

Sentencia T-554/03

ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL-Finalidad/ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL-Principio del interés superior del menor

En un Estado Social de Derecho la administración de justicia penal tiene como finalidad última la protección de los derechos fundamentales, y de otros bienes constitucionalmente garantizados mediante la investigación y sanción de los atentados graves que se ocasionen contra el disfrute pleno de éstos; y asimismo, el resarcimiento pleno e integral a las víctimas de los perjuicios causados por el delito. En el caso de los niños, el cumplimiento de estos mandatos constitucionales por los diversos funcionarios que actúan en las etapas procesales de investigación y de juzgamiento debe estar siempre orientado por el principio del interés superior del menor, bien sea que se encuentre en la situación de sujeto activo de la infracción o de víctima o afectado por el mismo.

DERECHOS DEL NIÑO-Prevalencia

La Constitución de 1991, en su artículo 44 consagra diversos derechos a favor de los niños, disponiendo una protección prevalente de todas las autoridades públicas, en especial las judiciales, contra “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Toda persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento de estos mandatos de garantía y la sanción de los infractores.

AUTORIDAD JUDICIAL-Deberes negativos en investigación y juzgamiento de delitos sexuales contra menores/MENOR ABUSADO SEXUALMENTE-Indefensión

Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. Constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se

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

FUNCIONARIO JUDICIAL-Abstención de práctica discriminatoria frente a menor abusada sexualmente

El interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Concepto

PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ-Límites frente a menor abusada sexualmente

Si bien en principio, el juez goza de un margen de discrecionalidad para decretar o no pruebas de oficio, en tanto que supremo director del proceso. No obstante, en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, esta facultad legal se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial se abstenga de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño.

PRUEBA PERICIAL-Tercer reconocimiento médico legal a menor abusada sexualmente

El decreto de oficio de esta prueba pericial como es decretar un tercer reconocimiento médico legal a la menor, por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se ajusta a la Constitución por cuanto constituye una decisión razonable, apoyada en un hecho concreto, cual es la manifiesta contradicción existente entre los resultados que arrojaron dos pruebas periciales practicadas anteriormente. No se trató, por tanto, de un simple capricho o de un acto arbitrario del funcionario judicial, sino de una medida que se encausa en el mandato constitucional que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en el sentido de

investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

AUTORIDAD JUDICIAL-Deberes positivos en investigación y juzgamiento de delitos sexuales contra menores

La garantía del derecho a la igualdad de los menores víctimas de abuso sexual conlleva el cumplimiento de algunos deberes positivos por parte de los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento de tales delitos, así como de aquellos que ejercen funciones de Ministerio Público. Los mencionados funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual. El funcionario investigador está además ante la obligación de informar al Instituto Colombiano de Bienestar familiar sobre la existencia de un menor que se halla en situación de peligro, a fin de que el defensor de familia abra inmediatamente la investigación que corresponde, ordene la práctica de pruebas e imponga las medidas de protección. Se trata por tanto de brindarle una protección estatal integral al menor en el curso del proceso penal y por supuesto al término del mismo. Los deberes positivos de garantía que tiene que cumplir el funcionario judicial no se limitan a investigar la ocurrencia de los hechos y al establecimiento de responsabilidades sino a buscar la forma de proteger integralmente al menor que ha sido abusado sexualmente, desde la noticia criminis.

PODER DISCRECIONAL-Decreto y práctica de pruebas cuando exista duda razonable/PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO-Ultima instancia en caso de delitos sexuales contra menores

El poder discrecional con que cuenta el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuando quiera que exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio. En tal sentido, las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, ab initio en beneficio de éstos y en desmedro de los derechos del menor sino que es menester, en estos casos, profundizar aún más en la investigación a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto. Lo anterior no significa

que en casos de delitos sexuales cometidos contra menores le esté vedado al funcionario judicial aplicar el principio del in dubio pro reo, sino que solamente se puede apelar al mismo en última instancia, luego de haber adelantado una investigación realmente exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio.

PRUEBA PERICIAL-Objeto/PRUEBA PERICIAL-Etapas

La prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que del juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto de debate. También ha sido concebida como el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no es sujeto procesal acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos. Toda peritación supone la realización de diversas actividades que consisten en la descripción del objeto a peritar, la relación de las operaciones técnicas efectuadas y las conclusiones obtenidas o dictamen. El reconocimiento o percepción de la materia a peritar consiste, en esencia, en la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo en el estado o del modo en que se halle. Las operaciones técnicas o el análisis a realizar por el perito son todas aquellas actividades especializadas, propias de la profesión, ciencia, arte o práctica del especialista actuante, que permiten hacer unas apreciaciones o valoraciones específicas, que ayudan al juzgador en su labor enjuiciadora. La redacción de las conclusiones es la consecuencia final de todo lo anterior, y supone, una exposición racional e inteligible de los resultados derivados de los análisis y operaciones realizadas por el perito conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte. Así pues, el dictamen pericial no es otra cosa que la formalización por escrito de los anteriores pasos.

PRUEBA INDICIARIA-Relevancia en delitos sexuales contra menores

Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional por vía de hecho judicial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Demostración de conducta arbitraria del funcionario judicial

Contra las decisiones arbitrarias y caprichosas de los funcionarios judiciales que sin fundamento objetivo y razonable contradigan los parámetros constitucionales con la consecuente vulneración de derechos fundamentales, se podrá formular el amparo de tutela con la debida demostración del yerro en el que se incurrió en la providencia judicial. A la Corte le corresponderá verificar la existencia del vicio alegado por el accionante, sin que por ello se dé lugar a una intromisión arbitraria en la esfera de competencia del juez de conocimiento; pero no podrá definir la cuestión litigiosa de forma concluyente. El examen se limitará a constatar la existencia de situaciones irregulares desde una perspectiva sustantiva, fáctica, orgánica o procedimental, y una vez advertidos, adoptar las medidas que le están dadas expedir en la órbita de su competencia constitucional.

