

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Se está ante un defecto de esta naturaleza cuando al funcionario judicial se equivoca en la escogencia de la ritualidad procesal, en las disposiciones que regulan el desarrollo de la actuación y adelanta el proceso por caminos procesales inadecuados, ya sea porque las normas rituales aplicadas han dejado de existir – evento en el cual concurre también un defecto sustantivo- o porque desatendió aspectos esenciales de los hechos puestos en su conocimiento que determinaban la aplicación de un procedimiento diverso.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO ORGANICO-Falta de competencia del funcionario judicial

Existen eventos en los cuales el desconocimiento de la ritualidad propia de la actuación judicial conduce a un defecto orgánico, en cuanto la regulación procesal inaplicada tiene incidencia en la competencia del funcionario judicial. Tal es el evento en que la Fiscalía General de la Nación adopta determinaciones que corresponde proferir al Juez de control de garantías o al Juez de conocimiento, en atención a la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria. En estos casos, por la trasferencia de competencias en virtud de la trasformación del modelo o sistema procesal puede ser que la decisión cuestionada hubiere sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

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

Ocurre cuando el funcionario judicial niega la práctica del medio probatorio solicitado, no ordena el que debía recaudar de oficio u omite la valoración de elementos de juicio determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional/NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

Existe consenso en la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de todas las garantías que se requieran para proteger su proceso de formación y desarrollo, y establecer disposiciones que fijen un trato preferente en razón de su condición de pronunciada vulnerabilidad por su natural sujeción frente a los adultos con los cuales se relaciona. De allí que el artículo 44 de la Constitución Política establezca el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.” Lo cual permite establecer redes de protección de los niños a efectos de evitar en todo momento y lugar su desamparo.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA BUSQUEDA DE LA VERDAD, JUSTICIA Y REPARACION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Protección

Los funcionarios judiciales que hacen parte del sistema de administración de justicia - jueces y fiscales- están obligados a cumplir sus funciones conforme al principio de prevalencia de los derechos de los niños y al deber que conlleva el principio de corresponsabilidad en materia de protección de los derechos de los niños. Esto implica el deber de agotar todos los esfuerzos para que dentro de las investigaciones penales se establezca la verdad, sin ahorrar recursos y obrando con absoluta diligencia en el cumplimiento de la obligación constitucional, para el caso de los fiscales delegados, de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia...”(artículo 250 de la Constitución política), cuidando de no revictimizar al menor de edad.

DELITOS EN LOS CUALES SON VICTIMAS LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES-Criterios para el desarrollo del proceso judicial que deben ser tenidos en cuenta por la autoridad judicial

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS-Deber de aplicar principio de interés superior del menor en la actividad probatoria de la Fiscalía General en las investigaciones de conductas sexuales cometidas contra menores de edad

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES-Deber de autoridad judicial de desplegar recursos y medios para establecer verdad, realizar investigación integral y oportuna de conductas sexuales cometidas contra menores

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN CASO DE PRECLUSION DE INVESTIGACION PENAL POR PRESUNTO ABUSO SEXUAL

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto procedural en proceso penal por delito sexual contra menor de edad, por cuanto debió adelantarse conforme a la ley 906 de 2004

La competencia y el procedimiento se determinan de un lado por el momento de ocurrencia de los hechos, en cuanto si se trata de hechos que sucedieron luego del 1º de enero de 2005 la normatividad aplicable será la Ley 906 de 2004, conforme al artículo 533 ídem. También debe determinarse el lugar donde se ejecuta total o parcialmente la conducta, y en éste orden, el distrito judicial en donde se adelanta la acción penal, pues éste factor es igualmente determinante de la competencia y procedimiento aplicable a la investigación de concursos de delitos, en atención a la implementación gradual del sistema penal de tendencia acusatoria. En virtud del error en la definición del procedimiento a seguir la Fiscalía delegada adoptó decisiones para las cuales carecía de competencia, como resolver la situación jurídica y calificar el mérito del sumario, por cuanto bajo el procedimiento regulado en la Ley 906 de 2004 la imposición de medida de aseguramiento es competencia del Juez de Control de Garantías en audiencia preliminar y la preclusión de investigación sólo puede ordenarla el Juez de Conocimiento a solicitud del fiscal.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Procedencia por cuanto Fiscalía desconoció valor probatorio a la entrevista a menor en proceso por delito sexual

No advierte la Sala de Revisión fundamento para que la fiscalía hubiera decidido apartarse y negar valor probatorio a la versión dada por la menor víctima de los hechos, pues si bien se aduce una inconsistencia en la fecha en que iniciaron los tocamientos tanto BB como sus progenitores, su hermano y EE, refieren que BB desde el comienzo les indicó que los actos sexuales de los que fue víctima iniciaron en el año 2007, cuando tenía 11 años. En este orden, salvo en la declaración rendida por BB el 12 de agosto de 2011, las declaraciones de BB, sobre la fecha y forma en que se realizaron los actos sexuales contra su humanidad son concordantes.

Referencia: expediente T-3.996.309

Acción de tutela instaurada por AA, en representación de su hija BB contra la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)

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

En el trámite de revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala de Decisión Penal - el 7 de junio de 2013, que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por AA, en representación de su hija BB, contra la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta.

El expediente de referencia fue escogido para revisión mediante Auto del 15 de agosto de

2013, proferido por la Sala de Selección Número Ocho.

Consideración preliminar

Por estar profundamente involucrada la dignidad de la niña a favor de quien se interpone la acción de tutela, la Sala Octava de Revisión ha decidido no hacer mención al nombre de las personas involucradas en la investigación penal como medida para garantizar la intimidad de la menor de edad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomarán prevenciones para impedir su identificación, reemplazando el nombre de la parte accionante por las letras AA, de la menor por las letras BB y del sujeto pasivo de la investigación penal como CC. Adicionalmente, en la parte resolutiva de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que las autoridades judiciales de instancia guarden estricta reserva respecto de la parte accionante en este proceso.

I. ANTECEDENTES

AA, representante legal de la menor de edad BB, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de su hija, al debido proceso y la prevalencia de sus derechos, conforme al artículo 44 de la Constitución, los cuales estima vulnerados por la providencia dictada por la Fiscalía Seccional Caivas I de Cúcuta del 13 de febrero de 2012 mediante la cual dispuso precluir la investigación adelantada contra CC. AA solicita se ordene a la entidad accionada reabrir el proceso penal.

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

1.1 Hechos

1.1.1. El 18 de abril de 2011 la accionante AA denunció penalmente a CC por el delito de acto sexual violento, por hechos de los cuales fue víctima su hija menor de edad en el año 2007, como quedó plasmado en el Formato único de noticia criminal -FPJ2- de la Policía Nacional de Cúcuta.

1.1.2. El 4 de octubre de 2011 la Fiscalía Primera Seccional Caivas - Centro de Atención Integral a las Víctimas de Agresión Sexual- de Cúcuta resolvió la situación jurídica de CC y le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento

de reclusión, por el delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo, al haber encontrado elementos de juicio que comprometían su responsabilidad.

1.1.3. La medida de aseguramiento se hizo efectiva el 8 de octubre de 2011 y CC fue recluido en detención intramural en la Cárcel Modelo de Cúcuta. (folio 74 del cuaderno de pruebas)

1.1.4. El defensor de CC solicitó revocar la medida de aseguramiento y para el efecto pidió la práctica de algunas pruebas.

1.1.5. Estas pruebas, indica la accionante son testimonios relacionados con conflictos familiares y estaban encaminados a cuestionar la credibilidad de BB.

1.1.6. Luego de recaudar las declaraciones pedidas por la defensa de CC, en providencia del 11 de noviembre de 2011 el ente investigador revocó la resolución del 4 de octubre del mismo año mediante la cual había impuesto medida de aseguramiento al investigado y en consecuencia dispone su libertad. Esta decisión quedó ejecutoriada el 21 de noviembre de 2011.

1.1.7. El 3 de enero de 2012 la Fiscal Primera Seccional Caivas de Cúcuta dispuso el cierre de la investigación.

1.1.8. El 13 de febrero de 2012 el citado despacho judicial califica el mérito del sumario ordenando la preclusión de la investigación a favor de CC, decisión que no fue impugnada.

