corte, atinente a la no valoración de pruebas que han sido debidamente aportadas al proceso, debe aclararse que el accionante aduce que determinadas declaraciones rendidas por los testigos expertos de la defensa se descartaron de plano y sin mayor argumentación. Tal situación, lejos de constituir un defecto fáctico por la no valoración del material probatorio debidamente allegado, implica simple y llanamente que el actor no está de acuerdo con el valor que se le dio a determinada prueba, pues en su sentir, el juez debió valorarla de manera diferente, lo cual no puede ser objeto de estudio por el juez constitucional si no se evidencia una flagrante violación a los derechos fundamentales. En efecto, valorar cierta prueba de determinada manera, no equivale de ninguna manera a omitir realizar una valoración.

No es cierto que no se hayan valorado las pruebas que presentó el accionante a su favor, por el contrario en la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá se realizó un extenso relato de las mismas y se controvirtieron fundadamente muchas de sus conclusiones:

Se analizó extensamente la prueba psicológica practicada por Gregorio Meza Azuero al procesado. En especial, se descartó la afirmación de acuerdo con la cual las relaciones sexuales fuera del matrimonio implicarían su gusto por las personas mayores de edad y se cuestionó que no se hubiera hecho un análisis del alcance del juego del lobo ni de lo afirmado por las menores. Se estudiaron también de manera profusa las declaraciones de los psicólogos de la defensa Roberto Sicard León y Mary Cruz Cadena concluyéndose las inconsistencias de sus conclusiones.

De todo lo anterior, debe concluirse que la sentencia condenatoria, censurada por el accionante, no presentó en modo alguno error por defecto fáctico, pues como se comprobó en esta sentencia, las pruebas allegadas al proceso penal seguido en contra del actor, fueron debidamente valoradas permitiendo al juez llegar a un fallo congruente, razonable y consecuente con lo probado.

3.4. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA POR

DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El principio de congruencia está consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”. Por lo anterior, para la determinación de la congruencia es necesario hacer un análisis de los delitos y hechos señalados en la acusación respecto de aquellos por los cuales se profiere una condena.

El accionante señala que el escrito de acusación y la formulación de imputación se remiten a hechos ocurridos a comienzos del mes de junio del año 2006, en la única oportunidad en la que el acusado vio a las menores luego de haber abandonado el hogar:

“Los anteriores presupuestos fácticos, concordantes con los expuestos en la audiencia de formulación de imputación, refieren a los supuestos abusos sexuales que habría perpetrado Serrano Cruz en contra de sus menores hijas, a comienzos del mes de junio del año 2006, justamente en la única oportunidad en la que el acusado vio a las menores luego de haber abandonado el hogar. Transcurridos dos días desde esta fecha, fue que la madre advirtió una irritación en los órganos sexuales de las menores, lo que la llevó a preguntarle a una de las niñas, supuestamente de forma “espontánea” y “natural”, si “alguien la había tocado”, descubriéndose en ese momento el supuesto atentado contra la libertad sexual de los menores”.

Al contrario de lo señalado por el accionante si se examina el escrito de acusación emitido el 18 de julio de 2008, puede concluirse claramente que en ningún momento se imputan hechos ocurridos en una fecha determinada sino a abusos en general cometidos por el imputado respecto de sus hijas:

“El día 6 de junio del año 2006, la señora Paula Botero Llano, madre de las menores Sonia y María Serrano Botero, instauró denuncia penal en contra de Diego Serrano Cruz, madre de las menores mencionadas, por posibles actos sexuales de los cuales fueron presuntamente víctimas sus hijas. El domingo 4 de junio de 2006 la señora Paula Botero Llano percibió que Sonia, una de sus hijas, presentaba una irritación en sus genitales frente a lo cual preguntó a la niña si alguien la había tocado a lo que respondió que sí, el lobo. Seguidamente le interrogó cómo así que el lobo, contestando la niña kike, es decir, su papá Diego Serrano