La Sala de Revisión considera que la funcionaria judicial al momento de calificar el mérito del sumario seguido contra el señor incurrió en un defecto fáctico. El vicio por defecto fáctico se configura cuando no existe el sustento probatorio necesario para adoptar la decisión, por la falta de apreciación del material probatorio anexado al expediente o, simplemente, por un error grave en su valoración. esta providencia judicial, además de configurar un acto de

discriminación contra los menores, constituye una flagrante vía de hecho por defecto fáctico por cuanto se falló sin que se hubiera practicado una prueba que resulta 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.

AUTORIDAD JUDICIAL-Dejó de practicar prueba determinante para tomar decisión final

En el asunto sub judice, la funcionaria judicial dejó de practicar una prueba legalmente decretada que resultaba determinante para dirimir la controversia que se había planteado entre los resultados contradictorios que arrojaron dos exámenes médicos practicados a la menor, es decir, no se trataba de una prueba mas, que pudiese dejar de ser practicada sin que por ello se alterase la decisión judicial final.

Referencia: expediente T-695077

Acción de tutela instaurada por XX contra la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Bogotá D. C., diez (10) de julio de dos mil tres (2003).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, concretamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el decreto 2591 de 1991, dicta la siguiente

SENTENCIA

Que pone fin al proceso de revisión del fallo de instancia adoptado por el 5 de Diciembre de 2002 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja, en virtud de la

acción de tutela de la referencia.

I. HECHOS.

La señora XX presentó acción de tutela en representación de su hija AA contra el Fiscal 30 Seccional de Miraflores (Boyacá) alegando violación al derecho fundamental a la integridad física de la menor, a causa de que el funcionario judicial decidió decretar por tercera vez un examen médico ginecológico “lo cual al ser mi hija víctima de delito de abusos sexuales y dada su edad esto le afecta mucho, además está empeorando las consecuencias dadas por el mismo delito cuando el Fiscal cuenta con medios probatorios diferentes ya practicados y que por su facultad puede ordenar”.

En consecuencia, solicita se ordene la cancelación de la prueba decretada por el fiscal. Aportó como pruebas los dos reconocimientos médicos que le fueron practicados a su hija y una copia de un derecho de petición que elevó a la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores solicitando la no práctica del mencionado dictamen médico legal.

II. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONADA.

Mediante oficio núm. 1718 del 3 de diciembre de 2002 la Fiscal 30 Seccional de Miraflores, contestó la demanda en los siguientes términos:

En cuanto a los hechos del proceso penal, comenta la Fiscal que según lo narrado por la denunciante la señora ZZ, quien es abuela de la menor, el día domingo 14 de julio de 2002 la menor AA le comentó que sufría de dolores en sus partes íntimas y piernas. Manifestó además que la menor un día durante las vacaciones escolares se quedó en la casa de sus padres en compañía de sus hermanos menores, y cuando estaban apagadas las luces su progenitor llegó a la cama diciéndole que la quería mucho “al tiempo que la sobaba, apretaba y bajaba las manos hasta quitarle los cucos, indicándole que no tuviera miedo que si la violaba no le iba a pasar nada”. Continuó la denunciante informando que la niña le comentó haber opuesto resistencia a su padre quien finalmente se contuvo en su actuar, no sin antes introducirle los dedos en las partes íntimas.

Practicado el día 17 de julio de 2002 reconocimiento médico legal a la menor ofendida por facultativo adscrito al Hospital Regional de Miraflores, se concluyó que la misma presentaba

“desfloración antigua por hallazgo de himen desgarrado desde los meridianos 2 al 10, con bordes cicatrizados”.

El día 24 de septiembre de 2002 se le practicó una valoración psicológica a la menor AA, por parte del psicólogo clínico especialista en educación sexual, adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Miraflores. Como resultado de su estudio, el psicólogo recomendó realizar una nueva valoración de la víctima por ginecología.

Fue así como el día 4 de octubre de 2002 el médico especialista en ginecología del Hospital Regional de Miraflores, realizó un nuevo examen a la menor determinado que “no se aprecia desgarro ni reciente ni antiguo; no evidencia desfloración; piel circundante normal”.

Mediante resolución de octubre 29 de 2002 se ordenó oficiar al señor gerente del Hospital Regional de Miraflores, a fin de que aclarase la contradicción presentada entre los dos reconocimientos practicados a AA y se recibió respuesta al día siguiente en la cual se informó que esa localidad no existe cobertura directa del sistema médico legal y por ende, el Hospital Regional de Miraflores delega estas actividades a los médicos rurales y médicos generales, tal como lo establece el artículo 250 del C.P.P.; que dichos médicos no han tenido la capacitación de un médico legista, que les permita tener los lineamientos científicos y técnicos correspondientes. En opinión del director del hospital, el segundo reconocimiento es más acertado por haber sido realizado por un médico especialista en ginecología. Sin embargo, para mayor certeza recomendó la práctica de un tercer reconocimiento por un Médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tunja.

El día 30 de octubre de 2002 la accionada dispuso la práctica de un tercer reconocimiento por parte de Medicina Legal Seccional Tunja a la menor AA “valoración que hasta la fecha no ha sido acatada”.

III. FALLO OBJETO DE REVISIÓN.

A juicio del fallador si bien la integridad física de las personas es un derecho fundamental, la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento que impida el avance de las investigaciones penales que adelanta, en virtud de su mandato constitucional, la Fiscalía General de la Nación, como lo pretende la accionante.

