



Sentencia T-008/20

Referencia: expediente T-7.521.422

Acción de tutela instaurada por *Joaquín*¹ contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Magistrada Ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 -numeral 9- de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo expedido el 27 de marzo de 2019 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá - que denegó la acción de tutela-, el cual fue revocado el 8 de mayo de 2019 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que concedió el amparo.

¹ Con el fin de proteger los derechos a la intimidad, buen nombre y honra de la niña involucrada en el presente caso, en aplicación del artículo 62 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, se remplazará su nombre (por *Ángela*), así como el de sus padres (por *Joaquín y Gabriela*) y otras personas implicadas en el asunto, cuya identificación podría develar la identidad de la menor. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 1719 de 2014, esta protección es irrenunciable para las víctimas menores de 18 años.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 25 de febrero de 2019, *Joaquín* instauró acción de tutela², en nombre propio y en representación de *Ángela* -su hija-, contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá. Lo anterior, con fundamento en los siguientes hechos -narrados por el accionante-:

Generales

1.1. El 1 de diciembre de 2008 contrajo matrimonio con *Gabriela*. De esa unión nació *Ángela* (10 de mayo de 2011).

1.2. En marzo de 2013, como pareja decidieron “*efectuar una separación de cuerpos*”.³ El 24 de abril de ese año acudieron a una audiencia de conciliación “*ante la Procuraduría Sesenta y Uno Judicial II de Familia en aras de convenir los aspectos concernientes al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones respecto a nuestra hija (...)*”.⁴

1.3. El 14 de noviembre de 2014 *Gabriela* le envió un mensaje por WhatsApp en el que le reclamó que -supuestamente- le estaba “*dando besos con lengua*” a *Ángela*.⁵

El accionante señaló que “*como padre [sintió] la mayor preocupación y angustia dada la gravedad de la situación y de los señalamientos (...)*”⁶, por lo que respondió que esos hechos no eran ciertos. Agregó que *Gabriela* “*ha sido manifiestamente imprecisa respecto de los nombres de la madre de la amiga de [Ángela] y de la psicóloga a los que hace referencia en el WhatsApp transcrito*

² Cuaderno 1, folios 1 a 46.

³ *Ibidem.*, folio 3.

⁴ *Idem.*

⁵ El accionante transcribe el mensaje: “*Hola, te quería decir que me llamo (sic) una mamá de una amiga de [Ángela] y me dijo que esta semana [Ángela] lamiendo y dando besos con lengua porque tú le habías dicho que tú le dabas los besos así, le pregunté a la psicóloga y me dijo que como el papá le va a dar un beso con lengua a la hija, que eso para [Ángela] y su crecimiento normal no debía ser así. Quería comentarte esto que es importante ya que estas (sic) con ella. Por lo demás que les vaya muy bien (...)*” (*ibidem.*, folio 4).

⁶ *Idem.* El accionante precisa que, al asistir a una segunda citación en la Comisaría de Familia (ver *infra*, antecedente N° 1.7.) *Gabriela* contestó que “[a]mbas personas tanto la psicóloga, es una amiga mía, porque como yo dije en la pregunta anterior, fue un hecho al cual no le vi, no lo vi entonces no le di la mayor importancia y simplemente me limité a preguntar si esos actos estaban bien hechos o no, en los cuales mi amiga me dijo dile a él que no, que eso de lamerle la cara no está bien hecho y le pregunte (sic). La procuradora solicita a la señora [*Gabriela*] que responda la pregunta ante la pregunta en el nombre de la psicóloga en el nombre de la psicóloga. Es una amiga que se llama María Ángela, revisa su celular para corroborar el nombre completo y responde que es que no sé el apellido y el de la mamá es [*Urania*]. Manifiesta que no se sabe el apellido. Solicita la apoderada del señor [*Joaquín*] para que amoneste a la señora [*Gabriela*] acerca de los efectos de la renuncia al contestar las preguntas. Se le autoriza a consultar los contactos en su celular y dice que la mamá es [*Urania Cabral*] y de María Ángela no la tiene en sus contactos de teléfono, pero me parece importante decir que, si este no hubiera sido un caso no cierto, no se lo hubiera mandado a [*Joaquín*] por Watss App (sic), por correo, sino que se lo hubiera dicho a él telefónicamente” (*ibidem.*, folio 7). Esa información se encuentra corroborada en el acta expedida el 29 de septiembre de 2015 por la Comisaría Segunda de Familia de Bogotá (*ibidem.*, folios 65 a 74, especialmente folio 69). *Joaquín* agregó que con posterioridad a esa declaración acudió “*tanto al jardín infantil donde [Ángela] estuvo inicialmente como al colegio al que asiste y no pudo (sic) constatar que hubiere registro de una madre que responda al nombre de [Urania Cabral]*.”

(...).⁷

1.4. El 18 de marzo de 2015 *Gabriela* acudió donde la psicóloga *Aglaia*, para que valorara a *Ángela*. Esa profesional rindió su concepto⁸ dos días después, en donde plasmó -entre otras cosas- que la niña “*ha estado sometida a situaciones inadecuadas para su edad en el ámbito familiar paterno por lo que se recomienda que se tomen las medidas necesarias para evitar que vuelva a estar expuesta a las mismas.*”⁹

El accionante resalta que, con motivo de esa valoración, la referida psicóloga fue sancionada disciplinariamente por el Colegio Colombiano de Psicólogos.¹⁰

1.5. El 6 de agosto de 2015, *Gabriela* formuló ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) una denuncia contra *Joaquín* y solicitó una medida cautelar orientada a proteger la integridad de *Ángela*. Lo anterior, con fundamento en el informe de la psicóloga *Aglaia*.

1.6. El ICBF remitió el asunto a la Comisaría Segunda de Familia de Bogotá, la cual fijó el 20 de agosto de 2015 como fecha para una primera audiencia. En la misma, la Comisaría le impuso a *Joaquín* un régimen de visitas vigiladas, las que debían realizarse en lugares públicos.

1.7. El 29 de septiembre de 2015 se llevó a cabo una segunda audiencia en la Comisaría, donde *Gabriela* justificó que, a partir del informe de la psicóloga *Aglaia*, “*había que tomar una medida de protección inmediatamente (...).*”¹¹

⁷ *Ibidem.*, folio 4.

⁸ *Ibidem.*, folios 60 a 64.