Cruz, Sonia, le mostraba a su mamá tocándose los genitales. Seguidamente la denunciante, habló con María, su otra hija, quien le respondió que su padre le cantó la canción del lobo “juguemos en el bosque mientras el lobo está el lobo está?” y le decía que el lobo le iba a tocar la cuquis tocándose la niña los genitales. De igual manera Sonia le comentó a su madre que habían jugado al lobo y que su padre le había tocado la cuquiris con la cola larga del lobo y se tocaba con la mano, evidenciando la niña nervios y ansiedad. María le expresó a su señora madre que le había cantado la canción del lobo y que el lobo le había dicho te voy a tocar la cuquis, y que lobo le había quitado los pantalones. En actos de investigación adelantados por la Fiscalía, María describe con su dedo pulgar de la mano derecha, movimientos ascendentes y descendentes en la zona vaginal de una muñeca. Refiere la menor que su padre le mordía la cuquiris con la boca y no con los dientes, Sonia en una práctica forense psicológica con un muñeco terapéutico, le subió la falta a la muñeca, le bajó los interiores y comenzó a realizar movimientos ascendentes y descendentes sobre la zona genital (vagina). Luego de los hechos, las menores desarrollaron hábitos masturbatorios extremos y juegos evidentemente sexuales”

Con lo anterior queda evidenciado que los términos de la imputación son generales, y que solamente se hace referencia a fechas en específico cuando se hace alusión al día en que la denuncia fue presentada y al día en que la madre de la menores observó las irritaciones, lesiones y dolor perianal en una de sus hijas, pero en ningún caso a un momento específico de la ocurrencia de los hechos. Por su parte, en la audiencia de formulación de acusación, se hizo referencia a que el accionante es acusado por “actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso sucesivo y homogéneo”. Por lo que puede afirmarse que, en dicha audiencia tampoco se hizo alusión a una única fecha de ocurrencia de los hechos de manera específica.

Por otro lado, la imputación jurídica realizada al acusado se refiere al delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo:

“La Fiscalía General de la Nación, Ejerciendo la Acción Penal del Estado, en nombre del Pueblo de Colombia y por Autoridad de la Constitución Política, ACUSA a Diego Serrano Cruz, identificado con la C.C. No. 80’418.168 expedida en USAQUEN, como AUTOR MATERIAL, del delito de:

ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS, descrito y sancionado en el Artículo 209 del Código Penal, conducta agravada por los numerales 2°, 4°, 5° del Artículo 211 del estatuto superior represor, es decir, por cuanto el imputado es el padre de las víctimas; porque aquellas aún no superan los doce años de edad y toda vez que vivían bajo el mismo techo para la época de los hechos.

Fenómeno concursal. Homogéneo y Sucesivo de conformidad con lo establecido en el Artículo 31 del CODIGO PENAL.

Dosimetría Penal. De 3 a 5 años, esto es, de 36 a 60 meses; más el incremento del Artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que eleva la pena de una tercera parte del mínimo a la mitad del máximo, resultando de 48 a 90 meses; más las circunstancias específicas de agravación punitiva que arrojan de 64 a 135 meses de prisión, es decir, de 5.3333 a 11.25 años de prisión”

En este sentido, debe tenerse en cuenta que en las audiencias referidas se hizo clara alusión a actos sexuales homogéneos y sucesivos, por lo cual, no se estaba haciendo referencia a la realización de un sólo delito, pues dichos términos aluden, como es evidente, a varias conductas. En efecto, el concurso homogéneo sucesivo se conoce como aquel en el cual el autor comete el mismo delito varias veces, agotándolo en cada ocasión, lo cual ocurrió en el caso del accionante. De la misma forma, en la teoría del caso tampoco se hace referencia sólo a lo ocurrido el día en que el actor pasó la tarde con las menores en casa de su madre, pues las oportunidades en que se aludió al juego del lobo o a los tocamientos referidos por las menores, se habla de manera abierta sin especificar un día en concreto. En efecto, aún en la teoría del caso presentada por la Defensa se confirma que la imputación de la Fiscalía no circunscribía los actos de que fueron víctimas las menores, de manera específica, al día en el cual las menores departieron en la casa de su abuela con el actor.

Con todo lo anterior, se concluye que el principio de congruencia no fue vulnerado en la decisión de segunda instancia, pues como se vio, tanto en la formulación de imputación, como en la de acusación, no se circunscribieron los hechos a una sola fecha en particular, sino al abuso sucesivo de las menores de edad por su padre. Aún más, como se observó en las diferentes audiencias, los relatos de las menores aluden a tocamientos y situaciones de carácter sexual respecto de los cuales no señalan un día exacto en los que tuvieron

ocurrencia.