En relación con el reconocimiento médico, se trata de una prueba pericial que como tal debe someterse a las normas legales que la reglamentan en cuanto a su decreto y práctica. Así, en algunas zonas del país, donde no haya cobertura directa del sistema médico legal, serán los médicos oficiales y los del servicio social obligatorio quienes se desempeñen como peritos, quedando obligados a reportar su actividad al sistema médico legal y seguir sus orientaciones. Pero frente a las contradicciones que presentaron los dos reconocimientos practicados por médicos no forenses, la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores, de conformidad con el artículo 250 constitucional, ordenó la práctica de un tercer reconocimiento médico, esta vez, por un médico adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tunja.

Por último, sostuvo el Tribunal que la práctica de este tercer reconocimiento legal, lejos de vulnerar los derechos fundamentales de los niños, se encamina a garantizarlos y por ende es improcedente una acción de tutela en estos casos.

IV. PRUEBAS.

Entre los documentos allegados a la presente acción, esta Sala destaca los siguientes:

1. Fotocopia del informe médico del 17 de julio de 2002 rendido por el Dr. Gilberto H. Esquivel.
2. Fotocopia del informe médico del 4 de 2002 rendido por el Dr. Víctor Pinn.
3. Oficio remitido el 24 de Septiembre por el Dr. William Alberto Buritica, psicólogo clínico especialista en educación sexual, a la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores, donde se afirma, entre otras cosas, la siguiente:

“De acuerdo a la segunda evaluación se logró inicialmente entrever la presión que existe de manera indirecta e inconsciente de la familia hacia la menor, por lo sucedido y que esto mismo le ha generado angustia existencial...”

“Es importante aclarar, que dentro de muchos de los casos que se presentan día a día de abuso sexual y/o incesto en “la mayor parte de los pronósticos de los menores en su vida adulta reservado” por eso es importante hacer un trabajo interdisciplinario con la menor y su familia en la recuperación y estabilidad emocional en su proyecto de vida”.

4. Fotocopia del informe psicológico del 15 de Noviembre de 2002 rendido por la Dra. Blanca Elvira Vargas C., en el cual se afirma que la menor presenta los siguientes síntomas:

“Trauma psicológico por abuso sexual evidenciado a través de tratamiento por parte del padre (según relato de la menor).

“Trauma por el manejo de la información que le han dado los adultos, alrededor de la situación”.

5. Fotocopia de un derecho de petición elevado el día 1 de Noviembre de 2002 por la señora ZZ a la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores.

Adicionalmente, mediante auto del 12 de mayo de 2003, la Sala ordenó la práctica de la siguiente prueba:

“Primero. Ordenar por la Secretaría General de esta Corporación se oficie a la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores para que dentro del término de tres (3) días siguientes contados a partir de la notificación de este proveído absuelva el siguiente cuestionario y remita los documentos pertinentes:

1. ¿En qué etapa procesal se encuentra el proceso penal adelantado contra el señor CC (sumario núm. 987)?
2. De haberse calificado el mérito del sumario con resolución de acusación o preclusión de la investigación, ¿alguno de los sujetos procesales apeló en término la decisión?
3. En el proceso penal de la referencia, ¿cuántos exámenes médicos forenses, y por cuáles autoridades, el han sido practicados a la menor AA?

Sírvase asimismo remitir fotocopia de los siguientes documentos:

1. Decisión judicial mediante la cual se le resolvió situación jurídica al sindicado CC y, de existir, la calificación del mérito del sumario con resolución de acusación o preclusión de la investigación.
2. Reconocimientos médicos practicados a la víctima en el citado proceso penal.

1. En un caso de supuestos actos sexuales agravados con una niña de ocho (8) años, ¿qué valor científico tiene un examen practicado por un médico general según el cual existe “una desfloración antigua por hallazgo de himen desgarrado de los meridianos 2 al 8, con bordes cicatrizados” junto a otro practicado 8 meses después cuya conclusión fue la de que “no se aprecia desgarramiento ni reciente, ni antiguo, no evidencia desfloración, piel circundante normal”, practicada por un ginecólogo?

2. En casos como estos resulta ser, de conformidad con las ciencias médicas, necesario decretar la práctica de un tercer examen y, en caso afirmativo, ¿qué impacto psicológico puede presentar la realización del mismo para la menor?.

Tercero. Suspender el término para fallar el presente asunto hasta tanto no se practiquen las pruebas señaladas”.

Mediante oficio del 13 de mayo de 2003, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Bogotá, dio respuesta a lo ordenado por la Sala en los siguientes términos:

“En cuanto al numeral 1 para dar respuesta a este, es necesario un tercer reconocimiento ginecológico, por un médico con experiencia en ginecología forense. (subrayado fuera de texto).

En cuanto a “qué impacto psicológico puede presentar la realización del mismo para la menor?” se solicita a la psiquiatría dar un concepto, se remite el oficio a dicha dependencia”.

Mediante oficio del 14 de mayo de 2003, la psiquiatra forense rindió su informe sobre lo solicitado por la Sala, en los siguientes términos:

“Motivo del peritaje.

Se solicita determinar el impacto psicológico que puede representar la realización de un tercer examen sexológico que sería necesario para dilucidar la contradicción entre los dos ya existentes. La menor tiene ocho años y se describen los hechos como acto sexual agravado.

Respecto a lo anterior debe tenerse en cuenta que el examen sexológico y los interrogatorios

o entrevistas pueden considerarse como una experiencia potencialmente perturbadora a nivel psicológico dado que se establece una conexión con los hechos. Estos exámenes permiten la reviviscencia de la experiencia traumática lo cual no necesariamente es perjudicial para la menor pues esto también depende del contexto en que se de el examen.

La exploración de los genitales con fines forenses si está enmarcada de una entrevista y en un proceso de atención que responda a las necesidades del niño (a) y las de las autoridades coloca la situación traumática en el camino de la reparación convirtiéndose en una experiencia no traumática.