⁹ *Ibidem.*, folio 61. En particular, narró que “[d]urante el desarrollo del Test de la Familia comentó que le gusta mucho que le den besos, que ‘con la madre se los dan en el cachete y con el padre en la boca con lengua’. Dice que ‘ahora no me da besos en la boca con lengua pero si (sic) me los da en la boca’, ante la pregunta de la psicóloga de por qué el padre le daba besos con lengua en la boca, ella responde que porque ‘estaba loco’. Acepta con tranquilidad que los padres estén separados y no le genera conflicto. // Es importante tener en cuenta que la niña, durante el juego con los muñecos que representaban al padre, la madre y la niña, hacía que el muñeco que representaba al padre le pasara las manos por las piernas a la niña. Comentó que el padre ‘le tocaba la cuca y las piernas a la niña’. Llega la muñeca que representa a la madre y le dice que eso no está bien entonces la niña responde que ‘es un secreto con el papá’. La psicóloga interviene y le explica que esos no son juegos para realizar con nadie, ni siquiera con el papá. Entonces la muñeca que representa a la niña se pone brava y le pega a los muñecos que representan a los bebés. La muñeca que hace de mamá le explica que eso no se hace y la muñeca que hace de niña se calma. Se le pregunta por qué la niña se puso brava y le pegó a los bebés y responde que porque ‘la niña es mala por hacer esos juegos con el papá.’. (sic) Todo lo anterior es el juego realizado por [Ángela] la niña desarrolla los diálogos y las acciones. La psicóloga interviene para aclarar y recomendar. De acuerdo con todo lo anterior se puede inferir que la niña ha estado sometida a actuaciones que ponen en riesgo su desarrollo y estabilidad emocional, sin embargo y debido a su corta edad, hasta el momento no le han generado conflicto, pero se hace necesario protegerla y evitar que siga expuesta a las mismas. Es una niña que cuenta con adecuados recursos internos y con una personalidad tranquila lo cual le permite responder a las exigencias de su entorno en general. Percibe a la figura materna como acogedora y protectora. La figura paterna es percibida como agresiva y poco tolerante, especialmente con la madre. [Ángela] es consciente del conflicto que existe entre sus padres pero no le afecta (...)” (*idem*).

¹⁰ El accionante aduce que presentó una petición solicitando copias del expediente, la cual le fue negada el 1 de agosto de 2018 en tanto no estaba en firme el fallo sancionatorio proferido en primera instancia (*ibidem.*, folios 117 a 121). De acuerdo con la certificación del Colegio Colombiano de Psicólogos de 23 de octubre de 2019, actualmente esa persona no tiene “*antecedentes deontológicos disciplinarios*” (cuaderno de revisión, folio 245).

¹¹ Cuaderno 1., folio 6.

Proceso penal

1.8. Joaquín señaló que la Comisaría “ordenó rendir traslado del caso a la Fiscalía General de la Nación”¹², siendo asignado a la Fiscalía 230 Seccional - Unidad de Delitos Sexuales, la cual inició indagación preliminar y elaboró programa metodológico.

1.9. El 22 de septiembre de 2015, una psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación realizó entrevista forense a Ángela (de conformidad con “el artículo 206A del Código de Procedimiento Penal”¹³), quien se encontraba acompañada de Gabriela.

Esa entrevista fue valorada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que emitió un dictamen el 29 de enero de 2016¹⁴ en el que concluyó que: **(i)** al momento de la evaluación Ángela presentaba “un desarrollo cognitivo acorde a su edad, procedencia sociocultural y nivel de instrucción escolar”; **(ii)** se le identifica un trastorno de ansiedad, “que probablemente esté asociado a la dinámica relacional conflictualizada entre los padres, y a la exposición de la menor a las situaciones de orden legal, que se han desencadenado tras la acusación contra el progenitor”; **(iii)** su relato respecto de los presuntos hechos “no cuenta con las características que sustenten su consistencia interna y externa. Las manifestaciones de la niña se advierten inespecíficas, poco claras y espontáneas, incluyen información inconsistente, desorganizada y descontextualizada, además de no acompañarse de un respaldo ideoafectivo adecuado”; **(iv)** “[c]onsiderando el contexto familiar en el que surge la acusación, el acusado conflicto entre los padres y las características del relato proporcionado por la peritada frente a los hechos en estudio, no es preciso desde la perspectiva forense, caracterizar y argumentar una dinámica abusiva de índole sexual, ni establecer fundamentadamente que los hechos que narra, correspondan con un fenómeno de victimización de esa índole”; **(v)** se recomienda evitar la exposición de la niña “a situaciones de orden legal y diligencias judiciales, dado su estado emocional y el riesgo latente de empeorar el cuadro actual”; **(vi)** también requiere iniciar de manera prioritaria un proceso de intervención por psicología clínica y psiquiatría infantil para manejo de síntomas emocionales emergentes; y **(vii)** se recomienda ordenar una valoración psiquiátrica de los padres “con el fin de determinar su estado de salud mental y las condiciones psicoafectivas bajo las que ejercen el cuidado parental de la menor”.¹⁵

¹² *Ibidem.*, folio 8.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibidem.*, folios 77 a 90.

¹⁵ *Ibidem.*, folios 89 y 90. En el Informe e detalla que “la revelación de los supuestos incidentes por parte de la niña no surge de manera espontánea, sino que se presenta tras la consulta a un servicio particular de psicología clínica, al que la madre afirma haber acudido luego de identificar sutiles cambios comportamentales y emocionales en la niña (hostilidad, agresividad con la madre y otros cuidadores, desconcentración y distraibilidad), posterior a las visitas con el progenitor. Aunque tales cambios son situados por la progenitora desde el año 2015, ésta niega haber advertido en [Ángela] conductas sexualizadas u otras llamativas que sugirieran una sospecha de índole sexual. No obstante, los datos del expediente registran que finalizando el 2014 la señora informó al progenitor sobre la supuesta conducta de la niña de intentar ‘besar con lengua’ a otra; siendo llamativo que desde entonces no se consultaran los servicios de psicología (...). // Considerando el nivel de desarrollo de la evaluada y las características de las presuntas conductas sexuales que se alegan, resulta cuanto menos sugerente que no se hayan advertido anteriormente en ella, síntomas ni signos propios

Finalmente, advirtió que la conclusión del informe “se refiere únicamente a la situación que existía en el momento de practicarse el estudio y con los elementos sumariales dispuestos por la autoridad, y por ello, los resultados no pueden extrapolarse a otras circunstancias o condiciones ambientales, por esta razón en caso de producirse variación sustancial o modificación de tales circunstancias, convendría una nueva evaluación y efectuar un nuevo análisis situacional.”¹⁶

1.10. El 9 de diciembre de 2015 se adelantó audiencia preliminar ante el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Funciones de Garantías de Bogotá. En esa oportunidad, la Fiscalía 230 Seccional advirtió que la Comisaría Segunda de Familia de Bogotá pretendía entrevistar de nuevo a *Ángela* lo que constituía una forma de revictimización, lo que contrariaría el artículo 206A del Código de Procedimiento Penal (en adelante también “CPP”).