3.5. Conclusión y decisión a adoptar

En suma, la Sala concluye que en este caso no se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el accionante, en razón a que se valoró de manera adecuada el material probatorio aportado al proceso, y se respetó cabalmente el principio de congruencia en materia penal.

En consecuencia, la Sala revocará los fallos de tutela proferidos el nueve (9) de agosto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura y el dieciséis (16) de septiembre de 2013 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y en su lugar, negará la acción de tutela presentada por el señor Diego Serrano Cruz contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos de tutela proferidos el nueve (9) de agosto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y el 16 de septiembre de 2013 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y en su lugar, NEGAR la acción de tutela presentada por el señor Diego Serrano Cruz contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

SEGUNDO.- LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

cúmplase.

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA T-309/14

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

En el presente caso, tal como se puede advertir, el defecto fáctico se configura en esta última dimensión, por cuanto el juez valoró equivocadamente tanto las pruebas aportadas en contra del accionante, como las aportadas por la defensa. Como se expondrá a continuación, el ad quem valoró erróneamente pruebas que además adolecían de defectos. En este sentido, el juez asumió que la técnica profesional empleada era adecuada ya que al no existir reglas rígidas podía haber variaciones en los métodos utilizados por cada profesional. Sin embargo, desecha el análisis crítico adelantado por uno de los peritos de la defensa cuestionando la idoneidad profesional sin tener en cuenta su pertinencia y conducencia, lo que afectó sin duda la decisión adoptada por el juez que condenó al

tutelante.

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA-Afectación al resultar complejo defenderse de acusaciones que no pueden ser materializadas y resultan abstractas (Salvamento de voto)

Llama igualmente la atención que justamente de los hechos que dan lugar al proceso penal no aparezca probada la conducta delictiva que se endilga al tutelante, sino que, por el contrario, no se puede advertir el abuso sexual en dicha oportunidad. Sin embargo, la condena se produce a partir de otras circunstancias de tiempo, modo y lugar que no se precisan a la hora de la condena. Esto sin duda afecta el debido proceso y el derecho de defensa del accionante, ya que resulta complejo defenderse de acusaciones que no pueden ser materializadas y resultan abstractas.

DERECHO DE DEFENSA Y RECURSO DE APELACION-Instrumento para remediar errores judiciales (Salvamento de voto)

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION-Finalidad (Salvamento de voto)

Este recurso extraordinario debe operar cuando se advierta la vulneración de derechos fundamentales, como una forma más de control efectivo de intereses iusfundamentales. En el presente caso, la duda razonable que se cierne sobre la responsabilidad del procesado sumado a los derechos de los menores, el derecho a la defensa y la garantía de acceso a la justicia, comportaban la necesidad de que se conociera en sede de casación la condena de la que fue objeto el accionante.

REF: Expediente T-4207196

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte, bajo el riesgo de equivocarme solo, considero necesario formular salvamento de voto, por las razones que a continuación expongo:

Existencia de defecto fáctico en su dimensión negativa

1.- Lo que ocupaba a la Sala en esta oportunidad era el análisis de la ocurrencia de un defecto fáctico en la sentencia condenatoria del tutelante.

2.- Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el defecto fáctico se presenta tanto en una dimensión positiva como en una negativa[49]. En la primera, el acervo probatorio no debió ser admitido o valorado por ejemplo en los casos de pruebas ilícitamente recaudadas[50]. En la segunda, esto es la dimensión negativa, el funcionario judicial no practica la prueba, no la valora o, si lo hace, es de forma evidentemente errónea. En el presente caso, tal como se puede advertir, el defecto fáctico se configura en esta última dimensión, por cuanto el juez valoró equivocadamente tanto las pruebas aportadas en contra del accionante, como las aportadas por la defensa. Como se expondrá a continuación, el ad quem valoró erróneamente pruebas que además adolecían de defectos.

En este sentido, el juez asumió que la técnica profesional empleada era adecuada ya que al no existir reglas rígidas[51] podía haber variaciones en los métodos utilizados por cada profesional. Sin embargo, desecha el análisis crítico adelantado por uno de los peritos de la defensa cuestionando la idoneidad profesional sin tener en cuenta su pertinencia y conducencia, lo que afectó sin duda la decisión adoptada por el juez que condenó al tutelante.