1.1.9. El apoderado de la accionante presentó demanda de constitución de parte civil, que fue admitida el 17 de febrero siguiente por la Fiscalía Primera del Centro de Atención Integral a Víctimas de Agresión Sexual -Seccional Caivas- de Cúcuta, por Resolución 002 en la que además se decidió negar las pruebas solicitadas por la Parte Civil.

1.1.10. La anterior Resolución fue notificada al apoderado de AA el 21 de febrero siguiente, fecha en la que igualmente le fue notificada la Resolución 001 del 13 de febrero anterior, por la cual la Fiscalía en mención precluyó la investigación.

1.1.11. Afirma AA que BB desde el principio identificó a CC como el autor de los hechos denunciados y tales señalamientos nunca fueron desvirtuados, por lo cual estima que la representante del ente fiscal hizo un análisis contraevidente de las pruebas y omitió valorar otras.

1.2. Traslado y respuesta de la autoridad accionada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Penal, por auto del 20 de mayo de 2013 admitió la acción y ordenó correr traslado a la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta para que en el término de un día hábil contestara la acción de tutela, y mediante providencia del 28 de mayo del mismo año ordenó allegar el expediente de la investigación penal. -folios 6 y 14-. Posteriormente, mediante auto del 31 de mayo de 2013 el Tribunal dispuso vincular a "los sujetos procesales, acusado, defensor, parte civil" para que se pronunciaran sobre la acción de tutela. -folio 16-

1.2.1 Respuesta de la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta

En la contestación a la acción de tutela la entidad accionada luego de hacer un recuento cronológico de las diligencias realizadas dentro de la investigación penal adelantada contra CC y que culminaron en virtud de la decisión de preclusión de la investigación, sostiene que todas las decisiones tomadas dentro del proceso estuvieron debidamente sustentadas y razonadas. Además, añade, a la accionante como parte civil se le dio la oportunidad de interponer recursos contra ésta decisión sin que manifestara su inconformidad por lo cual solicita no se acceda a la solicitud de amparo.

Respuesta de quien obró como apoderado del CC dentro de la investigación penal.

El apoderado del señor CC expresó que la Fiscalía encargada de investigar los hechos denunciados por AA actuó conforme a derecho al revocar la medida de aseguramiento interpuesta y decretar el archivo de la investigación, pues del material probatorio demostró que la conducta de la accionante y su cónyuge fue ilegítima pues con la acción penal buscaban incriminar falsamente a CC, con el fin de quedar a cargo del taller que éste tenía junto a sus hermanos y así obtener un provecho económico.

Afirma también que, contrario a lo expresado por la actora, la entidad accionada argumentó

debidamente la decisión de preclusión de la investigación y archivo de las diligencias, por cuanto fueron desvirtuadas las acusaciones hechas en la denuncia penal contra su poderdante.

Respuesta del señor CC:

El señor CC indica que la Fiscal Primera Seccional Caivas no faltó a sus deberes profesionales y tampoco el abogado que lo representó dentro de la investigación penal pues la actuación y los argumentos de éste fueron los que convencieron de su inocencia a la Fiscal quien estimó que no había mérito para la detención intramural. Señala que nunca ha utilizado argucias o trampas que le valgan su libertad y en su vida no ha tenido un reproche jurídico que pusiera en tela de juicio su buen nombre.

Manifiesta que ha sido transparente en sus actuaciones diarias y que “reconozco por intrigas y malas interpretaciones que tuvimos ‘DD’ mi hermano y yo confabuladamente para sacar del medio a ... nuestro consanguíneo hermano y querer de una manera soterrada no estuviera presente en el manejo y dirección del taller de ebanistería JJ .. y quedar nosotros ‘DD’ y yo al mando de dicho sitio de trabajo”, y luego añade que todo ha sido maniobra de la accionante “pues es la misma comunidad del sitio donde vivo que sabe del lapso (sic) de consanguinidad amistad y camaradería que siempre tuve con mi hermano ‘DD’ y mi cuñada ‘AA’ y que nunca jamás se presentó para riñas o malentendidos entre nosotros, todo lo contrario siempre fueron los vecinos mismos los testigos que yo nunca jamás tuve pelea alguna o riña con mi hermano y mi cuñada y que fueron ‘DD’ y ‘AA’ los que sin motivo alguno pusieron en tela de juicio mi buen nombre” - folio 25-

II. PROVIDENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala de Decisión Penal- en fallo dictado el 7 de junio de 2013, negó por improcedente la acción interpuesta por la señora AA a favor de su hija BB, al considerar que no cumple con el requisito general de haber agotado los mecanismos ordinarios de defensa judicial pues dentro del proceso penal la Parte Civil no presentó ningún recurso contra la providencia del 13 de febrero de 2012 mediante la cual la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta precluyó la investigación adelantada contra CC

Salvamento de Voto al Fallo de Única Instancia:

El Magistrado Juan Carlos Conde Serrano, salvó su voto en el fallo anteriormente descrito, sustentando su disidencia en que en el caso objeto de estudio, se dio cumplimiento a los requisitos generales que la Corte Constitucional ha reconocido como necesarios para la procedencia del estudio, en sede de tutela, de una providencia judicial, pues si bien podría afirmarse que no se agotaron todos los medios ordinarios de defensa, cabe advertir que sólo en la parte final de la actuación penal se constituyó la Parte Civil, limitándose considerablemente el tiempo y los términos en que podría interponer recursos contra la decisión de preclusión de la investigación.

Frente a las causales específicas de procedencia de la tutela, indica el salvamento de voto, que en la decisión judicial cuestionada existen varias circunstancias generadoras de defecto fáctico; se observa un posible desconocimiento del contenido del testimonio de la víctima, una valoración ligera de los dictámenes periciales y una apreciación errada de circunstancias ajenas a los hechos denunciados. A lo cual se añade la deficiente motivación de la providencia mediante la cual precluyó la investigación.

Por lo anterior considera que el Tribunal debió amparar el derecho fundamental al debido proceso de la menor y haber dejado sin efectos la resolución de preclusión de la investigación censurada, permitiendo un nuevo el estudio del caso y del material probatorio existente.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del 1º de octubre de 2013, el Magistrado sustanciador decretó como prueba la incorporación de copia íntegra del expediente contentivo de la investigación penal adelantada contra CC por el presunto delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

En cumplimiento de lo anterior, mediante oficio radicado el 18 de octubre de 2013 la Asistente del Fiscal allegó copia del expediente solicitado.

Material Probatorio Obrante en el Expediente:

1.- Copia del expediente del proceso adelantado por la Fiscalía Primera Seccional Caivas en contra de CC, dentro del cual se encuentran:

- Formato de noticia criminal, del dieciocho (18) de abril de dos mil once (2011), en el que consta la denuncia de la accionante contra CC, por hechos de los cuales fue víctima la menor de edad BB. (Folio 3 del cuaderno de las pruebas)
- Entrevista - FPJ-14- del 25 de abril de 2011 a BB, en la cual relata actos sexuales realizados por CC cuando tenía 11 años, un episodio de acceso carnal sucedido en el año 2008, y se puntualiza que “Se realiza una línea de tiempo para aclarar cuando fue el último tocamiento distinto al toque de la nalga de abril de 2011, y menciona que los tocamientos iniciaron en el 2007 cuando tenía 11 años y la última vez que se dieron esos tocamientos fue el 2009 cuando tenía trece años a mitad de año” (Folio 17 del cuaderno de las pruebas)
- Resolución de apertura de investigación previa contra CC del 29 de abril de 2011 (Folio 20 del Cuaderno de Pruebas)
- Ampliación de denuncia de AA, en la cual ratifica los hechos indicados en la denuncia. Refiere igualmente que para la época de los hechos la menor de edad BB visitaba el lugar donde ella refiere sucedieron los hechos, “mi esposo los llevaba todos los días para dejarlos ahí en la mañana mientras se iban en la tarde al colegio” (Folio 24 del Cuaderno de Pruebas)
- Declaración de DD, quien relató lo que BB, le manifestó sobre los hechos motivo de investigación penal (folio 26 Cdo. de Pruebas)
- Resolución de apertura de instrucción contra CC del 23 de mayo de 2011, por el presunto delito de Acto Sexual Violento Agravado en concurso homogéneo y sucesivo, siendo víctima BB. (Folio 34 del Cuaderno de Pruebas)
- Indagatoria de CC recibida el 20 de junio de 2011, (folio 37 Cdo. de pruebas)
- Resolución No. 005 del cuatro (04) de octubre de dos mil once (2011), mediante la cual se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra de CC por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años. (Folio 62 del cuaderno de pruebas)