Al respecto, el Juzgado envió un oficio¹⁷ a la Comisaría informándole que se

de un fenómeno de victimización (indicadores directos o indirectos de los presuntos hechos), y sin embargo, se establezca de manera contundente a partir de la evaluación de psicología clínica, el escenario de los supuestos incidentes sexuales. // No menos importante desde el punto de vista pericial, es considerar las incongruencias en la información aportada por la progenitora sobre el proceso de evaluación psicológica del que fue objeto la menor, y los datos proporcionados por la profesional que lo llevó a cabo. Afirma la madre en entrevista judicial que la niña fue valorada por esta profesional una única oportunidad y por un lapso de una hora, aplicándosele cuatro instrumentos de los que se extrae el informe final. La psicóloga por su lado manifiesta que tuvo contacto con la madre en varios encuentros, donde se trabajó en pautas de crianza, y que solamente al culminar el informe, le manifiesta la preocupación sobre sus hallazgos. Esto refleja una serie de datos imprecisos sobre la forma en que se habría dado el descubrimiento de los hechos en estudio, elemento fundamental para comprender el contexto y progresión de la acusación. (...) // En esta línea, es relevante anotar que la examinada devela apego y vinculación afectiva hacia sus dos progenitores, sin que se identifiquen elementos de conflicto, ambivalencia, aversión, hostilidad o rechazo hacia el padre, lo que es indispensable identificar en el examen mental en un menor (...). // Para conceptuar sobre las características actuales del relato de la menor, deben considerarse algunos hallazgos frente al dicho que aportó en la instancia inicial del proceso; esto es, en la entrevista realizada por la Policía Judicial (...). Se advierte en la niña en ese momento marcada resistencia para relatar los presuntos hechos, sin que surja relato antes las invitaciones iniciales y abiertas que contempla el protocolo específico empleado (SATAC). Así, se encuentra que la narración se da solamente cuando la niña entra en contacto con la madre, de lo que se anota: ‘pide ir al baño, se lleva a donde su progenitora a quien se le explica la necesidad de la niña de ir al baño, una vez está con su mamá deja de pedir que la lleven al baño y su mamá le pide que hable conmigo ya que se negaba a entrar a la sala de entrevistas, una vez ingresáramos la menor manifiesta su deseo de que se apague la cámara y luego dice es que mi mami me dice que hable contigo y te lo dijera... Lo de él... mira me daba besos en la boca con lengua y en la cuquita’. Posteriormente [Ángela] responde a las preguntas directas que va planteando la entrevistadora, sin que se observe un relato libre y espontáneo, acorde a sus capacidades cognitivas. En oposición a ello, la niña incorpora a su narración elementos confusos, inconsistentes y que se tornan inverosímiles, como aseverar la presencia materna durante los presuntos incidentes o la negativa del padre a cesar su supuesta conducta a pesar de la advertencia materna. (...) // No menos importante es señalar que [Ángela] manifiesta en su discurso general, elementos de tipo fantasioso, que probablemente obedezcan a mecanismos defensivos del psiquismo ante la tensión y el estrés. (...) Por otro lado, llama la atención la actitud altamente litigante y querellante por parte de la madre contra el indiciado, así como el hecho de que se afirme como prioridad la estabilidad y bienestar de la niña, y ésta no haya tenido intervenciones por servicios de salud mental a los que podría de tener acceso. Como se ha expuesto, (...) el progenitor ha intentado propiciar la relación paterno-filial, sin lograr normalizarla. Al contrario, llama la atención que acercándose la fecha de que la niña cumplía cuatro años se inicie el proceso por el presunto punible, cuando esta era la edad indicada por la madre, para permitir la pernocta en el entorno del progenitor. // (...) En contra parte, se encuentra que [Ángela] atraviesa por una situación de estrés intenso que deviene del conflicto interparental, siendo expuesta a múltiples situaciones lesivas, que desbordan su psiquismo en formación. De persistir esta situación, continúa latente el riesgo de precipitar síntomas más importantes de tipo ansioso y/o depresivo, capaces de interferir significativamente en su funcionamiento (...).”

(*ibidem.*, folios 86 a 89).

¹⁶ *Ibidem.*, folio 90.

¹⁷ *Ibidem.*, folios 153 y 154.

adoptaron como medidas de protección suspender provisionalmente el régimen de visitas de *Joaquín*, ordenándole que debía abstenerse de ingresar a cualquier lugar donde se encontrara *Ángela* o sus familiares (madre o abuelos maternos). Por otra parte, le comunicó que no era “*procedente autorizar una valoración psicológica a la menor [Ángela] ante el Psiquiatra y/o Psicólogo de la Universidad Nacional, por lo que en el caso de requerir elementos materiales probatorios para establecer lo que tiene que ver con el estado psicológico de la niña, podrá valerse de la Entrevista que esta rindió ante la Psicóloga [Aglai] y de la valoración que haga el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias forenses (sic), documentos de los cuales correrá traslado la Fiscalía General de la Nación.*”¹⁸

1.11. En abril de 2016, el apoderado de la presunta víctima solicitó a *Nicolás*, cirujano y psiquiatra con especialidad en adolescentes, que realizara una “*valoración de psiquiatría infantil para contradicción y refutación del dictamen emitido por el INL y CF*”¹⁹, quien concluyó que el “*padre de esta menor puede estar exhibiendo ‘frecuentes conductas de seducción con su hija’ realizando juegos que tienen el potencial psicosexual agresivo hacia la niña y pueden inducir el desarrollo de riesgos en materia de alteración o desviación grave del desarrollo psicosexual de la menor [Ángela], quien requiere de un padre responsable y que reconozca la etapa del desarrollo psicosexual de su hija y fortalezca el crecimiento saludable y no exponga un riesgo innecesario a la menor como ocurrido (sic) (...).*”²⁰

Al respecto, *Joaquín* afirmó “*bajo la gravedad de juramento*” no conocer a ese profesional, que jamás tuvo ningún tipo de entrevista con él y que esa descripción se formuló sin que se le hubiere practicado evaluación o valoración alguna.

1.12. El accionante comentó que a finales de 2015 acudió a *Nastasia*, que “*para esa fecha se presentaba como psicóloga experta en temas de abuso sexual contra menores de edad*”²¹, quien le recomendó esperar los resultados del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Posteriormente esa profesional fue contratada por *Gabriela* para que realizara un “*dictamen pericial de contradicción*”, el cual rindió el 23 de junio de 2016²², en donde concluyó que “*el informe dado por Medicina Legal emite el concepto con graves fallas de forma y de fondo, lo que repercute en errores técnicos y científicos, y que desde [su] análisis se puede afirmar con una alta probabilidad que efectivamente [Ángela] fue víctima de violencia sexual y que existen evidencias suficientes para determinar que el presunto agresor es [Joaquín].*”²³

Respecto de esa persona, *Joaquín* resaltó que, en respuesta a la queja que él formuló, el 10 de julio de 2018 el Tribunal Departamental Deontológico y Bioético de Psicología del Colegio Colombiano de Psicólogos le informó que

¹⁸ *Ibidem.*, folio 154.