3.-A diferencia de lo que sostiene la ponencia, considero que las pruebas que fundamentaron la condena, fueron recaudadas, a partir de la desatención de los mínimos que la jurisprudencia y la técnica establecen. Se presentaron múltiples anomalías en las que se inducían las preguntas o se malinterpretaban las respuestas, así como se obviaban circunstancias que podrían aclarar los sucesos. Por ejemplo, se omitió todo lo relacionado con el “juego del lobo” en torno a su contextualización y de quiénes más jugaban con la menor, algo en lo que el representante del Ministerio Público coincidió, cuando solicitó el fallo absolutorio en la audiencia del juicio oral de alegatos de conclusión.

4.-De otra parte, es llamativo que las declaraciones rendidas por los testigos presentados por la defensa del actor hubieran sido desechadas, a pesar de la claridad y pertinencia, cuestionando su idoneidad e incluso confrontándolas con las declaraciones de la madre, las

cuales le merecieron al juzgador de segunda instancia toda la credibilidad. Así, respecto de la prueba psiquiátrica de uno de los peritos sobre el tutelante, el ad quem parte de la base de la veracidad indiscutible de las afirmaciones hechas por la madre de las menores para cuestionar que no se hubiera hecho referencia a estas circunstancias y que omitirlas generó conclusiones equivocadas (folios 99 y 100). De esta forma, el juez derivó responsabilidad a través de un indicio grave en contra del tutelante, por el solo hecho de no hacer referencia a hechos que bien podrían no ser ciertos o, que existiendo, no necesariamente tenían la relevancia sexual que se les pretendía dar.

Igualmente insuficiente y equivocado, resulta desvirtuar el análisis crítico que hace el perito al concepto de la siquiatria que es fundamento de las acusaciones, estimando que el mismo se hizo sobre la memoria pericial y no sobre el dictamen que se rindió en el juicio, (folio102).

De esta forma el juzgador de segunda instancia concluye que los testimonios de descargo, no le ameritan confianza suficiente, lo que lleva a descartarlos y considerar que no son idóneos, resultan endeble para desvirtuar los relatos y conceptos de los peritos y testigos de la acusación, estos si, en su criterio, totalmente creíbles y sólidos.

5.-Llama igualmente la atención que justamente de los hechos que dan lugar al proceso penal no aparezca probada la conducta delictiva que se endilga al tutelante, sino que, por el contrario, no se puede advertir el abuso sexual en dicha oportunidad. Sin embargo, la condena se produce a partir de otras circunstancias de tiempo, modo y lugar que no se precisan a la hora de la condena. Esto sin duda afecta el debido proceso y el derecho de defensa del accionante, ya que resulta complejo defenderse de acusaciones que no pueden ser materializadas y resultan abstractas.

6.-En mi opinión, por lo señalado anteriormente, el ad quem llega a la convicción de la comisión de la conducta imputada al tutelante partiendo de pruebas afectadas por graves falencias, y de valoraciones erróneas, lo que dio lugar a la afectación de los derechos del accionante, errores que no permitían configurar la certeza necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, con lo cual queda flotando en el aire la sensación de que se ha condenado a un inocente.

Ineficacia de recursos contra el fallo de segunda instancia y su estrecha relación con el

derecho a impugnar la sentencia condenatoria

7. No se puede perder de vista que el acusado fue absuelto en la primera instancia, y que posteriormente lo sorprendió una condena en segunda instancia frente a la cual ya no le quedaba ningún recurso ordinario, tan solo la demanda de casación que fue rechazada con fundamento en un rigorismo técnico que dejó en estado de indefensión invencible al condenado. En este sentido, era importante hacer un estudio más profundo sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de no admitir en casación el presente asunto. Conforme a lo expuesto, la persistencia de la duda razonable y la existencia de la presunción de inocencia, aunado al interés superior de las menores, daba lugar a la necesidad de estudio especial del caso por parte de la Corte Suprema de Justicia.