- Escrito del apoderado de CC en el que solicita la revocatoria del acto que impuso la medida de aseguramiento. (Folio 86 del cuaderno de las pruebas)
- Declaraciones de tres testigos solicitados por la defensa del imputado.
- Resolución No. 006 del once (11) de noviembre de dos mil once (2011), por la cual la Fiscalía accionada revocó la detención preventiva y ordenó la libertad inmediata de CC. (Folio 136 del cuaderno de las pruebas [está cortado])
- Resolución No. 001 del trece (13) de febrero de dos mil doce (2012), mediante la cual la Fiscalía Primera Seccional Caivas califica el mérito del sumario con preclusión de la investigación a favor de CC y ordena el archivo del expediente. (Folio 181 del cuaderno de las pruebas)
- Resolución No. 002 del diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012) por la cual se declara la constitución de parte civil por la accionante AA. (Folio 198 del cuaderno de las pruebas)
- Constancia de notificación de las Resoluciones 001 y 002 a la Parte Civil, de fecha 21 de febrero de 2012.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

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

3.2. Problema jurídico y planteamiento del caso

Estima la accionante que al proferir la resolución de preclusión de la investigación a favor del señor CC la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta incurrió en diversas irregularidades en la valoración del material probatorio allegado al proceso que llevaron al archivo de la investigación y el desconocimiento de los derechos fundamentales de su hija

BB, al debido proceso, a la verdad, la justicia y a la reparación.

La Corte Constitucional deberá determinar entonces, si la decisión de la Fiscalía Primera Seccional Caivas de precluir la investigación penal relacionada con la denuncia de AA por el presunto delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo, amenaza los derechos de la accionante AA y de la menor de edad BB de acceso a la administración de justicia, a la verdad, justicia y reparación, y a la protección especial de los derechos de los niños y niñas.

Con el fin de determinar si la actuación del ente investigador significó una amenaza o violación de los derechos fundamentales de la tutelante y su hija, la Corte analizará los siguientes temas relevantes : i) procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional; iii) El derecho de acceso a la administración de justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas punibles; y iv) Los deberes de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en desarrollo de investigaciones de conductas cometidas contra menores de edad. Una vez revisados los aspectos anteriores, se adoptara la decisión que corresponda en el caso concreto.

3.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y el defecto fáctico en la jurisprudencia constitucional

La procedibilidad de la acción, esto es, la posibilidad de adelantar el examen en sede de tutela de la providencia judicial señalada de quebrantar derechos fundamentales, conforme lo ha establecido de manera pacífica la jurisprudencia constitucional en particular desde la Sentencia C-590 de 2005, se encuentra supeditada al cumplimiento de unos requisitos generales, que esencialmente se concretan en:

i) Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plantea una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública.

ii) Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela;

- iii) Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad;
- iv) Que en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor;
- vi) Que el fallo censurado no sea de tutela.

En el análisis de acciones de tutela interpuestas contra providencias judiciales, en aras de preservar la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia y que se revela en el ejercicio hermenéutico y la valoración probatoria, además de establecer la procedibilidad de la acción de tutela conforme a los presupuestos antes indicados y que permiten al juez constitucional abordar el estudio de la providencia judicial que se señala como violatoria de los derechos del tutelante, es necesario examinar si la decisión judicial cuestionada adolece de alguno de los siguientes defectos que vulneran el debido proceso, denominadas causales específicas de procedencia:

- a- Defecto orgánico por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial que dicta la providencia judicial.
- b- Defecto sustantivo, cuando la decisión se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales, o la providencia presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión
- c- Defecto procedural, cuando el funcionario judicial en el trámite de la actuación judicial desconoce la ritualidad previamente establecida para el efecto.
- d- Defecto factico, que se produce en la valoración del material probatorio, por desconocimiento de pruebas, valoración de medios ilegales, o errores manifiestos en la apreciación de las pruebas;
- e- Error inducido, que se configura cuando la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño iusfundamental como consecuencia del engaño u ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas

del poder público. Anteriormente denominado vía de hecho por consecuencia[1];

f- Decisión sin motivación, es decir, cuando las determinaciones adoptadas en la parte resolutiva de la providencia y mediante las cuales se resuelve de fondo el asunto no encuentran en la parte motiva el fundamento o ratio decidendi, que permita a los destinatarios de las mismas ejercer un control sobre la razón de dichas decisiones y eventualmente controvertirlas;

g- Desconocimiento del precedente constitucional, que se configura cuando la Corte Constitucional ha establecido el alcance de un derecho fundamental, y éste es ignorado por el juez al dictar una decisión judicial que va en contra de ese contenido y alcance fijado en el precedente[2]; y

h- Violación directa de la Constitución, defecto que se produce cuando el juez da alcance a una disposición normativa de forma abiertamente contraria a la Constitución, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad debiendo hacerlo y así lo ha solicitado alguna de las partes en el proceso.

3.3.1 Defecto procedural como causal de procedencia de la tutela contra providencia judicial

Se está ante un defecto de esta naturaleza cuando al funcionario judicial se equivoca en la escogencia de la ritualidad procesal, en las disposiciones que regulan el desarrollo de la actuación y adelanta el proceso por caminos procesales inadecuados, ya sea porque las normas rituales aplicadas han dejado de existir – evento en el cual concurre también un defecto sustantivo- o porque desatendió aspectos esenciales de los hechos puestos en su conocimiento que determinaban la aplicación de un procedimiento diverso.

En relación con este defecto, la Corte en sentencia T-419 de 2011, recogiendo jurisprudencia consolidada de esta Corporación puntualizó que constituye un defecto procedural absoluto aquel:

“Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando éste se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado

la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (ii) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

Así, por ejemplo, la Corte ha encontrado que se configura un defecto procedural, en los siguientes casos: (i) cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. Sin embargo, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, o si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real, lo cual puede ocurrir porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios, no procederá la tutela; (ii) cuando existe una dilación injustificada, tanto en la adopción de decisiones como en el cumplimiento de las mismas por parte del juez; cuando la autoridad judicial pretermina la recepción y el debate de unas pruebas cuya práctica previamente había sido ordenada; y (iii) cuando resulta evidente que una decisión condenatoria en materia penal, se produjo como consecuencia de una clara deficiencia en la defensa técnica, siempre que sea imputable al Estado”

Existen eventos en los cuales el desconocimiento de la ritualidad propia de la actuación judicial conduce a un defecto orgánico, en cuanto la regulación procesal inaplicada tiene incidencia en la competencia del funcionario judicial. Tal es el evento en que la Fiscalía General de la Nación adopta determinaciones que corresponde proferir al Juez de control de garantías o al Juez de conocimiento, en atención a la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria. En estos casos, por la trasferencia de competencias en virtud de la transformación del modelo o sistema procesal puede ser que la decisión cuestionada hubiere sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

3.3.2 Defecto fáctico como causal de procedencia de la tutela contra providencia judicial

La jurisprudencia ha entendido que éste defecto: “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permite 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 discretionales 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.”[3]

Para que el yerro en la apreciación de los elementos probatorios configure un defecto fáctico es necesario 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”[4].

En ese contexto, la Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de:

- (i) Una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega una prueba, o por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria;
- (ii) Por vía de una acción positiva, cuando el juez aprecia pruebas que son determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada pero que no ha debido admitir ni valorar porque fueron indebidamente recaudadas, o son nulas de pleno derecho o pruebas que son totalmente inconducentes al caso concreto; o
- (iii) Por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los medios de prueba que conducen a valorarlos de manera arbitraria, irracional y caprichosa.

Para efectos de resolver el caso sub examine, cabe resaltar de manera particular, los siguientes eventos que conducen a la configuración del referido defecto en la decisión judicial:

- a. Dimensión Negativa: Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio debidamente allegado al proceso.

Ocurre cuando el funcionario judicial niega la práctica del medio probatorio solicitado, no ordena el que debía recaudar de oficio u omite la valoración de elementos de juicio determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[5] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge[6].