¹⁹ *Ibidem.*, folio 12.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Ibidem.*, folio 13.

²² *Ibidem.*, folios 91 a 116.

²³ *Ibidem.*, folio 116.

“se declaró inhibido de iniciar una investigación contra [Nastasia] dado que dicha persona no es psicóloga”.²⁴

1.13. *“Ante la pluralidad de valoraciones psicológicas cuyos contenidos resultaban manifiestamente contradictorias (sic) entre sí, La (sic) Fiscal decidió ordenar un informe adicional al Colegio Colombiano de Psicólogos”.²⁵*

En ese Concepto²⁶ se concluyó que **(i)** el “informe psicológico presentado por la Dra. [Aglai] no da cuenta de una metodología completa de evaluación, se circunscribe al ámbito de la psicología clínica y presenta errores técnico científicos. Las conclusiones a las que llega no cuentan con soporte teórico, y no constituye una prueba de tipo pericial”; **(ii)** el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses “presenta falencias metodológicas, desde la psicología forense no sigue los presupuestos para una evaluación rigurosa, siendo incompleta la labor realizada, toda vez que no se hace aplicación de instrumentos psicométricos, técnicas de observación conductuales, entrevistas con colaterales distintos a la madre, entre otros”; **(iii)** “[d]entro de los documentos revisados no hay evidencia científica de un proceso riguroso de evaluación que permitiera un diagnóstico de la psicopatología en la niña [Ángela], es decir no hay soporte científico para un diagnóstico de trastorno de ansiedad. Solo se observa en los documentos allegados la enunciación de la presencia de síntomas, pero sin un proceso idóneo de evaluación no es posible corroborar si se presenta o no un trastorno. La información dada por la primera psicóloga (Dra. [Aglai]) Indica (sic) que no encontró elementos para hablar de una afectación”; **(iv)** existe un conflicto familiar que puede estar impactando la salud mental de Ángela y “generando la posibilidad de una contaminación en su testimonio”; y **(v)** al “contrastar la información brindada por la niña [Ángela] tanto en la entrevista con la psicología clínica, la entrevista forense y el proceso de valoración por psiquiatría y psicología, se encuentran inconsistencias en las versiones sobre el presunto abuso sexual que disminuyen por tanto la validez como la fiabilidad del relato. Aparecen elementos de fantasía en la narración sobre supuestos hechos ocurridos con la policía y con un hermano.”²⁷

1.14. El 25 de agosto de 2017, ante el Juzgado Sesenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación a Joaquín “por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado en los artículos 209 y 211-5 del Código Penal, cargos que no fueron aceptados.”²⁸

1.15. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 25 de enero de 2018. El accionante menciona que, a partir de ese momento, “el proceso comienza a ser gestionado por el Fiscal 196 Seccional Unidad de Delitos

²⁴ *Ibidem.*, folios 122 a 130. De acuerdo con la constancia del Director Ejecutivo Nacional del Colegio Colombiano de Psicólogos de 23 de octubre de 2019, esa persona solo obtuvo su tarjeta profesional de psicóloga el 25 de julio de 2019 (cuaderno de revisión, folio 246).

²⁵ Cuaderno 1, folios 13 y 14.

²⁶ *Ibidem.*, folios 149 y 150.

²⁷ *Ibidem.*, folios 151 a 152.

²⁸ *Ibidem.*, folio 270.

*Sexuales (...).*²⁹

Audiencia preparatoria

1.16. El Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá inició la audiencia preparatoria el 10 de julio de 2018, la cual continuó los días 10 de agosto y 13 de septiembre del mismo año.

1.17. En la sesión de 10 de julio de 2018, la Defensa enunció los elementos probatorios que haría valer en el juicio oral. La audiencia fue suspendida debido a ese descubrimiento, con el fin de que la Fiscalía lo estudiara y se pronunciara al respecto.³⁰

1.18. En la sesión de 10 de agosto de 2018, la defensa descubrió otros elementos materiales probatorios. En igual sentido procedió la Fiscalía que solicitó -entre otros- el testimonio de *Ángela*.³¹

Se le concedió la palabra a la Defensa para que argumentara la pertinencia de sus solicitudes probatorias. La Fiscalía presentó observaciones al respecto. A su vez, el Ministerio Público se pronunció para solicitar la inadmisión de unas pruebas de la defensa y la admisión de otras. El representante de las víctimas también intervino.

Por su parte, la Defensa presentó observaciones respecto de las pruebas solicitadas por la Fiscalía. En concreto, pidió excluir el testimonio de *Ángela* “*y a cambio del mismo se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 438 de la Ley 906 del 2004 que establece, específicamente en el literal ‘e’, adicionado por la Ley 1652 del 2013, artículo tercero: ‘Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a (...)’*”.³²

Lo anterior, porque existe en el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses una recomendación para que la niña no sea revictimizada, pues ha sido sometida a diversas valoraciones. El abogado resaltó que así también se pronunció el 9 de diciembre de 2015 el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Funciones de Garantías de Bogotá. En ese sentido, destacó que el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 indica que esa situación es “una excepción a la prueba de referencia”. En este caso, podría acudir a la entrevista que está grabada.

²⁹ *Ibidem.*, folio 15.

³⁰ *Ibidem.*, folio 196.

³¹ La Fiscalía justificó su pertinencia en que pretende demostrar “*las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de la ocurrencia de los hechos que son materia de juzgamiento. La víctima su Señoría soportó directamente la conducta que se enjuicia, luego, la prueba testimonial es pertinente y en consecuencia admisible, porque se referirá directamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta punible y a sus consecuencia, como también a la identidad y responsabilidad penal del acusado. Solicito desde ya a su Señoría tomar las medidas pertinentes para que este testimonio sea recibido en Cámara de Gesell y se localiza en la Carrera 33 18-33 piso segundo (...)*” (*ibidem.*, folio 193, video “CP_0810153801980”, minuto 28:10 en adelante).

³² *Ibidem.*, minuto 2:47:00 en adelante.

1.19. En la sesión de 13 de septiembre de 2018, el Juzgado decretó pruebas en favor de la Fiscalía (entre ellas el testimonio de *Ángela*) y de la Defensa.

La Defensa solicitó la nulidad del proceso porque se inició la audiencia sin su presencia -petición coadyuvada por el Ministerio Público-, la cual no fue admitida.³³

Por otra parte, la Defensa apeló la decisión de no decretar algunas de sus pruebas. La Fiscalía presentó observaciones (siendo coadyuvada por la representación de víctimas) y el Ministerio Público solicitó que se confirmara el decreto probatorio.