8.- Resultaba oportuno expresar en este caso que la estricta técnica de casación no puede ser un obstáculo para el acceso a la justicia en casos como los que en esta oportunidad ocupa a la Sala. Más aún cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha consolidado como derecho la impugnación de la sentencia condenatoria en materia penal. Así, en sentencia C-371 de 2011 se expuso que:

9.- En este mismo sentido, tanto instrumentos internacionales de derechos humanos como la jurisprudencia que los aplica, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad y que se integran como parámetro de control constitucional, establecen el derecho a recurrir un fallo condenatorio. En este sentido, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su numeral 2º establece que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) || h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. El contenido de tal derecho ha sido sintetizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“La Corte se ha referido en su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del artículo 8.2(h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior[53]. En este sentido, el Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que “se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir

que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]”[54]. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado[55], ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado[56].”[57] (Negrilla fuera de texto)

Igualmente ha señalado que “Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado[58]. En concordancia con lo anterior, a efectos que exista una doble conformidad judicial, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida[59].”[60]

10.- Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 estableció en el numeral 5 que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha expuesto que parte del contenido de este derecho consiste en poder acceder a un dictamen debidamente motivado por escrito; además, que tenga posibilidad de conocer todos los documentos necesarios para ejercer de forma efectiva su recurso de apelación, si se trata de una sentencia de primera instancia o de apelación cuando el sistema interno del Estado dispone de varias etapas de apelación[61], y debe operar antes de que inicie la ejecución de las penas, independientemente de cuál de los sujetos procesales tenga la facultad de interponerlo[62].

11.- Estos contenidos, que resultan similares al tenor de los artículos 29 y 31 superiores, hacen referencia a la posibilidad de recurrir un fallo condenatorio, no limitado a las primeras instancias sino que se extiende a aquellos dictados en segunda instancia. Tal idea, que surge de los parámetros constitucionales, no ha debido dejarse de lado a la hora de hacer el respectivo análisis en sede de revisión, ya que de haberse adelantado hubiera derivado necesariamente en una conclusión diferente respecto de la vulneración de derechos al accionante, que habría obligado a adoptar una decisión encaminada a tutelar los derechos

afectados.

12.- Por último, la sentencia de la cual me aparto, guarda silencio en torno a una de las finalidades del recurso de casación cual es la de lograr el respeto a las garantías fundamentales[63]. En efecto, este recurso extraordinario debe operar cuando se advierta la vulneración de derechos fundamentales, como una forma más de control efectivo de intereses iusfundamentales. En el presente caso, la duda razonable que se cierne sobre la responsabilidad del procesado sumado a los derechos de los menores, el derecho a la defensa y la garantía de acceso a la justicia, comportaban la necesidad de que se conociera en sede de casación la condena de la que fue objeto el accionante.

En síntesis, quedan serias reservas de que el accionante fue condenado en estado de indefensión, lo cual niega la axiología del Estado de Derecho. El amparo invocado mediante esta tutela ha debido concederse, por cuanto se demostró por el accionante, con solvencia, los defectos atribuidos a la sentencia condenatoria, tales como el defecto fáctico en su dimensión negativa. De la misma manera se acreditó la vulneración al derecho de defensa, lo cual configura un defecto procedimental absoluto.

Por lo anterior, con el debido respeto y de acuerdo con las razones expuestas, me aparto perplejo de la decisión tomada por la mayoría.

Fecha ut supra

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-309/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Juez natural es el encargado de realizar valoraciones técnicas ante acerbos probatorios de alta complejidad en proceso penal (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Valoración probatoria ante cuestionamientos a la solidez de las pruebas corresponde a los mecanismos de control propios de los recursos ordinarios y extraordinarios de impugnación en materia penal (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inadmisión del recurso extraordinario de casación por la Corte Suprema de Justicia constituye una omisión al análisis de principios constitucionales de alta relevancia que debieron ser desarrollados en un pronunciamiento de fondo (Aclaración de voto)[Alejandro1]

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, en esta oportunidad me permito aclarar el voto por considerar que la decisión adoptada debió tener en cuenta algunos elementos de juicio omitidos en la decisión. En esencia, encuentro que el caso analizado comporta un evento de alta complejidad constitucional en el que el juez natural debe observar el máximo rigor posible. Por tal motivo, pese a compartir el sentido y fundamentos de la providencia de la referencia, debo precisar algunas ideas que encuentro importantes.