El impacto psicológico además depende de la naturaleza de los hechos, de respuesta del entorno familiar y social, de la relación con el sindicado, de si ha recibido o no tratamiento y del tratamiento de las autoridades judiciales que conozcan del caso.

CONCLUSIÓN.

El examen sexológico forense sólo es potencialmente nocivo si no se desarrolla en el contexto científicamente adecuado a las necesidades particulares de cada caso". (subrayado fuera de texto).

En respuesta a lo ordenado por la Sala, la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores manifestó que la investigación que se adelantaba contra el señor CC fue archivada el día 31 de marzo de 2002 con preclusión de la misma. Ninguno de los sujetos procesales apeló en término la decisión.

La accionada remitió asimismo la siguiente documentación:

1. Resolución interlocutoria núm. 127 del 21 de agosto de 2002 mediante la cual se resolvió la situación jurídica del señor CC con imposición de medida de aseguramiento.
2. Resolución del 18 de marzo de 2003 mediante la cual se calificó el mérito del sumario con preclusión.
3. Resolución del 30 de octubre de 2002 por la cual se decretó la práctica de un tercer reconocimiento médico legal a la menor AA por parte del Instituto de Medicina Legal Seccional de Tunja.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE REVISIÓN.

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar el fallo antes mencionado.

2. Problemas jurídicos planteados.

Al momento que la Sala abordó el estudio de la presente acción de tutela, el problema jurídico se enfocaba a determinar si el decreto y la práctica de una prueba pericial, en concreto un tercer reconocimiento médico sexológico a una niña de 8 años en un caso de acto sexual agravado, constituía o no una vulneración de los derechos fundamentales de la menor. Con base en las pruebas recaudadas durante el presente trámite de revisión, se pudo establecer que en la actualidad existe una providencia de preclusión en firme a favor del señor CC, decisión judicial que finalmente fue adoptada sin que se hubiese practicado, y por ende valorado, la mencionada prueba pericial. En este estado de cosas, como el presente fallo de tutela podría terminar careciendo de efectos jurídicos prácticos, la Sala de Revisión considera necesario examinar también si la decisión judicial adoptada en el radicado núm. 987 contra el señor CC respetó o no los derechos constitucionales fundamentales de la menor AA, dado que finalmente reposaban en el expediente dos pruebas periciales completamente contradictorias y practicadas con menos de tres meses de diferencia.

3. Deberes especiales de garantía de la administración de justicia penal frente a los menores de edad.

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

En el caso de los niños, el cumplimiento de estos mandatos constitucionales por los diversos funcionarios que actúan en las etapas procesales de investigación y de juzgamiento debe

estar siempre orientado por el principio del interés superior del menor, bien sea que se encuentre en la situación de sujeto activo de la infracción o de víctima o afectado por el mismo.

La Constitución de 1991, en su artículo 44 consagra diversos derechos a favor de los niños, disponiendo una protección prevalente de todas las autoridades públicas, en especial las judiciales, contra “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Toda persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento de estos mandatos de garantía y la sanción de los infractores.

Al respecto, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, consideró lo siguiente:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor (Subrayado fuera de texto).

Esta preocupación internacional y de los constituyentes de 1991 por privilegiar al menor y protegerlo de toda clase de violencia, en especial en el seno de la familia, se fundamenta además en las conclusiones que han extraído de diversos estudios expertos en la materia. Así para Rioseco Ortega “los niños y las niñas que han sido víctimas de violencia también tienden a perpetuar la violencia social y la pobreza. Esto ocurre porque, como forma de escapar de estos hogares violentos, tienen altas probabilidades de deserción escolar, de caer en la delincuencia, en la drogadicción, en el alcoholismo y de tener embarazos durante la adolescencia”¹.

Aunado a lo anterior, desde antes de la expedición de la actual Carta Política, el principio rector del interés superior del menor apareció recogido en el artículo 20 del Código del Menor de 1989, en los siguientes términos:

“Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor (subrayado fuera de texto).

En el ámbito jurídico, el estricto cumplimiento de estos mandatos constitucionales e internacionales de garantía demandan de las autoridades judiciales el cumplimiento de deberes negativos y positivos, como pasa a explicarse.

3.2. Deberes negativos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor.

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

En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria. Al respecto, la Corte Constitucional en la T-408/95, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz consideró:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó

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

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

Significa lo anterior que el niño es un sujeto privilegiado. En la T-283/94, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz se explicó este aspecto:

“La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44).”

En materia probatoria, el principio del interés superior del menor conduce asimismo al establecimiento de determinados deberes negativos a las autoridades que estén investigando o juzgando delitos sexuales cometidos contra los menores.

En el presente asunto, la señora XX alega que, a su juicio, esta es la situación en la cual se encuentra el proceso penal que se adelanta contra el señor CC, padre de la menor AA, quien presuntamente fue víctima de un delito de abuso sexual agravado. Los hechos habían sido denunciados por la señora ZZ, abuela de la víctima.

En efecto, adujo la accionante que la práctica de un tercer reconocimiento médico a su hija AA, prueba legalmente decretada por el Fiscal 30 Seccional de Miraflores, causaría enormes traumatismos a la menor y que el funcionario judicial ya contaba con suficientes pruebas en el expediente, es decir, con dos dictámenes médicos, para calificar el mérito del sumario.

A juicio de la Sala de Revisión, el Fiscal 30 Seccional de Miraflores no vulneró el interés superior del menor con el decreto de la prueba pericial, por las razones que pasan a explicarse.