Tal es el caso que se plantea, por ejemplo, en la sentencia T-554 de 2003, en la que la Corte dejó sin efectos la decisión de un fiscal que dispuso la preclusión de una investigación penal sin la práctica de un dictamen de Medicina Legal que se requería para determinar si una menor había sido víctima del delito sexual que se le imputaba al sindicado.

Igualmente, por configurarse un defecto fáctico, en la sentencia T-713 de 2005 la Corte declaró la nulidad de una sentencia de segunda instancia porque el juez omitió pronunciarse sobre la solicitud de práctica de pruebas que el actor había formulado en ese momento procesal.[7]

A este tipo de defecto también se refiere la sentencia T-458 de 2007 en la que al examinar la acción interpuesta contra la decisión de un Juzgado de menores que ordenó la cesación del procedimiento en una investigación adelantada por el presunto delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir el funcionario desconoció el alcance de un dictamen pericial rendido dentro del proceso. Textualmente se afirma en este fallo:

“La Sala precisa que si bien el respeto a la autonomía judicial hace que se permita que los jueces valoren libremente el acervo probatorio dentro de las normas de la sana crítica, el valor normativo de la Constitución conlleva de manera ineludible a que la valoración probatoria que se aparta de las reglas de la sana crítica, cuando la prueba tiene “la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”[8], haga procedente la acción de tutela contra la providencia judicial respectiva.

... Así, sólo es factible fundar la prosperidad de una acción de tutela de manera excepcional, cuando se observa que existe un error ostensible y manifiesto[9] en el juicio valorativo de la prueba que además, tiene una incidencia directa en la decisión.

Es evidente en el caso objeto de revisión, que la existencia de capacidad para discernir

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

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

b. Dimensión activa: Por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los medios de prueba que conducen a valorarlos de manera arbitraria, irracional y caprichosa

Cuando el funcionario judicial fundamenta su determinación en elementos de juicio que no le es permitido considerar porque fueron indebidamente recaudados, son totalmente inconducentes al caso concreto, o se trata de pruebas nulas de pleno derecho, se está en presencia de un defecto fáctico, del mismo modo cuando se apoya la decisión judicial en material probatorio que no permite llegar a la certeza sobre el supuesto fáctico del cuál parte la conclusión del fallador.

Conforme con lo expuesto, se configura defecto fáctico:

- (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido;
- (ii) Cuando a pesar de existir pruebas ilícitas el funcionario judicial omite excluir las del análisis probatorio y soporta en ellas la decisión respectiva;

(iii) Cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en el proceso, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso;

(iv) Cuando el juez o fiscal da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y

(v) Cuando injustificadamente omite valorar elementos de juicio debidamente aportados en el proceso.[10]

La Constitución Política, en el artículo 13 anticipa el deber de protección especial que tiene el Estado, la Sociedad y la Familia frente a los niños, niñas y adolescentes en consideración a la condición de debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo (C.P. art. 13),

Posteriormente, este deber de protección se concreta y realza en el artículo 44 de la Constitución Política que declara que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás, aspecto ampliamente desarrollado por esta Corporación en numerosa jurisprudencia[11].

En particular frente a situaciones de abuso, ordena la norma constitucional en cita que: "Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos."

Esta Corte en sentencia T-397 de abril 29 de 2004[12] resaltó que el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos sobre los demás deben guiar la actividad administrativa y judicial, al respecto:

"... las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente -incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa

ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”

De igual forma distintos instrumentos de derecho internacional[13] han reconocido de manera especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

En especial la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991, en su artículo 19 señala que los Estados Partes están llamados a establecer medidas de protección no sólo en el campo legislativo, sino también en el administrativo, económico y social a favor de los niños.

Establece la disposición en mención:

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

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

según corresponda, la intervención judicial.”

Imperativo que se reitera en el artículo 34 ídem, conforme al cual:

Artículo 34

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”

Existe consenso en la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de todas las garantías que se requieran para proteger su proceso de formación y desarrollo, y establecer disposiciones que fijen un trato preferente en razón de su condición de pronunciada vulnerabilidad por su natural sujeción frente a los adultos con los cuales se relaciona. De allí que el artículo 44 de la Constitución Política establezca el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.” Lo cual permite establecer redes de protección de los niños a efectos de evitar en todo momento y lugar su desamparo.

3.5. El derecho de acceso a la administración de justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas punibles.

Cuando dentro de una investigación penal se señalan como víctimas a menores de edad, las garantías del debido proceso adquieren un plus determinado por la necesidad de proteger al menor de edad y evitar su revictimización, en respeto de su dignidad humana. De igual forma, el deber que consagra el artículo 250, numeral 6, de la Constitución Política relativo

a la obligación de “solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito, debe ejercerse con mayor celo cuando se indica que el sujeto pasivo de la conducta penal es un menor de edad, quien se encuentra en un alto grado de indefensión y vulnerabilidad, no sólo respecto de los adultos imputados o investigados dentro del proceso, sino frente al sistema mismo, pues su derecho como víctima de acceder a la administración de justicia – particularmente dentro de la acción penal-, está mediado por la voluntad y actuación del adulto encargado de su cuidado ya sea como representante legal, cuidador, defensor del pueblo o defensor de familia.

Por ello, los funcionarios judiciales que hacen parte del sistema de administración de justicia – jueces y fiscales- están obligados a cumplir sus funciones conforme al principio de prevalencia de los derechos de los niños y al deber que conlleva el principio de corresponsabilidad en materia de protección de los derechos de los niños. Esto implica el deber de agotar todos los esfuerzos para que dentro de las investigaciones penales se establezca la verdad, sin ahorrar recursos y obrando con absoluta diligencia en el cumplimiento de la obligación constitucional, para el caso de los fiscales delegados, de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia...”(artículo 250 de la Constitución política), cuidando de no revictimizar al menor de edad.

Frente a conductas que vulneran la libertad, integridad y formación sexual, la Corte ha insistido en la existencia de unos deberes especiales negativos y positivos de protección por parte de los funcionarios judiciales, derivados del interés superior del menor y de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, en sentencia T- 554 de 2003, consideró:

“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.

(...)

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". (negrillas fuera del texto).

Por lo anterior, cuando se trata de examinar tanto la procedibilidad de la acción de tutela, como de revisar si se cumplió con el debido proceso por los funcionarios encargados de adelantar la investigación de conductas punibles en las cuales se refiere como víctima a una persona menor de edad, no deben seguirse con extremo rigor los parámetros que se emplean al momento de determinar la procedencia del amparo por vulneración del debido proceso.

3.6. Deber de atender al principio de interés superior del menor en la actividad probatoria desarrollada por la Fiscalía General de la Nación en las investigaciones de conductas cometidas contra menores de edad.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional la forma acuciosa como se desarrolle la diligencia de entrevista arroja información relevante sobre los hechos informados por el menor, así como sobre las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa de la conducta realizada contra su humanidad. Por ello los funcionarios judiciales están obligados a 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.[14]

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en la sentencia del 29 de febrero de 2008, radicado Nº 28257 mencionó:

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

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

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

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

Del mismo modo, los artículos 192 y 193[15] del Código de la Infancia y Adolescencia fijan reglas encaminadas a proteger los derechos de los menores de edad cuando son víctimas de delitos:

“Procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos: Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta Ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el

desarrollo de proceso judicial de los responsables."

La Corte Constitucional en sentencia T-078 de 2010, frente a un evento en el cual se dictó sentencia absolutoria al rechazar el testimonio de la menor víctima de abuso sexual, precisó:

"La doctrina de la Corte Constitucional enseña que 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. De tal suerte, que constituyen actos 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... 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."(negrilla fuera del texto)

En el mismo sentido, esta Corte en la Sentencia T- 117 de 2013, al conceder el amparo en un caso en que se negó valor a la entrevista brindada por el menor de edad víctima de la conducta investigada, señaló:

"[r]esulta contraproducente para los fines perseguidos analizar el testimonio del infante particularmente en la entrevista forense que realiza el Defensor de Familia bajo la óptica formal y material como si se tratara adultos..."