1. En la sentencia de la referencia, la Sala estudió la tutela promovida por el accionante, quien fue condenado a 8 años de prisión por el delito de acto sexual abusivo respecto de sus 2 hijas menores de edad. El amparo solicitado cuestionó la decisión judicial del 14 de agosto de 2012 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la sentencia absolutoria del 9 de marzo de 2012 emitida por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá. Respecto a esta decisión, el accionante sostuvo que la sentencia de segunda instancia, que revocó la decisión que lo había declarado inocente, incurrió en dos defectos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En primer lugar, señaló que existía un defecto fáctico porque las entrevistas surtidas a las hijas del actor, no cumplieron con los requisitos y presupuestos mínimos de objetividad, neutralidad y profesionalismo que las deben caracterizar. En un segundo cargo, sostuvo que se vulneró el principio de congruencia que debe identificar a toda decisión judicial porque la imputación por actos de abuso sexual se realizó respecto de un hecho supuestamente sucedido en el año 2006, en tanto la sentencia se fundamentó en actos ocurridos incluso

con posterioridad a dicha fecha; en consecuencia, no se trataría de un delito continuado sino un concurso de delitos independientes.

2. Adicionalmente, se cuestionó la providencia del 24 de abril de 2013 que inadmitió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandante, por considerar que no cumplía con los requisitos de lógica y censura que exige la jurisprudencia de casación. Razón por la que el accionante consideró que se vulneraron sus derechos al acceso a la administración de justicia, el debido proceso, la defensa y por consecuencia a la libertad, pues el excesivo rigor de la Corte Suprema obvió los defectos que el actor endilga a la sentencia de segunda instancia que lo condenó.

3. La Sala concluyó que en el caso analizado no se evidenciaba vulneración de los derechos fundamentales a la defensa, el debido proceso y a la libertad personal del accionante porque la valoración probatoria fue adecuada y razonable, lo que permitió, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia y emitir fallo condenatorio en contra del accionante.

4. De manera general, debo señalar que comparto la decisión adoptada por la Sala. Sin embargo, encuentro que los principios constitucionales que envuelven un caso de tan alta complejidad, hacen necesario que los jueces naturales del proceso penal, en particular la Corte Suprema de Justicia, examinen a profundidad cada una de las etapas surtidas en el proceso penal. Lo anterior en razón a que dicha actividad, en principio, no es del resorte del juez de tutela.

En efecto, encuentro, prima facie, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar tanto el sustento fáctico como jurídico de este tipo de casos, en los que la alta complejidad en la valoración de la prueba y el rigor de la técnica jurídica de fijación de los elementos de juicio, necesitan de una revisión detallada por parte del juez natural en el proceso penal. En particular, si bien el juez de tutela realiza un control de constitucionalidad respecto de la garantía de respeto de los derechos fundamentales del debido proceso, la defensa y el acceso a la administración de justicia en los casos de tutela contra providencia judicial, lo cierto es que los procesos ordinarios fijados por el legislador exigen que sea el juez natural el que realice las valoraciones técnicas respecto a asuntos especialísimos como en este caso, los juicios penales.

5. En el caso que examinó la Sala, se ven envueltos delicados elementos de juicio sobre la posible ocurrencia de actos de abuso sexual a dos menores de edad, las hijas del accionante. En el proceso, inicialmente se declaró la inocencia del accionante por considerar que no existían los elementos de juicio para declarar con certeza que se había cometido el delito; por su parte, en segunda instancia se revocó la decisión por encontrar que de los elementos de juicio probatorios, se podía llegar a la conclusión de la ocurrencia del delito imputado. Adicionalmente, en el relato de la valoración probatoria se encuentra que existen fuertes cuestionamientos a la solidez de las pruebas aportadas al proceso. Por ejemplo, en el proceso penal, se alega la posible inducción en los testimonios de las menores hijas del actor, que no son desvirtuados; o se señala que las peritos del CTI de la Fiscalía reconocen que se realizaron preguntas indebidas a las niñas víctimas del supuesto abuso sexual.

Tales cuestionamientos escapan a la órbita de valoración del juez de tutela, en tanto corresponden naturalmente al juez del proceso. Sin embargo, surge el cuestionamiento sobre qué garantiza o controla que este tipo de valoraciones estén jurídica y razonablemente sustentadas. En este tipo de casos en particular, encuentro que la respuesta es: el adecuado cumplimiento de los mecanismos de control de las decisiones judiciales, es decir los recursos ordinarios y extraordinarios de impugnación de las decisiones judiciales.