El día 21 de agosto de 2002 el funcionario judicial había impuesto medida de aseguramiento de detención preventiva contra el señor CC por el delito de actos sexuales agravados con menor de catorce años. No concedió el beneficio de libertad provisional ni medida sustitutiva de detención domiciliaria a favor del sindicado. De la lectura de esa providencia se desprende que el accionado concedió un importante valor probatorio a la declaración de la víctima, al testimonio de la abuela de la menor, a un experticio médico legal del 17 de julio de 2002 según el cual la niña presentaba “himen desgrarrado desde las 2 a las 10 del meridiano del reloj y bordes cicatrizados”, a las explicaciones poco convincentes del sindicado y finalmente a una valoración preliminar realizada por un psicólogo oficial quien concluyó que “la menor AA ha sido violentada en su integridad sicosexual, detectando desde el juego inicial la existencia de abuso sexual”. Se trató por tanto de una decisión judicial lógica, apoyada en varias pruebas que apuntaban hacia la comisión de un mismo hecho, las cuales fueron valoradas en su conjunto y según los dictados de la sana crítica.

Debido a que el 24 de septiembre de 2002 el psicólogo clínico especialista en educación sexual recomendó la práctica de un segundo examen físico a la menor, el fiscal de conocimiento decretó nuevamente la prueba. En esa ocasión, según el examen practicado

por el ginecólogo del Hospital de Miraflores, la menor no presentaba “desgarro ni reciente, ni antiguo, no evidencia desfloración, piel circundante normal”.

Ante la evidente contradicción entre los dos peritazgos, el fiscal decidió, mediante providencia del 30 de octubre de 2002, decretar un tercer reconocimiento médico legal a la menor, por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Tunja. Esta prueba judicial nunca fue practicada.

A juicio de la Sala de Revisión el decreto de oficio de esta prueba pericial se ajusta a la Constitución por cuanto constituye una decisión razonable, apoyada en un hecho concreto, cual es la manifiesta contradicción existente entre los resultados que arrojaron dos pruebas periciales practicadas anteriormente. No se trató, por tanto, de un simple capricho o de un acto arbitrario del funcionario judicial, sino de una medida que se encausa en el mandato constitucional que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en el sentido de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

3.3. Deberes positivos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

La garantía del derecho a la igualdad de los menores víctimas de abuso sexual conlleva el cumplimiento de algunos deberes positivos por parte de los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento de tales delitos, así como de aquellos que ejercen funciones de Ministerio Público.

De manera general, los mencionados funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual. A lo largo del proceso penal, el funcionario investigador está además ante la obligación de informar al Instituto Colombiano de Bienestar familiar sobre la existencia de un menor que se halla en situación de peligro de conformidad con el artículo 31 del Código del Menor, a fin de que el defensor de familia abra inmediatamente la investigación que corresponde, ordene la práctica de pruebas e imponga las medidas de protección de que trata el artículo 57 ibidem. Se trata por tanto de brindarle una protección estatal integral al menor en el curso del proceso penal y por supuesto al término del mismo. En otras palabras, los deberes positivos de garantía que tiene que cumplir el funcionario judicial no se limitan a investigar la

ocurrencia de los hechos y al establecimiento de responsabilidades sino a buscar la forma de proteger integralmente al menor que ha sido abusado sexualmente, desde la noticia criminis,

En materia probatoria el interés superior del menor incide asimismo en la actividad del funcionario judicial, como pasa a explicarse

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

Al respecto, algunos estudios científicos recientes sobre el tema de la discriminación judicial y la aplicación incorrecta del principio del in dubio pro reo en casos de delitos sexuales cometidos contra menores muestran que, infortunadamente, estas prácticas no son exclusivas de nuestro contexto. Así los expertos comentan que “las nociones conservadoras de sexualidad y el extremo formalismo de las cortes se hacen evidentes en la valoración de las pruebas que se hace al abordar los delitos sexuales. En Chile y Perú encontramos los ejemplos más extremos debido a que el principio de favorabilidad, que indica que en caso de duda se absuelve al acusado, juega de manera perversa en un delito que, en principio, se comete sin testigos y cuyas secuelas efímeras y en gran parte psicológicas. En Chile, cuando la única prueba es la declaratoria de la agraviada, o cuando la víctima es menor de edad, si no se acredita el uso de armas o lesiones para demostrar la fuerza, la Corte falla a favor del

acusado.”²

Cabe asimismo señalar que estos deberes positivos implican, que cada prueba en la que el menor intervenga debe ser realizada de forma tal que respete la dignidad humana del niño. Al respeto, especial atención merecen los dictámenes periciales.

Tradicionalmente la prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que del juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto de debate³

También ha sido concebida como el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no es sujeto procesal acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos. o De tal suerte que la prueba pericial es considerada como una ‘prueba de auxilio judicial encaminada a suplir la ausencia de conocimientos científicos, técnicos o culturales de los jueces.

“Cuando se requiera la práctica de pruebas técnico-científicas o artísticas, el funcionario judicial decretará la prueba pericial y designará peritos oficiales, quienes no necesitarán nuevo juramento ni posesión para ejercer su actividad “o

Toda peritación supone la realización de diversas actividades que consisten en la descripción del objeto a peritar, la relación de las operaciones técnicas efectuadas y las conclusiones obtenidas o dictamen. En este sentido, señala Font Serra que la realización de la prueba pericial “se puede resumir en estas tres facetas: percepción, deducción o inducción y declaración técnica o dictamen”.⁴

El reconocimiento o percepción de la materia a peritar consiste, en esencia, en la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo en el estado o del modo en que se halle. Las operaciones técnicas o el análisis a realizar por el perito son todas aquellas actividades especializadas, propias de la profesión, ciencia, arte o práctica del especialista actuante, que permiten hacer unas apreciaciones o valoraciones específicas, que ayudan al juzgador en su labor enjuiciadora.

La redacción de las conclusiones es la consecuencia final de todo lo anterior, y supone, una exposición racional e inteligible de los resultados derivados de los análisis y operaciones realizadas por el perito conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte. Así pues, el dictamen pericial no es otra cosa que la formalización por escrito de los anteriores pasos.