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

Conforme con lo expuesto, corresponde a los funcionarios judiciales que intervienen en la

investigación y juzgamiento de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes desplegar todos los recursos y medios disponibles a efectos de establecer la verdad, realizar una investigación integral y oportuna de los hechos que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial o de oficio, cuidando en la actividad de recaudo probatorio de atender siempre al interés superior del menor y el respeto a su dignidad humana, evitando cualquier acto que conduce a su revictimización.

Con base en lo anterior, la Sala Octava de Revisión entrará a examinar si en el caso concreto se violó el derecho al debido proceso en el trámite de la investigación penal adelantada contra CC, en virtud de la denuncia formulada por la madre de la menor de edad BB, por el presunto delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo.

3.7.1 Examen de los requisitos generales de procedibilidad

- Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional.

En el presente evento el problema jurídico puesto a consideración de la Sala involucra un asunto de relevancia constitucional, por cuanto se alega la afectación de los derechos de la accionante AA y de su hija BB a obtener la tutela judicial efectiva, y el desconocimiento de deber de garantizar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de conductas punibles, por parte de la funcionaria encargada de adelantar la etapa de investigación y acusación dentro del proceso penal seguido contra CC por el presunto delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo.

- Subsidiariedad.

En el presente evento la accionante no tuvo la oportunidad de interponer los recursos judiciales ordinarios contra la resolución que revocó la medida de aseguramiento, pues para la fecha en que fue proferida el 11 de noviembre de 2011, no se había constituido como parte civil dentro de la actuación penal y por lo tanto no era sujeto procesal.

De igual forma, cuando la Fiscalía Primera Seccional Caivas profirió la resolución de

preclusión de la investigación adelantada contra CC por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, aún no se había expedido el auto mediante el cual el citado despacho judicial admitió como parte civil a la accionante en representación de su hija.

Se dice por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala Penal de Decisión-, que la accionante no agotó los mecanismos ordinarios de defensa, por lo cual la acción de tutela es improcedente. Esta consideración del a quo, desconoce el deber especial de protección del Estado y de los funcionarios judiciales en el caso concreto, frente a los niños, niñas y adolescentes posibles víctimas de actos de abuso sexual, quienes, como se indicó en precedencia, merecen una consideración especial pues no puede negarse la protección de sus derechos argumentando omisión en el ejercicio de los mecanismos ordinarios de defensa, cuando por sus condiciones biológicas de desarrollo no siempre están en condiciones de acudir motu proprio ante las instancias judiciales para la defensa de sus derechos, sino que requieren del concurso de un adulto (representante legal, cuidador, defensor del pueblo, defensor de familia o representante de la Procuraduría o de un adulto que actúe como agente oficioso), por lo que negarles el amparo de sus derechos al debido proceso y como víctimas a la verdad, la justicia y la reparación argumentando el no ejercicio de los mecanismos ordinarios de defensa, es abstraerse de la realidad de los niños, exigiéndole el cumplimiento de cargas procesales que en ocasiones ni los adultos están en capacidad de comprender.

Y es que reconociendo esta sujeción a la cual están sometidos los niños, por su nivel de desarrollo biológico y psicológico, es que los funcionarios judiciales, y especialmente el delegado de la Fiscalía General de la Nación, están obligados a procurar de oficio y con la mayor diligencia y celeridad el establecimiento pleno de la verdad en los asuntos sometidos a su conocimiento. No hacerlo es incumplir los deberes que desde la Constitución Política se les imponen (artículos 44 y 250, numeral 6, de la constitución Política).

Por lo anterior resulta a todas luces desproporcionado considerar que en este caso la acción de tutela no supera el requisito de subsidiariedad porque la persona a favor de la cual se interpone la solicitud de amparo - un menor de edad- no impugnó las decisiones judiciales dentro de la investigación penal.

Puede llegar a considerarse que la accionante AA, madre de BB, podía interponer mediante

su apoderado recursos contra la resolución de preclusión de la investigación adoptada por la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta, dado que fue admitida como Parte Civil, sin embargo debe tenerse en cuenta que fue reconocida como tal el 17 de febrero de 2012 cuando ya se había proferido la Resolución 001 del 13 de febrero y pudo hacerse parte y conocer el proceso desde el 21 del mismo mes, es decir, sólo siete días antes de que éste finalizara al quedar en firme la decisión de preclusión el 29 de febrero de 2012. Como acertadamente lo refiere el Magistrado que salvó el voto, el corto tiempo con que contaba para ejercer el derecho de impugnación no garantizó la efectividad de éste medio de defensa.

Tampoco puede perderse de vista que AA, obra como representante legal de quien es víctima, es decir, no es ella exclusivamente la titular de los derechos que se invocan como vulnerados, pues principal y esencialmente el amparo que se reclama es a favor de la menor BB, a quien naturalmente no puede exigirse el agotamiento de cargas procesales.

Conforme con lo expresado, para la Corte es claro que en éste evento se cumple el requisito de subsidiariedad.

- Inmediatz.

La acción fue interpuesta por AA en forma oportuna en cuanto se dirige a cuestionar la resolución de preclusión de la investigación dictada el 13 de febrero de 2012 por la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta, de tal forma que ha transcurrido un plazo razonable desde la ocurrencia de los hechos en que se fundamenta hasta la interposición de la acción el 17 de mayo de 2013.

Al efecto es preciso considerar que el juicio sobre la razonabilidad del término cuando se trata de decisiones judiciales que afectan derechos de menores de edad no ha de ser riguroso, pues en estos eventos, como se indicó en precedencia, debe tenerse en cuenta que la efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia está mediada por la representación de un adulto. En este sentido, en la sentencia T- 322 de 2008 la Corte estimó que uno de los factores a considerar al momento de determinar si se presentaba el fenómeno de la inmediatz en materia de acción de tutela contra providencias judiciales es si se está en presencia de un sujeto de especial protección o de una persona que se encontrase en una situación de especial indefensión, como sucede en éste evento en el cual

la acción se interpone para la protección de los derechos de una menor de edad.[16]

En éste evento AA interpone la acción de tutela para la protección de los derechos de la menor BB, quien no puede actuar motu proprio y cuyo derecho a que se establezca la verdad y se materialicen la justicia y a la reparación aún subsiste y en este orden la decisión que llegue a adoptar la Sala conserva su eficacia.

- Incidencia del hecho en la decisión judicial cuestionada

En el presente evento se cuestiona la decisión adoptada el 13 de febrero de 2012 por la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta, porque a juicio de la accionante incurrió en defecto fáctico por errores en la valoración de los elementos probatorios llegados al proceso a partir de los cuales llegó al convencimiento que no había mérito para formular resolución de acusación. Es claro entonces que el hecho que se aduce como generador del defecto determinó el sentido de la resolución dictada por la parte accionada dentro de la investigación adelantada por el presunto delito de Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años, contra CC.

- Identificación de los hechos

En el escrito de la acción de tutela interpuesta por la accionante AA se identifican los hechos generadores de la presunta vulneración de sus derechos, los cuales no pudieron ser cuestionados al interior del proceso judicial.

- El fallo censurado no es de tutela.

3.7.2. Procedencia de la acción de tutela por violación del debido proceso.

3.7.2.1 Defecto Procedimental

El primer defecto que se advierte en la investigación penal adelantada contra CC, y que invalida toda la actuación del ente fiscal es que se adelantó conforme a las normas procesales previstas en la Ley 600 de 2000, normatividad que no era aplicable al caso por las siguientes razones:

a- En virtud del establecimiento en el artículo 5 del Acto legislativo 03 de

2002[17], por el cual se modificaron los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, de la implementación del Sistema Penal Acusatorio en forma gradual y progresiva, la determinación de la competencia y el procedimiento aplicables en eventos afectados por el tránsito legislativo, se definen tanto por la época de ocurrencia de los hechos, como el lugar donde se ejecuta total o parcialmente la conducta.

Al referirse a la determinación del procedimiento aplicable en eventos de conductas de permanencia en el tiempo y el concurso de conductas punibles, unas sucedidas con anterioridad a las fechas de implementación progresiva en los diferentes distritos judiciales y otras con posterioridad a la implementación del sistema acusatorio, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 15 de diciembre de 2008, proferida dentro del proceso 30665, reiteró el criterio de razón objetiva definido en el Auto del 09 de junio de 2008, rad. núm. 29586, conforme al cual:

“se inclina la Sala por acudir a criterios objetivos y razonables, edificados estos esencialmente en determinar bajo cuál de las legislaciones se iniciaron las actividades de investigación, la que una vez detectada y aplicada, bajo su inmodificable régimen habrá de adelantarse la totalidad de la actuación, sin importar que (al seleccionarse por ejemplo la Ley 600) aún bajo la comisión del delito -dada su permanencia- aparezca en vigencia el nuevo sistema.