6. En el caso, observo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, inadmitió el recurso extraordinario de Casación formulado por el accionante contra la decisión de segunda instancia que lo condenó. En el escrito de inadmisión la Corte Suprema analizó los cargos para concluir que (i) la valoración probatoria alegada por el accionante no cumple con los requisitos de lógica y censura del recurso extraordinario de casación; (ii) que la supuesta incongruencia entre la decisión y la imputación no existe; y que (iii) la falta de pruebas que alega el actor no demuestran su incidencia en la decisión adoptada.

7. Como señalé, este es uno de aquellos casos en los que se envuelven principios constitucionales de la más alta relevancia constitucional y de la dogmática penal. Por un lado, el principio del interés superior del menor, fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, prescribe que existe una obligación especial de protección de los niños y niñas en investigaciones relacionadas con atentados a su integridad sexual, por el carácter

prevalente de sus derechos.[64] Por otro lado, los derechos fundamentales del debido proceso, defensa, acceso a la justicia, y libertad personal del procesado, en este caso el accionante; estos últimos se garantizan, entre otras cosas, a través de la adecuada valoración de las pruebas, la sana crítica y la motivación de los fallos judiciales.[65]

La decisión inadmitoria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en principio, expone las razones por las que no es viable estudiar el asunto mediante el recurso extraordinario de casación. Sin embargo, la exposición de los cargos y el desarrollo de los mismos, corresponde a una decisión que debió desarrollarse in extenso en un pronunciamiento de fondo.

Gran parte de la inquietud que me genera la decisión de la Sala, se explica porque encuentro más adecuada la correspondencia entre los cargos formulados por el actor y la posibilidad de que la Corte Suprema examinara el asunto de fondo. En efecto, estimo que los elementos de juicio expuestos en esta decisión corresponden esencialmente al ámbito de razonamiento del juez natural, razón por la que debía ser la Corte Suprema de Justicia la que examinara el tema.

Sobre este punto, es fundamental recordar, que la casación no solo comporta un mecanismo de control legal, sino que constituye también una forma de control constitucional que tiene como finalidad: (i) alcanzar la efectividad del derecho material; (ii) lograr el respeto de las garantías fundamentales; (iii) repara los agravios inferidos; y (iv) permitir la unificación de la jurisprudencia.[66]

La posible existencia de duda razonable sobre la inocencia del procesado, la especial protección a los derechos de los niños y niñas en nuestro ordenamiento jurídico, y la garantía fundamental del acceso a la administración de justicia, me llevan a concluir que la Corte Suprema de Justicia no podía evadir el estudio de fondo de un asunto de tan alta trascendencia y complejidad jurídica. Dicha omisión es, precisamente, la que activa el ejercicio de la acción de tutela, razón por la que concurro a la presente decisión.

No obstante, la acción de tutela constituye un control que se ve seriamente limitado en relación con el examen de la órbita de valoración del juez natural, razón por la que sin ninguna duda, le correspondía a la Corte Suprema de justicia, bien para revisar o unificar jurisprudencia, o bien para reparar algún agravio o garantizar el derecho sustancial,

examinar de manera adecuada y extensa, la valoración efectuada por los jueces y sus decisiones en el proceso.

Por las razones expuestas, aclaro mi voto concurrente en la presente providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

- [1] Folios 31-97, Cuaderno de Primera Instancia
- [2] Folios 100-195, Cuaderno de Primera Instancia
- [3] Al respecto, ver sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- [4] Al respecto, ver sentencia T-117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada
- [5] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- [6] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- [7] M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- [8] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- [9] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martela
- [10] Sentencia T-419 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- [11] M.P. Jaime Córdoba Triviño
- [12] Al respecto, ver sentencia T-125 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- [13] M.P. Alexei Julio Estrada
- [14] M.P. Alexei Julio Estrada