Más allá de las etapas que conforman la pericia, merecen especial atención en las condiciones que deben cumplir los sujetos encargados de rendir estos dictámenes en materia penal. Al respecto, el artículo 250 del C.P.P. sienta algunas reglas, en lo pertinente, relacionadas con la posesión de peritos no oficiales:

“En tratándose de asuntos relacionados con medicina legal y ciencias forenses, demostrará [el perito] su idoneidad acreditando el conocimiento específico en la materia y su entrenamiento certificado en la práctica pericial.

“En aquellas zonas del país, en donde no haya cobertura directa del sistema médico-legal, serán los médicos oficiales y los del servicio social obligatorio quienes se desempeñen como peritos, quedando obligados a reportar su actividad al sistema médico-legal y seguir sus orientaciones “.

En lo que se refiere a los criterios para la apreciación del dictamen, a la luz del artículo 257 del C.P.P., el fiscal o el juez deben tener en cuenta, “la idoneidad del perito, la fundamentación técnico-científica que sustenta el dictamen... los demás elementos probatorios que obren en el proceso”o (subrayado fuera de texto).

Por tanto, el dictamen como concepto de personas expertas en determinada ciencia, técnica o arte que instruye al juzgador sobre conocimientos de esa índole se convierte en un elemento más de los que se vale el funcionario para convencerse acerca de la realidad de los hechos materia de proceso. No de otra manera se entiende el desarrollo de principios probatorios como el de necesidad y apreciación conjunta de la prueba con arreglo a la crítica racional.

Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, siguiendo a Cancio Meliá, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una

prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Comenta este doctrinante que en España “existe una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo conforme a la cual puede bastar el testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia cuya vulneración frecuentemente se alega por las defensas en este tipo de delitos”. En tal sentido, este Tribunal se pronunció en sentencia del 2 de enero de 1996 “es doctrina de esta Sala que el testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia”⁵. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. Además, y sobre este punto la Sala es enfática, no le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo “normal” el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de “derecho” sobre el cuerpo del menor.

En este orden de ideas, en los procesos penales donde las víctimas sean menores de edad el decreto, la práctica y la valoración de las pruebas periciales junto con las demás que hayan sido recaudadas a lo largo de la investigación y la construcción de los indicios, deben estar siempre orientados por la salvaguarda del interés superior del niño, recogido en el artículo 20 del Código del Menor y en varios tratados y declaraciones internacionales. Este principio regulador de la normativa de los derechos del menor se funda en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Al respecto, cabe señalar que los agentes del Ministerio Público que actúan en esta clase de procesos judiciales son los directos encargados de velar porque estos deberes negativos y positivos sean cabalmente respetados, Sin duda, la labor de la Procuraduría General de la Nación tiene como norte en estas actuaciones el respeto y la garantía del principio del interés superior del menor.

En el caso concreto, el día 30 de Octubre de 2002, el Fiscal Seccional de Miraflores, ante el

resultado contradictorio que habían arrojado dos dictámenes periciales practicados en el caso de la menor AA, decidió decretar un nuevo reconocimiento médico a cargo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Tunja. Esta prueba judicial que como se ha visto no lesiona los derechos de los menores, a condición de que sea practicada de manera científica, en un contexto adecuado para el caso y por personal experto en la materia, finalmente nunca fue practicada. Esta grave omisión en el cumplimiento de los deberes positivos de garantía del menor, como se verá más adelante, repercutió de manera importante en el contenido de la decisión judicial que finalmente fue adoptada el día 18 de marzo de 2003 en el radicado núm. 987 contra el señor CC.

De lo anteriormente expuesto, la Sala de Revisión concluye que la acción de tutela interpuesta por la señora XX contra el Fiscal Seccional de Miraflores, para que este último no practicase una prueba pericial, era improcedente por cuanto ésta no vulneraba los derechos fundamentales de los niños. Por el contrario, se consideró que la realización de este tercer reconocimiento médico constituía una prueba necesaria para fundamentar la providencia mediante la cual se calificó el mérito del sumario núm. 987 seguido contra el señor CC.

Debido a que la mencionada prueba pericial jamás fue practicada a la menor, que en últimas se adoptó una decisión judicial de fondo sin contar con los necesarios resultados científicos arrojados por la misma, los cuales es de esperar hubiesen puesto fin a la incertidumbre sobre la ocurrencia o no de los hechos objeto de la investigación penal, pasa la Sala a examinar si con providencia del 18 de marzo de 2003 de la Fiscal 30 Seccional de Miraflores se vulneraron o no los derechos fundamentales de la menor AA.

La acción de tutela contra providencias judiciales es de carácter excepcional y extraordinario, como lo ha advertido la Corte en reiterada jurisprudencia⁶. Sin embargo, se puede invocar cuando la decisión judicial que se analiza constituye una vía de hecho que tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos fundamentales en oposición manifiesta a las normas constitucionales o legales aplicables al caso, siempre y cuando el ordenamiento no prevea otro mecanismo para cuestionar la decisión.

Esta Sala de Revisión en Sentencia T-088 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, al pronunciarse sobre la excepcionalidad de la tutela contra providencias judiciales cuando ésta constituya vía de hecho, consideró:

“Ha sido constante y reiterada la jurisprudencia de esta Corte en determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, cuando configuran una vía de hecho. En Sentencia C-543 de octubre 10. de 1992, mediante la cual se declararon inexequibles los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación restringió el alcance de la acción de tutela para que únicamente procediera contra determinada clase de actuaciones de las autoridades públicas; es decir, únicamente la admitió contra determinadas actuaciones u omisiones de los jueces que violen o amenacen derechos fundamentales. En la citada providencia se dijo:

“(…) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”

El anterior planteamiento se ha reiterado en innumerables providencias proferidas con posterioridad, en las cuales además se ha señalado que la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional forma parte de la cosa juzgada y por tanto, también es de obligatorio cumplimiento, en cuanto a los conceptos que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquellos.⁷

La figura de la cosa juzgada implícita, responde a claros criterios jurídicos así como a la tradición jurídica del país, y se impone como consecuencia de la misión de la Corte Constitucional, de unificar la interpretación de la Constitución y de guardar su integridad.