En relación con la solicitud de la Fiscalía de decretar el testimonio de *Ángela* sucedió lo siguiente:

(1) Frente a las observaciones planteadas el 10 de agosto de 2018 por la Defensa, la Jueza determinó que la misma no es de recibo, porque (i) la Judicatura “no es dueña de la acción penal”; (ii) “la Fiscalía decide cuáles son los medios de prueba, en este caso de tipo testimonial, que traerá al juicio oral y público”; (iii) “la argumentación expuesta por el delegado de la Fiscalía resulta clara y se justifica desde el tópico de la pertinencia en por qué sí debe escucharse a la presunta afectada”; y (iv) “se trata adicionalmente (...) del ejercicio del derecho a la defensa. ¿Quién más que la menor para explicarle a la Judicatura qué fue lo que sucedió, cuándo sucedió, cómo sucedió y quién es el presunto responsable de esos acontecimientos?; y de igual manera, se pueda realizar una valoración directa del testimonio de la menor, para que sea esta funcionaria quien pueda verificar su credibilidad, la hilaridad de su testimonio, la correlación con otros medios de prueba y que se permita de esa forma el ejercicio del derecho a la defensa. Luego usted señor [Joaquín] podrá defenderse de las acusaciones que presuntamente existen en su contra, escuchando el testimonio de la propia afectada y realizando las preguntas a través de la Defensa en aras de verificar entonces si su dicho es espontáneo, natural o, como al parecer lo infiere esta Judicatura de la teoría del caso de la Defensa, se trata de una implantación en la mente de aquella de una situación que no ha ocurrido y que por lo tanto entonces no existe ni el delito ni usted sería el responsable.”³⁴

Sin embargo, sí condicionó “el testimonio a los siguientes aspectos. Primero, se recibirá en Cámara de Gesell, como corresponde legalmente. Segundo, la Fiscalía cumplirá con el ritualismo que establece el Código de Infancia y Adolescencia, de presentar de manera previa y por escrito el cuestionario que se le va a formular a la menor. Cuestionario que deberá entregarse previamente al abogado de la Defensa para que pueda él revisarlo y, de encontrar alguna pregunta que fuera atentatoria de la intimidad o del respeto por la menor, se estudiará frente a su eliminación por parte de la Fiscalía. De igual manera, el cuestionario previo y por escrito se entregará al defensor de familia y al

³³ Esa decisión fue apelada, siendo confirmada el 14 de noviembre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (*ibidem*, folio 270 a 278).

³⁴ *Ibidem.*, folio 193, video “CP_0913081616344”, minuto 18:54 a 21:14.

*psicólogo correspondiente para que hagan la evaluación de la pertinencia, de la conducencia y, sobre todo, que esa preguntas que se van a elaborar a la menor no atenten contra su intimidad, su buen nombre o constituyan una forma de revictimizarla. Solo, y solo en esas condiciones, se va a recibir el testimonio de la menor. Hago la aclaración y la precisión para que Fiscalía y Representante de Víctimas”.*³⁵

(2) La Defensa repuso la decisión de decretar el testimonio de Ángela.³⁶ Lo anterior, porque no se desconoció que la prueba sea pertinente. Lo que se solicitó fue que se diera aplicación a lo dispuesto en los artículos 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal, sobre la prueba de referencia. Allí se “establece la posibilidad para precisamente estos casos, en donde claro que la prueba es pertinente, se pueda acudir a esa excepción y de esa manera no se revictimice más a la persona que ha sido objeto, presuntamente, de esos actos sexuales. La idea, y lo que busca el suscrito defensor y lo que le pide de manera muy respetuosa a su Señoría, es que se dé aplicación a una norma que precisamente existe para estos casos. En los demás casos es imposible acudir a esa excepción. En este caso en particular, es el caso yo creo que por excelencia se debería acudir a ese supuesto de hecho porque finalmente, pues tenemos que tener claro, por lo menos así lo considera esta Defensa, que tenemos a toda costa salvaguardar los derechos de la menor. El derecho a la intimidad de la menor, el derecho a no ser revictimizada esa menor, el derecho a que no se le vuelva a recrear unos eventos que, será objeto de discusión, sucedieron o no sucedieron, y no exponerla más a este tipo de situaciones.”³⁷

Reiteró que el dictamen elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses recomendó -entre otras cosas- evitar la exposición de la niña a situaciones de orden legal y diligencias judiciales. También volvió a traer a colación la decisión de 9 de diciembre de 2015 del Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Funciones de Garantías de Bogotá. Por otra parte, se refirió -*in extenso*- a que, en su momento (el 11 de diciembre de 2015³⁸), la Fiscalía 230 Seccional también comunicó a la Comisaría Segunda de Familia de Bogotá de la mencionada resolución del Juzgado de Control de Garantías.

(3) Respecto de la reposición, la Fiscalía sostuvo que la niña “es la única persona que directamente nos puede comentar, con el señor aquí acusado, lo que ocurrió, lo que verdaderamente ocurrió. Los demás son testigos y pruebas de referencia. Por lo tanto, ¿cómo se va a negar Señoría a la misma menor, y no como lo dice el señor defensor, que se está revictimizando? No. Se le está dando la oportunidad a ella misma de que establezca lo que en realidad sucedió. (...) Este, lastimosamente, es un delito de puerta cerrada, en el cual prácticamente dos personas son las que pueden comentar directamente lo ocurrido. Que es la víctima y la persona que ejerció ese abuso sobre ella. En este caso, no podemos limitar un derecho que a la misma menor le corresponde, y con el cual vamos a dilucidar en su gran mayoría lo establecido dentro de los hechos en la presente

³⁵ *Ibidem.*, minuto 21:24 a 22:37.

³⁶ *Ibidem.*, folio 269, video “CP_0913081616344”, minuto 27:13 a 37:50.

³⁷ *Ibidem.*, minuto 30:04 a 31:40.