Ya la iniciación de las pesquisas por los senderos de aquella normatividad marcará el rumbo definitivo del procedimiento a seguir. Piénsese en un secuestro cometido en un distrito judicial que aún estuviera bajo el régimen de la Ley 600 y dentro de ese contexto se recibe la notitia criminis, dándose inicio a una investigación previa y por su propia iniciativa en la misma resolución el fiscal ordena interceptación de líneas telefónicas, desde luego sin ningún control judicial específico pues no está normativamente previsto. Ya -sin duda- con ello, el servidor está ejerciendo funciones jurisdiccionales de las cuales carece en esencia bajo la Ley 906. Y mucho más si dentro de aquella fase preprocesal recibe por lo menos el testimonio de los parientes del secuestrado, como que en tal caso se estará ante el aporte de verdaderas pruebas (con vocación de permanencia) cuyo carácter o naturaleza no podría ser desconocido en adelante al tratar de variar el procedimiento hacia las nuevas reglas, y considerar ahora que aquellas versiones no ostenten la calidad de pruebas.

Lo propio ocurriría si las indagaciones se inician bajo el procedimiento de las nuevas normas, pues el cambio de sistema de enjuiciamiento resultaría (al igual que en la hipótesis anterior) a más de refractario a un verdadero debido proceso, como la más clara muestra de las dificultades respecto -por ejemplo- del acopio de información, como que de las personas se obtendría información a través de entrevistas, mas no en calidad de verdaderos testimonios, surgiendo a la par dificultad en relación con la intervención de peritos, en la medida en que a sus conceptos -recogidos a la luz de la Ley 906- no podría dárseles el carácter de prueba como sí la tendrían bajo el imperio de la Ley 600"

b- Conforme con ello, la competencia y el procedimiento se determinan de un lado por el momento de ocurrencia de los hechos, en cuanto si se trata de hechos que sucedieron luego del 1º de enero de 2005 la normatividad aplicable será la Ley 906 de 2004, conforme al artículo 533 ídem.

c- Al criterio anterior igualmente hay que agregar que debe determinarse el lugar donde se ejecuta total o parcialmente la conducta, y en este orden, el distrito judicial en donde se adelanta la acción penal, pues este factor es igualmente determinante de la competencia y procedimiento aplicable a la investigación de concursos de delitos, en atención a la implementación gradual del sistema penal de tendencia acusatoria, que en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, se estableció de la siguiente manera:

"Artículo 530. Selección de distritos judiciales. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

En enero 1º de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008."

En el presente evento, la accionante AA formuló denuncia contra CC el 18 de abril de 2011, es decir, cuando, conforme al artículo 530 de la Ley 906 de 2004 ya había empezado a aplicarse el sistema penal de tendencia acusatoria allí regulado en el Distrito Judicial de Cúcuta.

Dispuso la citada norma en el inciso final que “Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.”.

En su escrito de denuncia AA se refiere a conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales de la menor BB, realizadas en el año 2007 y días antes de interponer la denuncia en abril de 2011 - folio 3 Cdo. de Pruebas- , es decir, a hechos sucedidos luego del 1º de enero de 2005.

Igualmente durante la entrevista sicológica realizada a la menor de edad se estableció que los tocamientos iniciaron en el año 2007 se prolongaron hasta el año 2009 y luego volvieron a suceder en abril de 2011, todo lo cual indica que los hechos investigados sucedieron luego del 1º de enero de 2005, por lo que en este caso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, la investigación debió adelantarse conforme al procedimiento establecido en dicha ley y no siguiendo las previsiones de la Ley 600 de 2000. En efecto, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, señala con toda claridad que “El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005”.

En este orden, considerando que los hechos investigados datan de 2007 a 2009 y de 2011, esto es, son posteriores al año 2005, y además, que para la época en que se inició la actuación penal en abril de 2011 el sistema penal acusatorio ya tenía plena aplicabilidad en el Distrito Judicial de Cúcuta, es claro que la investigación debió adelantarse conforme a las previsiones de la Ley 906 de 2004, sin que se advierta razón alguna para que la Fiscalía Primera Seccional Caivas aplicara el trámite y asumiera las competencias fijadas en la Ley 600 de 2000.

Esta situación reviste la entidad suficiente para conceder el amparo ante la protuberante violación del debido proceso por defecto procedural en toda la actuación adelantada por

el citado despacho judicial, y no puede pasar inadvertida por la Sala de Revisión, dado que tiene efectos sobre la validez de la actuación penal adelantada y la que llegare a seguirse como consecuencia del presente fallo de tutela.

Lo expuesto por cuanto en virtud del error en la definición del procedimiento a seguir la Fiscalía delegada adoptó decisiones para las cuales carecía de competencia, como resolver la situación jurídica y calificar el mérito del sumario, por cuanto bajo el procedimiento regulado en la Ley 906 de 2004 la imposición de medida de aseguramiento es competencia del Juez de Control de Garantías en audiencia preliminar[18] y la preclusión de investigación sólo puede ordenarla el Juez de Conocimiento a solicitud del fiscal[19].

Ahora bien, como corresponde a la Fiscalía por mandato constitucional adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que revistan las características de un delito (artículo 250 de la Constitución política), se dejará sin efectos la Resolución 001 del 13 de febrero de 2012, que precluyó la investigación para que, reabierta la acción penal, el ente fiscal disponga las medidas correctivas que correspondan para continuar con el proceso por los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, formulando imputación y teniendo en consideración el material probatorio legalmente recaudado, el cual conserva su validez y debe ser valorado e incorporado a la investigación y al juicio conforme al principio de interés superior del menor que impone adoptar las medidas que se requieran a efectos de evitar la revictimización de la menor a favor de quien se concede la tutela.

Aunque el defecto procedural advertido tiene la relevancia suficiente para otorgar el amparo, se analizará la presunta ocurrencia de otros posibles defectos en la sentencia a efectos de garantizar la observancia y respeto del derecho fundamental al debido proceso y los derechos de la menor BB, a favor de quien se interpuso la presente acción.

3.7.2.2 Defecto Fáctico.

Como se indicó en precedencia, el defecto fáctico se configura cuando:

- i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido;

- ii) Cuando a pesar de existir pruebas ilícitas el funcionario judicial omite excluir las del análisis probatorio y soporta en ellas la decisión respectiva;
- iii) Cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en el proceso, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso;
- iv) Cuando el juez o fiscal da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y
- v) Cuando injustificadamente omite valorar elementos de juicio debidamente aportados en el proceso.

Pues bien en el presente evento la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta mediante la Resolución No. 001 del 13 de febrero de 2012, calificó el mérito del sumario con preclusión de la investigación a favor de CC y ordenó el archivo del expediente, al considerar que no se reunían los presupuestos para dictar resolución de acusación, que conforme al artículo 397 de la Ley 600 de 2000, son: i) que esté demostrada la ocurrencia del hecho y ii) que exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado.