Así las cosas, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales cuando estas constituyan una vía de hecho, no son solamente un mero precedente judicial, sino que integran normativamente el ordenamiento jurídico y por lo tanto tienen fuerza de cosa

juzgada constitucional y efectos erga omnes”.

Así pues, contra las decisiones arbitrarias y caprichosas de los funcionarios judiciales que sin fundamento objetivo y razonable contradigan los parámetros constitucionales con la consecuente vulneración de derechos fundamentales, se podrá formular el amparo de tutela con la debida demostración del yerro en el que se incurrió en la providencia judicial. A la Corte le corresponderá verificar la existencia del vicio alegado por el accionante, sin que por ello se dé lugar a una intromisión arbitraria en la esfera de competencia del juez de conocimiento; pero no podrá definir la cuestión litigiosa de forma concluyente. El examen se limitará a constatar la existencia de situaciones irregulares desde una perspectiva sustantiva, fáctica, orgánica o procedimental, y una vez advertidos, adoptar las medidas que le están dadas expedir en la órbita de su competencia constitucional.

Cuando el juez constitucional concede el amparo contra una decisión judicial, lo hace basándose en uno de estos posible defectos. Dicha función está encaminada a armonizar, con el pronunciamiento de tutela, la providencia judicial cuestionada con el ordenamiento constitucional vulnerado e identificando, por lo menos, uno de los vicios de la vía de hecho, con el fin de que prevalezcan los derechos fundamentales de las personas.⁸

En el caso concreto, la Sala de Revisión considera que la funcionaria judicial al momento de calificar el mérito del sumario núm. 987 seguido contra el señor CC incurrió en un defecto fáctico por las razones que pasan a explicarse.

El vicio por defecto fáctico se configura cuando no existe el sustento probatorio necesario para adoptar la decisión, por la falta de apreciación del material probatorio anexado al expediente o, simplemente, por un error grave en su valoración.

En consecuencia, el comportamiento del juez que incurre en un defecto fáctico da lugar a una violación del derecho al debido proceso, a la igualdad de las partes ante la ley procesal, al acceso a la administración de justicia, así como a obtener un trato imparcial de quien dirige el proceso, es decir, el funcionario distorsiona la verdad para darle un alcance a los hechos que en realidad no tienen, por lo que no dicta una decisión en derecho, sino lo quebranta.⁹ Por ello, cuando estos supuestos converjan, la acción de tutela resulta idónea,

porque, además, tal error incidió de manera determinante en el sentido de la decisión final.

En el asunto sub iudice, la funcionaria judicial dejó de practicar una prueba legalmente decretada que resultaba determinante para dirimir la controversia que se había planteado entre los resultados contradictorios que arrojaron dos exámenes médicos practicados a la menor AA, es decir, no se trataba de una prueba mas, que pudiese dejar de ser practicada sin que por ello se alterase la decisión judicial final. Todo lo contrario, esa prueba hubiese despejado toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del señor CC.

La existencia de una vía de hecho por error fáctico se vislumbra también en que la funcionaria judicial terminó negándole todo valor a las demás pruebas que reposaban en el expediente, para acordárselo solamente a un reconocimiento médico practicado sobre la menor por un médico no forense y cuyas conclusiones terminan puestas al menos en duda por otro experticio practicado con antelación y cuyos resultados fueron totalmente opuestos.

Así pues, de la lectura de la providencia de preclusión de investigación se tiene que no se valoraron realmente el testimonio rendido por la víctima, el testimonio de la abuela de la menor, un experticio médico del 17 de julio de 2002 según el cual la niña presentaba “himen desgarrado desde las 2 a las 10 del meridiano del reloj y bordes desgarrados cicatrizados”, a las explicaciones poco convincentes del sindicado y finalmente a la valoración preliminar realizada por un psicólogo oficial quien concluyó que “la menor AA ha sido violentada en su integridad sicossexual, detectando desde el juego inicial la existencia de un abuso sexual”.

En este orden de ideas, la Sala de Revisión advierte que la funcionaria judicial no adelantó realmente una valoración en conjunto y crítica de las pruebas, que terminó decidiendo con base únicamente en una prueba pericial cuya validez, como se ha dicho, es cuestionable. Nota además la Sala que la accionada no acordó ningún valor a la declaración de la víctima, a pesar de lo descriptiva que resultaba ser:

“La menor AA narra en su exposición que efectivamente una noche cuando su progenitora iba a venir a San Eduardo, y ella se encontraba en la casa con su padre y hermanos, apagaron las luces y fue cuando su padre empezó a besarla y a decirle “mamita yo te quiero”, y le dijo que si la violaba no pasaba nada, le bajó la ropa interior y le molestaba la vagina y que luego su hermano se puso a llorar y su padre se fue para la cama de su

hermano que le contó a su madre, luego en esta localidad le contó a su abuela, fue llevada al médico y se encontró una infección”.

No obstante lo dramático de este relato de la víctima, la funcionaria judicial, en un acto de discriminación, no le terminó acordando ningún valor probatorio:

“Se amplió la declaración de la menor en cita quien expresa que su padre sólo le introdujo tres dedos de la mano y sintió algo duro, que si no contó esto antes fue porque no se lo preguntaron, niega haber sido atendida por médico general a consecuencia de la infección en sus genitales, más adelante señala que su padre le regaló una manilla luego de haber realizado este acto, manilla que nunca presentó para probar la veracidad de lo dicho (subrayado fuera de texto).