³⁸ *Ibidem.*, folios 75 a 76.

denuncia y la presente investigación. Ahora, nos está relatando el señor defensor aspectos que jamás denotó en los argumentos presentados en la audiencia anterior preparatoria con respecto a esta menor, y que tampoco Señoría dan a entender la necesidad de no tener a la menor en el presente juicio oral como testigo principal de la Fiscalía. Además, si existen algunas reticencias por parte de algunos dictámenes fue con respecto a que no se hiciera más valoraciones con respecto a esta menor, que desde hace dos o tres años no se hacen. Simplemente es para que asista a un juicio oral a intervenir directamente en su defensa con respecto a lo a ella cometido.”³⁹

(4) A su vez, el Representante de Víctimas destacó que “si bien la Ley estableció la posibilidad de que las entrevistas y declaraciones anteriores que haya rendido un menor puedan ser incorporadas a juicio como prueba de referencia, sin superar el requisito que normalmente tenía esta, que era que ‘el testigo no esté disponible’, pues eso no quiere decir que se convierta en prueba directa o deje de ser prueba de referencia, con las consecuencias que sabemos que tiene el que sea una prueba de referencia, es decir, no se requiere que el testigo no esté disponible cuando se trata de menores, y es posible solicitar que se incorporen sus entrevistas anteriores, pero eso sí, ingresan como prueba de referencia. Luego, resultaría supremamente grave que en un caso se le negara justamente a la persona que es directamente la afectada y tiene conocimiento directo de los hechos que declare como testigo directo, y que en ese lugar se le diga pues en ese lugar no declare usted para protegerle su derecho mejor no declare y más bien incorporamos sus declaraciones anteriores que ingresan como prueba de referencia. No, eso es justamente cuando la víctima de alguna manera se considera que no debe ser revictimizada y se considera por parte bien sea de la Fiscalía, o de la propia víctima o del apoderado de la víctima, que no debe ser presentado el menor a declarar por esa revictimización, pero siempre con la carga de que sus declaraciones anteriores se incorporarán como prueba de referencia. En este caso, el testigo está disponible, el testigo será presentado para que declare directamente en juicio. Y, lo otro, es que es cierto que en alguna ocasión algún juez de garantías, como se refirió, mencionó que no se sometiera a la niña a otra valoración. Pero es que aquí no viene a una valoración, el testigo no viene a juicio a que lo valoren, el testigo no viene a juicio a que la realicen una valoración psicológica o psiquiátrica. El testigo viene a juicio a declarar sobre los hechos, luego, aquí no se viene a hacer una valoración médica, psicológica ni psiquiátrica, sino simplemente a que se escuche lo que conoce respecto de los hechos que fueron objeto de acusación. Luego, cuando el juez de garantías se dirige a un tema dentro de otro proceso distinto diciendo, o alguien dice ‘recomiendo que no se haga otra valoración’, pues es que si ya hubo varias valoraciones o de pronto ya hubo varios conceptos elaborados sobre la misma valoración, el juez puede decir no someta a la niña a más valoraciones, pero en ningún momento está diciendo que está prohibiendo que esa persona más adelante tenga el derecho de declarar en su juicio”.⁴⁰

(5) La Jueza negó el recurso de reposición, por cuanto “el artículo 359 del

³⁹ Ibidem., folio 269, video “CP_0913081616344”, minuto 1:42:18 a 1:45:08.

⁴⁰ Ibidem., minuto 1:45:22 a 1:48:06.

Código de Procedimiento Penal indica que las oposiciones de las partes, incluido el Ministerio Público, a las pruebas solicitadas por las otras, corresponde a una exclusión porque devenga la prueba en ilícita o en ilegal, cosa que no ocurre en este caso; que se trate de un rechazo tendiente a la violación del descubrimiento probatorio, cosa que tampoco ocurre en esta oportunidad; quedando como única alternativa la inadmisibilidad y, si nos remitimos al artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, literal 'a', indica que 'cuando se cause grave perjuicio indebido', que sería el único evento en el que entiende este Despacho se encuentra dirigido el argumento de la Defensa. No obstante, pese a la existencia de esa posibilidad de inadmitir una prueba, incluida la pertinencia, que en este caso no se discute, debe indicar el Despacho que la sistemática del Sistema Penal Acusatorio implica la existencia de unos principios, principios que corresponden a la publicidad y a la inmediación. Publicidad no solo porque la audiencia sea pública, sino también porque se permita que públicamente el acusado pueda conocer quiénes son los testigos de cargo, y de esa manera defenderse de las afirmaciones que ellos realicen. Y, en segundo lugar, frente a la inmediación, la inmediación frente a la valoración de la prueba, prueba que solo se puede valorar si directamente la practica el juez, que tendrá que finalmente emitir un concepto sobre la misma de credibilidad o no, y de qué tanto pueda hacer creíble la teoría de una de las partes. Razón por la cual, en respeto de esos principios la solicitud resulta inadmisibile.

Adicionalmente, como garantía del propio derecho a la defensa, se encuentra la publicidad, la contradicción y la confrontación. Este último, conocido en otros sistemas como el 'careo', es decir, que el señor [Joaquín] tenga la posibilidad de frente a frente conocer qué es lo que dice el principal testigo de cargo, y defenderse de esas afirmaciones. Razón por la cual no admite esa excepción que se pretende se aplique que, como lo dijo el señor abogado defensor, es una regla excepcional, como el nombre lo indica, de la admisión de la prueba de referencia. Y véase como el mismo artículo que él cita, y lo trae a colación el representante de la víctima, el 437 del Código de Procedimiento Penal nos dice que la prueba de referencia se admite de manera 'excepcional', siempre que el testigo no esté disponible. El testigo aquí se encuentra disponible, razón por la cual es obligación de la Fiscalía traerlo al juicio oral y público y, en consecuencia, también resultaría extraña la solicitud en tanto no puede emitirse sentencia condenatoria solo en virtud de pruebas de referencia, que, como lo dijo el abogado representante de la víctima, constituiría la incorporación de las entrevistas que previamente se hayan realizado, una única prueba de referencia. Luego, entonces en una igualdad de armas, los unos pueden presentar testigos de cargo, y los otros los de descargo, sin que deba exigirles la Judicatura, como al parecer lo pretende la Defensa, que no traiga a ese testigo principal y se le admita la prueba de referencia, cosa que no ha justificado y, que como su nombre lo indica, es excepcional. Razón por la cual no tiene vocación de prosperidad la solicitud de la Defensa.

Adicional, a que los últimos argumentos que expuso, frente a las conclusiones de un dictamen pericial y a las prohibiciones o restricciones frente a valoraciones de la menor, son elementos que no hizo referencia en su primera intervención, razón por la cual este Despacho considera que no se deben tener

*en cuenta. Con esto resuelvo la reposición. En conclusión, se niega la prueba, se niega el no decreto de la prueba, aclaro.”*⁴¹

1.20. Finalmente, la Jueza fijó el 1 de abril de 2019 como fecha de inicio del juicio oral.⁴²

2. Acción de tutela instaurada⁴³

Joaquín instauró acción de tutela, en nombre propio y en representación de Ángela -su hija-. Resaltó *“que en la actualidad conserv[a] la patria potestad sobre mi hija menor (...)”*⁴⁴ (subrayas no originales). Por otra parte, señaló que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, esto es, no solo contra sentencias sino también contra autos. En el caso concreto, dado que *“el auto que confirma una prueba solicitada por alguna de las partes y respecto de la cual la otra ha expresado su inconformidad, sólo cuenta con el recurso de reposición, no con el de apelación.”*⁴⁵