El despacho judicial en mención llega a esta conclusión al estimar que "las pruebas recaudadas con posterioridad al momento en que se definió la situación jurídica desvirtúan por completo la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de 'CC' " y demuestran que la formulación de la denuncia obedece a un acto de retaliación de los padres de BB. Igualmente considera que la versión dada por la menor BB en la entrevista sicológica no merece credibilidad porque la fecha dada en esa oportunidad sobre la época de inicio de los actos sexuales sobre su humanidad - 2007- no corresponde con la fecha informada en diligencia de declaración rendida el 12 de agosto de 2011, en la cual indicó que había sido en el año 2006. - folio 181-

Sea lo primero señalar que para la Sala de Revisión no hay justificación para que la Fiscalía Primera Seccional Caivas haya negado credibilidad a lo expresado por BB en la entrevista,

por cuanto ignoró que el relato efectuado por la menor BB[20] en la entrevista realizada el 25 de abril de 2011, fue ratificado en la entrevista realizada el 4 de noviembre de 2011, - es decir luego de proferirse al medida de aseguramiento- en la cual el técnico, luego de realizar la valoración psicológica de BB, concluye:

“BB no presenta signos o síntomas sugestivos de una alteración mental que hagan pensar que el relato es producto de una alteración psicopatológica. Como consecuencia de la revelación del abuso sexual, BB ha presentado ideas de minusvalía, desesperanza y muerte, como una sintomatología psíquica frente al conflicto de la familia extensa. La adolescente requiere tratamiento psicológico”

La parte accionada expresa en la resolución de preclusión que en las entrevistas BB “no clarifica si hubo penetración o un simple contacto del pene con su vagina, circunstancia que llama la atención por cuanto BB es una adolescente que puede determinar con claridad este aspecto y puede precisar las fechas de ocurrencia de los mismo (sic), pues es una niña escolarizada y se supone que ha recibido educación sexual en su colegio, lo que permitía conocer si hubo o no penetración así no haya tenido relaciones sexuales”- folio 186-

Este fundamento probatorio desconoce por completo el análisis y la información brindada por la valoración psicológica a la menor BB, en la cual se expresa que “dicha inexactitud puede responder a diferentes motivos, como: a los efectos den (sic) la memoria ligados al paso del tiempo, que para el caso es de aproximadamente cuatro años entre los hechos y la revelación; el haber recibido comentarios o preguntas que implicaban la visión de otros respecto del hecho, el momento evolutivo, el vivir la experiencia de relaciones sexuales después de los hechos, vergüenza, culpa o cualquier otro mecanismo psíquico que no implique dolo en el actuar. En este sentido, los procesos ligados a dicho fenómeno, no permiten distinguir con claridad si en el contacto pene vagina hubo o no penetración” - folio 133- (resaltado fuera del texto), es decir, la valoración arroja que pueden ser muchas las causas de la inexactitud pero ninguna de ellas asociada a dolo en el actuar, ninguna referida a la falsedad de los hechos.

De la lectura del expediente penal, se advierte que la versión dada por BB en las entrevistas corresponde con la que le diera a AA y que ésta revelara en la ampliación de la denuncia, en la cual manifestó la forma en que, según él contó BB, el investigado CC le realizaba

tocamientos[21]; relato que concuerda con el brindado por DD padre de la menor, quien manifestó en declaración que “mi hija le contó a mi esposa que ... había abusado de ella, que eso había sido para la fecha de la muerte del abuelo en diciembre hace 4 años o sea en el 2007, que la había violado en la cama de la abuela, que ella no nos había querido decir porque tenía miedo, hasta que nos contó fue porque él trató de tocarle las piernas y ya no aguantó más” (folio 27 cdo. de pruebas). DD también reitera que la menor BB a veces iba al taller que queda en la casa de los abuelos en las mañanas y a veces permanecía allí con CC, mientras él y la mamá de la menor estaban trabajando.

Del mismo modo el hermano de BB[22], ratificó que ella se quedaba a solas con CC en el taller mientras la familia salía a trabajar, desvirtuando con esto la afirmación de CC, quien sostuvo que él nunca estuvo a solas con BB y que todo es producto de una retaliación. También refirió el hermano de BB que CC daba trato especial a BB, por la época de los hechos, le daba dinero y le brindaba cosas de comer.

EE, amigo de BB igualmente confirma lo expresado por BB en la entrevista sobre los motivos por los cuales decidió denunciar los tocamientos de CC, y al respecto expresa: “un día estaba en el centro y me llamo...llorando me comentó por teléfono que le había pasado algo, le dije que me contara entonces me dijo lo que pasa es que ...me cogió las nalgas, le pregunté pero pasa algo más y me dijo que no, yo le dije ... eso se lo tiene que decir a si mamá o a su papá” (folio 52 Cdo. de pruebas)

Conforme con lo señalado no advierte la Sala de Revisión fundamento para que la fiscalía hubiera decidido apartarse y negar valor probatorio a la versión dada por la menor víctima de los hechos, pues si bien se aduce una inconsistencia en la fecha en que iniciaron los tocamientos tanto BB como sus progenitores, su hermano y EE, refieren que BB desde el comienzo les indicó que los actos sexuales de los que fue víctima iniciaron en el año 2007, cuando tenía 11 años. En este orden, salvo en la declaración rendida por BB el 12 de agosto de 2011, las declaraciones de BB, sobre la fecha y forma en que se realizaron los actos sexuales contra su humanidad son concordantes.

Ahora bien, en relación con el testimonio de BB recaudado el 12 de agosto de 2011 es del caso mencionar que no podía ser considerado por el ente fiscal pues su recepción fue totalmente irregular y conforme al artículo 29 inciso final de la Constitución, es nula y no

podía servir de fundamento para la decisión judicial cuestionada, como se explicará a continuación:

3.7.2.3 Defecto procedural en la práctica de la declaración de BB

Cabe llamar la atención sobre la conducta de la Fiscalía Primera Seccional Caivas durante la diligencia de recepción de la declaración de la menor BB, recibida el 12 de agosto de 2011 bajo la gravedad del juramento y directamente por la Fiscal accionada, quien ignoró las reglas para la recepción de testimonios de menores de edad previstas en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006[23] y conforme a las cuales el interrogatorio debe ser formulado por el defensor de familia, lo cual configura un defecto procedural en el recaudo de la prueba que conllevó igualmente a un defecto fáctico, en cuanto el funcionario judicial valoró una prueba recaudada con manifiesto desconocimiento de las reglas previstas para la recepción de los testimonios de menores de edad.

La práctica de la declaración de BB igualmente está afectada por un defecto fáctico, pues además del incumplimiento de las formas propias fijadas para su recepción, observa la Sala que en esta diligencia la Fiscal Primera Seccional Caivas a través de su cuestionario buscó indagar por la relación de BB con EE para la época en que BB relató a AA los actos que, dice, CC realizaba sobre sus partes íntimas años atrás, más no dirige su actividad investigativa a recaudar elementos de juicio que le permitieran esclarecer la conducta de CC y la verdad sobre lo sucedido durante los años 2007 a 2009 y en abril de 2011.

Las siguientes son las preguntas formuladas a BB en la declaración que irregularmente se le tomó:

“PREGUNTADO: El señor EE en su declaración manifiesta que ustedes fueron novios por un mes, diga si es cierto”

“PREGUNTADO: En diligencia de indagatoria que rinde CC hace saber que un día la sorprendió a usted con el señor EE, en al cocina, que estaba besándola y acariciándola en una actitud muy fea, que el le comunicó a su papá para que le pusiera cuidado, ellos le llamaron la atención, después de eso usted bajo y le dijo sapo, me la va a pagar pero él no pensó que por haberle dicho al papá esa vaina se fuera a buscar un problema, diga si es cierto lo anterior”.

“PREGUNTADO: Indica igualmente EE que él cree que esta denuncia en su contra es por la vana de que la pilla a usted con EE, que tiene que decir, por lo que usted le dijo sao y se la iba a pagar”,

y la última pregunta del interrogatorio fue:

“PREGUNTADO: Aclárenos las fechas en que ocurrieron los hechos narrados por Usted ante la Psicóloga, precisando cuando ocurrieron los tocamientos y cuando hubo la penetración”

Para la Sala de Selección esta forma de increpar a la menor contradice las obligaciones que tienen los funcionarios judiciales encargados de la investigación de delitos cometidos contra menores y constituyen actos de discriminación inaceptables en quienes debe administran justicia atendiendo al interés superior del menor.

Al efecto cabe recordar que como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T- 078 de 2010, ya citada “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. De tal suerte, que constituyen actos 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... 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.”

Igualmente observa la Sala inconsistencias en la versión suministrada por CC sobre los hechos, que no fueron analizadas y consideradas en la decisión de preclusión proferida por la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta, pues el procesado CC en diligencia de indagatoria refiere que todo es falso pues tiene muy buenas relaciones con BB y sus progenitores y atribuye la denuncia a una retaliación porque alguna vez encontró a BB

besándose con un hombre y le llamó la atención[24], pero posteriormente aduce que se trata de una maniobra de los padres de BB para sacarlo de la empresa en la que juntos trabajan.