Considera la Sala que esta providencia judicial, además de configurar un acto de discriminación contra los menores, constituye una flagrante vía de hecho por defecto fáctico por cuanto se falló sin que se hubiera practicado una prueba que resulta 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. En tal sentido, la actuación del agente del Ministerio Público resulta ser igualmente cuestionable.

El argumento de la funcionaria judicial según el cual el tercer dictamen médico no fue practicado porque faltó la cooperación de la familia tampoco es de recibo. En efecto, se trata de un acto de desacato a una orden judicial decretada legalmente y por ende el funcionario judicial debe emplear, de manera razonable y siempre en interés del menor, los medios legales para que la orden sea cumplida.

En este orden de ideas, la Sala de Revisión dejará sin efectos la providencia dictada el 18 de marzo de 2003 por la Fiscal 30 Seccional de Miraflores mediante la cual se precluyó la investigación penal que se adelantaba contra el señor CC. El I.C.B.F. deberá iniciar los trámites correspondientes para la declaratoria de peligro de la menor AA y adoptar las consecuentes medidas de protección de que trata el Código del Menor. Una vez la menor se encuentre debidamente protegida, la Fiscal 30 Seccional de Miraflores tomará las medidas

necesarias para que con el concurso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Tunja le sea practicado un examen psicológico y médico a la niña AA, cuyo nombre aparece referenciado en el expediente radicado núm. 987 en la citada Fiscalía Delegada.

Al respecto, considera la Sala de Revisión necesario aclarar que frente a la nueva decisión de fondo que, una vez practicado el tercer reconocimiento médico a la menor AA, adopte la Fiscalía Seccional 30 de Miraflores en el sumario núm. núm. 987 seguido contra el señor CC, los sujetos procesales pueden interponer los recursos ordinarios que establece la legislación procesal penal, o incluso, instaurarse una nueva acción de tutela, de ser ello procedente.

Por último, en aras a ejercer una labor de pedagogía constitucional, encaminada a que esta clase de actos de discriminación no se repitan, la Sala ordenará a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que le den la mayor difusión posible a esta providencia entre los fiscales, jueces y procuradores que atienden casos penales por delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo. CONFIRMAR la sentencia emitida el 5 de diciembre de 2002 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja en la acción de tutela interpuesta por la señora XX contra la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores y MODIFICARLA en los siguientes aspectos.

Tercero. DEJAR SIN EFECTOS la providencia del 18 de marzo de 2003 mediante la cual la Fiscal 30 Seccional de Miraflores calificó el mérito del sumario con preclusión el sumario núm. 987 seguido contra el señor CC.

Cuarto. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. que en el término de

cuarenta y ocho horas (48) inicie los trámites correspondientes para la declaratoria de peligro de la menor AA y adopte las consecuentes medidas de protección de que trata el Código del Menor. Además, la entidad estatal deberá informar y explicar a la abuela de la menor AA el contenido y los efectos de este fallo a fin de ésta que acompañe y asista a la niña durante la práctica del examen médico legal.

Quinto. ORDENAR a la Fiscal 30 Seccional de Miraflores que, una vez se encuentre debidamente protegida la menor AA, con el concurso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, haga cumplir la resolución del 30 de octubre de 2002 por la cual se decretó la práctica de un tercer reconocimiento médico legal a la menor AA por parte del Instituto de Medicina Legal Seccional de Tunja.

Sexto. ORDENAR al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tunja, que en coordinación con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., dentro de un ambiente científico adecuado y causando las menores molestias posibles a la paciente, realice un examen psicológico y físico a la menor AA, cuya identificación aparece en el radicado núm. 987 que se adelanta en la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores, a fin de determinar si fue víctima de algún delito sexual.

Séptimo. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que le de la mayor difusión posible a esta providencia entre los fiscales encargados de investigar los delitos sexuales cometidos contra los menores de edad, salvaguardando la identidad de los sujetos procesales.

Octavo. ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que le de la mayor difusión posible a esta providencia entre los jueces encargados de fallar los casos sobre delitos sexuales cometidos contra menores de edad, salvaguardando la identidad de los sujetos procesales.

Noveno. ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que le de la mayor difusión posible a esta providencia entre los procuradores encargados de intervenir en los casos sobre delitos sexuales cometidos contra menores de edad, salvaguardando la identidad de los sujetos procesales. La Procuraduría deberá además vigilar el estricto cumplimiento de este fallo judicial y velará porque el examen médico que le será practicado a la menor se realice en las condiciones estipuladas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo. ORDENAR que, por la Secretaría General se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991 y que se notifique el contenido de esta sentencia a todas las autoridades referidas en la parte resolutive de la misma para lo de su competencia.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Roseco Ortega, L, “Mediación en casos de violencia doméstica”, Género y derecho, Santiago de Chile, 1999, p. 580.

2 Luisa Cabal, Mónica Roa y Julieta Lemaitre, Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina, Bogotá, Temis, 2001, p. 472.

3 Carlos Climent Durán, La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia, Valecia, Edit. Tirant lo Blanch, 1999, p. 463.

4 Font Serra, E., Las prueba de peritos, Barcelona, 1995, p. 234.

5 Cancio Melía, M., “los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal Colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado”,

Derecho Penal y Criminología, Edit. Universidad Externado de Colombia, Diciembre de 2000, p. 75.

6 Puede consultarse, entre mucha otras, las Sentencias C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-1072 de 2000, T-025 de 2001.

7 Sentencia C-037 de 1996

8 Al respecto ver Sentencia SU-1185 de 2001, en la cual la Corte concedió el amparo porque el Juez de instancia - Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia -, desconoció y no le otorgó valor probatorio a la convención colectiva, aplicable al caso.

9 Sobre este punto ver Sentencia T-329 de 1996.