Luego señaló que en la Sentencia T-117 de 2013 la Corte Constitucional concedió una acción de tutela porque no aceptó una prueba de referencia rendida por una niña de 6 años en el marco de un proceso por abuso sexual contra su tío. *“En esa oportunidad la Corte (...) ordenó al Despacho que procediera a ‘proferir una nueva providencia en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en este fallo de la entrevista realizada por [la] Defensora de Familia [...] a la menor [...] acorde con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica’. // La importancia del precedente radica en que evidencia que la acción de tutela es un mecanismo legítimo para controvertir los autos que profieren las autoridades judiciales en desarrollo de procesos en materia de violencia sexual contra menores cuando quiera que tales actuaciones tengan un carácter definitivo y resulten contrarios a las garantías procesales básicas de cualquiera de las partes.”*⁴⁶

En particular, señaló que la decisión del Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, de decretar el testimonio de Ángela, *“supone un claro quebrantamiento del interés superior de la menor, pues conforme lo indica el experto de Medicina Legal y acertadamente lo señaló un juez constitucional se debe evitar la exposición de la menor a situaciones de orden legal por cuanto existe un riesgo latente de empeorar su cuadro emocional y mental.”*⁴⁷ A partir de lo anterior, el accionante sostuvo que el Juzgado accionado incurrió en defectos sustantivo y fáctico.

2.1. Defecto sustantivo

⁴¹ *Ibidem.*, minuto 1:48:10 a 1:51:42.

⁴² *Ibidem.*, folio 199.

⁴³ *Ibidem.*, folios 1 a 46.

⁴⁴ *Ibidem.*, folio 18.

⁴⁵ *Ibidem.*, folio 23.

⁴⁶ *Ibidem.*, folio 24.

⁴⁷ *Ibidem.*, folios 24 y 25.

En la acción de tutela se indicó que el Juzgado demandado incurrió “*en una vía de hecho por defecto sustantivo en razón de su empeño de que se practique una prueba que está expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico*”.⁴⁸

Para sustentar lo anterior, se trajo a colación que la Ley 1652 de 2013 introdujo o adicionó algunos artículos de la Ley 906 de 2004 (i.e. 206A, 275 y 438), incorporando “*un conjunto de principios, reglas y procedimientos que aplican de manera especial y específica a investigaciones y procesos relativos a eventuales situaciones de abuso sexual en contra de menores de edad*.”⁴⁹

De esas normas el accionante planteó seis “conclusiones”: (i) la entrevista forense que se practique a un menor de edad se sujeta a un procedimiento especial; (ii) “*en atención a la necesidad imperiosa de proteger los intereses superiores de los menores, la norma resalta que el menor ‘será entrevistado preferiblemente una sola vez’ aunque agrega que ‘[d]e manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente’*”⁵⁰; (iii) la entrevista forense que se practique constituye -según el artículo 206A del Código de Procedimiento Penal - un “elemento material probatorio”; (iv) “*la posibilidad de acudir a este particular elemento probatorio no supone una erosión de los derechos de defensa de la persona acusada*”⁵¹; (v) “*a pesar de la importancia que tiene esta prueba testimonial, el propio artículo 206A limita su recaudo al señalar que podrá accederse a la respectiva entrevista forense ‘siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad’*”⁵²; (vi) “*la entrevista forense reglamentada en el artículo 206A no es el único mecanismo probatorio (...) el artículo 438 del CPP admite expresamente la prueba de referencia (...)*”.⁵³

A partir de lo anterior, el demandante refirió que “*la prueba testimonial del menor de edad que presuntamente ha sido materia de abuso sexual, se somete a un régimen de manifiesta excepcionalidad que busca protegerlo de todas las adversidades propias de los procesos penales así ello implique una restricción al derecho de defensa del acusado*.”⁵⁴

Así, señaló que “*los argumentos expuestos evidencia fuera de toda duda (...) [que las actuaciones demandadas] contravienen las reglas positivas sobre obtención de la prueba testimonial de menores en el marco de procesos por acto sexual en su contra, los parámetros previstos en la jurisprudencia constitucional sobre la materia y, principalmente, el interés superior de la menor*”.⁵⁵ Esto, porque Ángela ha sido objeto de múltiples valoraciones, razón por la que la decisión de decretar su testimonio no es legítima ni acorde con los principios constitucionales. Por tanto, se incurrió “*en un defecto normativo manifiesto que*

⁴⁸ *Ibidem.*, folio 25.

⁴⁹ *Ibidem.*, folio 27.

⁵⁰ *Ibidem.*, folio 28.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibidem.*, folio 29.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Ibidem.*, folio 30.

⁵⁵ *Idem.*

[la] vicia y les resta toda legitimidad y validez. Ello obedece a que la Fiscalía y el Despacho asignan a las normas procesales aplicables al caso ‘efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador’ lo cual lleva a que acudan a una interpretación inaceptable de las mismas por ser ‘claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada)’.”⁵⁶

De esa manera, “[s]ometer de nuevo a [Ángela] a una nueva declaración pesa a que existe una grabación de la diligencia celebrada ante el CTI en atención a lo dispuesto en el artículo 206A, y 438 es una actuación claramente disparatada que solo tendría como finalidad afectar sociológicamente (sic) y emocionalmente a la niña, por consiguiente una circunstancia susceptible de ser estudiada en sede constitucional.”⁵⁷

Finalmente concluyó que “el Fiscal 196 Seccional Adscrito a la unidad de Delitos Sexuales y el Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento incurrir en una **vía de hecho por defecto sustantivo** en la medida en que la prueba solicitada por el primero y decretada por el (sic), vulnera el trámite procesal establecido en el artículo 206 A del CP.P. (sic), y el artículo 438 del mismo estatuto procesal, así como el interés superior de la menor en tanto que no conduce a una violación de reglas especiales encaminadas a garantizar la protección de los intereses superiores de los menores de edad” (subrayas y negrillas originales).⁵⁸

2.2. Defecto fáctico

Por otra parte, el accionante señaló que las “actuaciones de la Fiscalía 196 y el Juzgado 48 Penal del Circuito incurrir en una vía de hecho por defecto fáctico dado que buscan el testimonio de una menor de siete años y medio de edad sobre presuntos hechos acaecidos cuando ella tenía tres años y medio de edad.”⁵⁹

Lo anterior, pues aunque a Ángela ya se le practicó “la entrevista señalada en el artículo 206A (...) han previsto que ella sea citada nuevamente para que declare en calidad de víctima en desarrollo del proceso penal bajo examen.”⁶⁰

Adicionalmente, sostuvo que “la tesis expuesta por la Señora Juez 48 en el sentido de que es la Fiscalía quien define los elementos de prueba que obran a su favor, constituye un desconocimiento de las funciones que competen a los jueces penales. Por supuesto que la Fiscalía juega un papel propositivo. No obstante, es el Juez y no la Fiscalía quien tiene la potestad de definir cuáles son las pruebas que admite y cuáles las que rechaza **u en la medida en que ellas sean lícitas, pertinentes, conducentes, útiles (y) (sic) no repetitivas (arts. 357,359 C.P.P.)**” (negrillas originales).⁶¹

⁵⁶ Ibidem., folio 31.