- [15] Al respecto, ver sentencia T-419 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- [16] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- [17] “Sentencias T-567 de 1998, T-590 de 2009 entre otras.”
- [18] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- [19] M.P. Alexei Julio Estrada
- [20] Sentencias T-567 de 1998, T-590 de 2009 entre otras.
- [21] Sentencia T-086 de 2007.
- [22] Ver Sentencia T-576 de 1993.
- [23] Ver, por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.
- [24] Al respecto, ver sentencia T-117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada
- [25] Al respecto, ver sentencia 458 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis
- [26] M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- [27] Alvaro Tafur Galvis
- [28] M.P. Alexei Julio Estrada
- [29] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- [30] Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-008 de 1998, SU-159 de 2002, T-025 de 2001, T-109 de 2005, T-639 de 2006, T-737 de 2007 y T-458 de 200
- [31] “Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-159 de 2002, se define el defecto fáctico como “la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas”

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

[33] “Así, en la sentencia T-442 de 1994, la Corte señaló: “(...) si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (...), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”

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

[35] Sentencia T-117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada y Sentencia T-1100 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[36] “La Entrevista Forense a la víctima de delitos sexuales. Francisco Maffioletti Celedón 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.” Cita tomada de la Sentencia T- 117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada

[37] “Entrevista forense a niños y su preparación para el juicio. Internacional Criminal Investigative Training and Assistance Program, ICITAP, Pág. 136” Cita tomada de la Sentencia T- 117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

[38] M.P. Alexei Julio Estrada

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

- [40] Al respecto, ver sentencia T-117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada
- [41] Artículo 193 numeral 7 Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.
- [43] Al respecto, ver sentencia T- 117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada
- [44] Sentencia T-117 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada y Sentencia T-1100 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- [45] Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, páginas 46 y 47.
- [46] Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, páginas 49.
- [47] A través del cual se buscaba incorporar a su vez las entrevistas realizadas al señor Mauricio Torres Valdivieso, Sandra Milena Vera Pérez, Marleny Moncaleano Bustos, Marcela Lomanto Cardona, Jairo Germán Chavez Varela, Vanesa Mc Cornick Salcedo, respuesta escrita del doctor Alberto Enrique Trespalcios, Manuel Andrés Ferro Morales, entrevista a Edwin Ramirez Cubides, solicitud hecha al director de CAFAM y respuesta suministrada por esa entidad, petición formulada a Maria Eugenia Navas Parra y la respuesta entregada, solicitud formulada al instituto de medicina legal y su respuesta, petición hecha por el investigador a la secretaría distrital de salud y respuesta de esa entidad, solicitud formulada por el investigador a la asociación creemos en ti y respuesta, álbum fotográfico del lugar en el que supuestamente habrían ocurrido los hechos, álbum de jornadas de atención a niños con malformaciones físicas, entrevistas a Juan Esteban y Nicolas Perico Ramirez.
- [48] Sentencia T-419 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- [49] Cfr. Sentencia SU-195 de 2012
- [50] Cfr. Sentencia SU-159 de 2002 y Sentencia SU -195 de 2012
- [51] Sin embargo, atendiendo la importancia de dicha actividad probatoria, la Ley 1652 de 2013 reguló las entrevistas y los testimonios de menores de edad en procesos penales con pautas rigurosas.

- [52] Sentencia T-1192 de 2003.
- [53] Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros. Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párr. 161; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 157 a 168; Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 88 a 91; Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 179; Caso Mohamed, supra, párrs. 88 a 117, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrs. 241 a 261.
- [54] Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra, párr. 158, y Caso Mendoza y otros, supra, párr. 242.
- [55] Cfr. Caso Mohamed, supra, párrs. 92 y 93.
- [56] Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, supra, párr. 107, y Caso Mohamed, supra, párr.92.
- [57] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.
- [58] Cfr. Caso Barreto Leiva, supra, párr. 89, y Caso Mendoza y otros, supra, párr. 242.
- [59] Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra, párr.165, y Caso Mendoza y otros, supra, párr. 242.
- [60] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.
- [61] Ver Comunicación Nº 662/1995, Lumley c. Jamaica, párr. 7.5.

[62] Ver Comunicaciones Nos. 1100/2002, Bandajevsky c. Belarús, párr. 10.13; 836/1998, Gelazauskas c. Lituania, párr. 7.2.

[63] Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. “ARTÍCULO 180. FINALIDAD. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.”

[64] Sentencias T-510 de 2003, T-397 de 2004 y T-1015 de 2010.

[65] Sentencia C-202 de 2005.

[66] Código de Procedimiento Penal artículo 235.

[Alejandro1]Indican la misma idea, el primero resulta más claro que el segundo, pero éste es más fiel a la literalidad del salvamento