Además, la declaración de FF, excompañera del procesado, y que sirve de fundamento para la decisión de preclusión, controvierte lo dicho por CC en la indagatoria pues sostiene que las relaciones de CC y DD siempre fueron malas y de allí que, según su dicho, se haya elaborado un montaje en contra de CC.

De conformidad con el breve análisis probatorio antes expuesto, es claro que no era procedente que la Fiscalía Primera Seccional Caivas profiriera preclusión de la investigación a favor del investigado CC, desconociendo que con la información consistente y uniforme dada por la menor en las entrevistas concurren los indicios de falta de justificación y mentira sobre la posibilidad de permanecer a solas con la menor BB, que se desprenden de las pruebas testimoniales aportadas al proceso. Ante la referida evidencia la decisión de precluir la investigación resulta violatoria del debido proceso.

No se desconoce que los testigos allegados por la defensa refieren posibles desavenencias entre el padre de BB y el investigado CC relacionados con el manejo del taller, pero tales afirmaciones no restan credibilidad a la información revelada en las entrevistas por la menor BB, ni mucho menos a la conclusión que arrojó la valoración psicológica de la menor.

De conformidad con lo anterior, observa la Sala de Revisión sustanciales deficiencias en la valoración probatoria efectuada por el funcionario judicial accionado en la resolución de preclusión de la investigación, que constituyen una razón de más para otorgar el amparo solicitado e imponen devolver la actuación al Fiscal Primero Seccional Caivas para que adopte la decisión que corresponda, como ente investigador frente a los hechos denunciados y los medios de prueba que comprometen la responsabilidad del investigado CC.

Síntesis

En el presente evento, la Corte Constitucional concederá el amparo solicitado por AA en representación de su hija BB, al haber constatado la vulneración del derecho al debido

proceso con el adelantamiento de la investigación penal por denuncia formulada por AA contra CC, siguiendo el trámite procesal inadecuado, lo cual llevó a la parte accionada a adoptar determinaciones careciendo de competencia para ello, con lo cual la actuación penal se encuentra afectada por defecto procedural y defecto orgánico que hacen procedente el amparo e imponen dejar sin efectos la Resolución No. 001 del 13 de febrero de 2012, mediante la cual la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta califica el mérito del sumario con preclusión de la investigación a favor de CC y ordena el archivo del expediente, así como las actuaciones judiciales surtidas con posterioridad a la mencionada providencia. En consecuencia la Sala de Revisión ordenará a la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta que ajuste el trámite de la actuación al procedimiento fijado en la Ley 906 de 2004 y adopte la decisión que corresponda para el efecto, teniendo en cuenta las consideraciones expresadas en el cuerpo de la providencia, en particular en cuanto se refiere a la incorporación a la investigación penal y valoración de los medios de prueba conforme a los principios de interés superior del menor y prevalencia de sus derechos.

Igualmente estableció la Sala de Revisión que la fiscalía accionada, al proferir la Resolución No. 001 del 13 de febrero de 2012, desconoció el valor probatorio de la entrevista sicológica y la valoración psicológica realizadas a la menor de edad BB, además de las declaraciones de los padres, el hermano y un amigo de BB, que ratificaban los hechos denunciados y constituyen elementos de juicio que comprometen la responsabilidad del investigado y en éste orden permitían adoptar una decisión diferente sobre el mérito del sumario diferente.

Además se constató que la resolución del ente fiscal se fundamentó en declaraciones referidas a que el acusado no permanecía todo el tiempo en el lugar donde sucedieron los hechos, situación que no desvirtúa la narración de los hechos ofrecida por BB en la entrevista sicológica realizada el 25 de abril de 2011. En este orden de ideas, el ente fiscal incurrió en defecto fáctico al proferir la resolución del 13 de febrero de 2012 pues negó injustificadamente valor probatorio a la entrevista y al examen psicológico de la menor BB, a las declaraciones que ratifican su versión sobre los hechos.

Igualmente se verificó la configuración de un defecto procedural que condujo a un error en la valoración probatoria constitutivo de defecto fáctico, pues la Fiscalía declaró la preclusión de la investigación con apoyo en la declaración tomada a la menor el 12 de

agosto de 2011 con desconocimiento de las reglas fijadas para el efecto por el Código de Infancia y Adolescencia, circunstancias que imponen el amparo solicitado y dejar sin efectos la decisión judicial referida, con el fin de ajustar la actuación a las disposiciones legales y que se realice una valoración adecuada e integral de los elementos probatorios allegados a la investigación.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia la sentencia proferida el 7 de junio de 2013, que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por AA, en representación de su hija BB, contra la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta, y CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la verdad, justicia y reparación de la menor BB

TERCERO.- Ordenar a la Fiscalía Primera Seccional Caivas de Cúcuta que disponga las medidas correctivas que correspondan para continuar con el proceso por los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, formulando imputación y teniendo en consideración el material probatorio legalmente recaudado, el cual conserva su validez y debe ser valorado e incorporado a la investigación y al juicio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del fallo.

CUARTO.- Ordenar que sea excluido de la investigación y de la valoración probatoria el testimonio recibido el 12 de agosto de 2011 a la menor BB, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Ver sentencias SU-014 -01, SU-214-01 Y T-177-12.

[2] Ver sentencias SU-640 de98 y SU-168 de99.

[3] Sentencia T-419 de 2011.

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

[5] Sentencia T-086 de 2007.

[6] Ver Sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.

[7] Sentencia T-156 de 2010.

[8] Ver sentencia T-025 de 2001.

[9] “Este defecto entonces, puede concretarse cuando: a) hay falta de práctica y/o decreto de pruebas conducentes para el caso debatido, valga decir, insuficiencia probatoria; b) la

errada o defectuosa interpretación de las pruebas allegadas al proceso o interpretación errónea; c) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho, o sea la ineptitud e ilegalidad de la prueba.” Sentencia T-840 de 2006.

[10] Sentencia T-1100 de 2008.

[11] sentencia T-510 de 2003, T-794 de septiembre 27 de 2007 y C-804 de 2009, entre otras.

[12] M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

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

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

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

[16] En la sentencia T-158/06, al estudiar el caso de la protección constitucional requerida por un adulto mayor que pretendía la reliquidación de su mesada pensional, llevó a cabo un análisis del precedente aplicable al principio de inmediatez, con base en el cual concluyó que esta condición no era exigible en aquellos casos en que se comprobara que (i) la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual;[16] y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros

[17] “Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema

se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008".

[18] Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia

[19] Artículo 331. Preclusión. En cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.

Artículo 333. Trámite. Previa solicitud del fiscal el juez citará a audiencia, dentro de los cinco (5) días siguientes, en la que se estudiará la petición de preclusión.

Instalada la audiencia, se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada.

Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado

Agotado el debate el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente.

(Artículo declarado EXEQUIBLE de manera condicionada, por la Corte Constitucional

mediante Sentencia C-209 de 2007, en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.)

Artículo 334. Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

Artículo 335. Rechazo de la solicitud de preclusión. En firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverán a la Fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión.

El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.

[20] "yo tenía 11 años y pues en esos tiempos, mi tío me tocaba, él me abusaba, me tocaba mis seños, eso pasó hace bastante; él me decía que quería tener relaciones conmigo y yo con mi niñez le decía que sí, después yo le decía que si, no recuerdo la fecha, él siempre me tocaba, una vez nosotros quedamos solos mi papá se había ido a trabajar, en esas él aprovechó y sucedió fue en la casa de mis abuelos y no me acuerdo la fecha exacta, después de eso siguió pero como yo dejé de volver a bajar a la casa de mis abuelos pues no había pasado nada, hace poquito yo estaba haciendo desayuno abajo en la casa de mis abuelos y me tocó las nalgas ahí fue que me dio mucha rabia" (folio 15 Cdo, de pruebas)

[21] "Ella lo que me dijo que todo fue sutil, que la tocaba suavemente, le hacía caricias, le decía que le tocara las partes íntimas y lo obligaba (sic) a que lo besara, pero no la forzaba, ni hubo violencia, primero como que la acostumbró a las caricias hasta que la llevó a la cama" (folio 25 Cdo. de pruebas)

[22] Folio 47 Cdo. de pruebas

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

contrarias a su interés superior.

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

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

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

[24] Folios 39 y 40 Cdo. de pruebas.