⁵⁷ Ibidem., folio 33.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Ibidem., folios 33 y 34.

⁶⁰ Ibidem., folio 34.

⁶¹ Idem.

Finalmente, manifestó que “el error fáctico se configura en este caso a causa de la ausencia de razonabilidad en la que incurre el Despacho al autorizar que se llame a declarar a una niña de siete años y medio para que informe de unos presuntos hechos que habrían ocurrido cuando ella tenía tres años y medio, sin tomar en cuenta que (i) es manifiestamente improbable que la niña pueda guardar un recuerdo mínimamente objetivo de lo que en realidad sucedió; y (ii) de tal situación existe ya la grabación tantas veces mencionada de la entrevista que le realizó el CTI a la niña, de manera oportuna y con sujeción a las normas legales aplicables” (subrayas y negrillas originales).⁶²

2.3. Por otro lado, el accionante presenta un tercer acápite (denominado “Mi situación en el presente caso, dada mi calidad de representante de la menor [Ángela] y de persona a la que se le imputa haber abusado sexualmente de ella”⁶³).

El accionante empezó por advertir que en este caso “concorre la situación insólita en virtud de la cual la persona quien se formula (sic) la acción de tutela para la protección de los derechos de su hija de siete años y medio de edad es la misma persona a la que se ha acusado de haber abusado sexualmente de ella.” Sostuvo que en esas condiciones es necesario “analizar de manera conjunta tanto la situación procesal de [Ángela], como la del suscrito accionante.”⁶⁴ Así, resaltó que su interés superior se vería protegido por la prueba ordenada, pero que el mismo también “se vería fuertemente afectado en el evento de que se acusare injustamente a su padre de haber incurrido en actos de abuso sexual en su contra y que, con motivo de tal acusación, ellos dos fueren apartados.”⁶⁵

Agregó que la “la revisión de las pruebas y de los elementos de juicio que obran en el expediente demuestran no sólo que el testimonio de [Ángela] (...) es ilegal y constitutivo de una vía de hecho -como se ha demostrado ya- sino que resulta innecesario dado que la prueba solicitada ya existe y que los elementos de prueba que hay en mi contra son débiles e inconducentes. // Las pruebas muestran igualmente que (...) no presenta los comportamientos típicos que exhiben los niños abusados, circunstancia que corrobora la falta de necesidad de la prueba (...).”⁶⁶

A su vez, dicho acápite es dividido en tres partes:

(i) “Breve revisión de las pruebas ofrecidas por la Fiscalía General de la Nación”⁶⁷

Aquí el accionante realizó apreciaciones sobre “cuatro elementos probatorios”: el comentario de Gabriela respecto de lo que ella conversó con una psicóloga

⁶² Ibidem., folio 35.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Ibidem., folio 36.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Ibidem., folio 37.

amiga y *Urania Cabral*⁶⁸, y los dictámenes de *Aglaia*⁶⁹, *Nastasia*⁷⁰ y *Nicolás*⁷¹. En relación con lo anterior, manifestó que “salvo el chat en el que [Gabriela] hace referencia a la madre cuya existencia no ha sido demostrada y a la psicóloga de apellido desconocido, todas las demás pruebas que hay en contra son informes y valoraciones psicológicas o psiquiátricas que fueron aportados por [Gabriela] a través de sus abogados u no piezas probatorias producidas por entidades del Estado o reconocidas por éste, ni pruebas ordenadas directamente por una autoridad judicial.”⁷²

(ii) “Análisis de otras pruebas relevantes”⁷³

En esta parte el accionante destacó que hay “tres pruebas que operan en sentido contrario a las ya mencionadas y que es necesario examinar en esta oportunidad”.⁷⁴ Hacía referencia, en concreto, a la grabación de la entrevista forense realizada por el CTI, el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el informe rendido por el Colegio Colombiano de Psicólogos. Respecto de eso, señaló que:

“(…) tanto el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses como el realizado por el Colegio Colombiano de Psicólogos, instituciones reconocidas a las que ha acudido el Despacho y no una de las partes, ponen de manifiesto que no hay elemento alguno que permita inferir que realmente mi hija [Ángela] haya sido víctima de actos de abuso sexual por mi parte.

En conclusión, y más allá de las restricciones legales existentes en la materia, se tiene que no existe elemento alguno objetivo que justifique que se someta a [Ángela] a un nuevo testimonio.

No existe tampoco prueba alguna objetiva válida que permita que una hija de cuatro años y medio haya sido apartada de su padre y de su familia paterna por tres años (hoy tiene siete y medio) y que un padre haya sido apartado de su hija.

El empeño en llevar adelante un proceso penal de estas características, que lleva a la destrucción de los lazos familiares entre padre e hija, con base en los elementos probatorios existentes, no sólo supone un desconocimiento del artículo 29 de la Constitución relativo al debido proceso, sino que conduce a una clara transgresión del artículo 44 Superior que reconoce el derecho fundamental de los niños a ‘tener una familia y no ser separados de ella’”⁷⁵ (subrayas y negrillas originales).

(iii) “Notas finales sobre la situación personal del procesado”⁷⁶

⁶⁸ Ver *supra*, nota al pie N° 6. El accionante manifestó que resulta llamativo que *Gabriela* acudiera a una profesional cuyo apellido ignora, y que no se haya podido constatar la existencia de *Urania*.

⁶⁹ Ver *supra*, antecedente N° 1.4. El accionante cuestionó -entre otras cosas- que no existe grabación de la valoración realizada, y que *Aglaia* fue sancionada en primera instancia por el Colegio Colombiano de Psicólogos por ese dictamen.

⁷⁰ Ver *supra*, antecedente N° 1.12. El accionante destacó que esa persona no ostentaba la calidad de psicóloga.

⁷¹ Ver *supra*, antecedente N° 1.11. El accionante reiteró que no conoce ni ha tenido contacto alguno con ese profesional.

⁷² *Ibidem.*, folio 41.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Ibidem.*, folio 43.

⁷⁶ *Idem.*

El accionante repite que la acción de tutela “no sólo pretende resguardar el interés superior de mi menor hija [Ángela], sino que también busca proteger las garantías básicas que me asisten como acusado. // Ordenar que [Ángela] rinda un nuevo testimonio desconoce el equilibrio procesal básico. // No me refiero a que esta entrevista ya existe y fue recaudada tal como lo ordena la ley. Me refiero al hecho de que no he visto a [Ángela] desde el 05 de diciembre de 2015, es decir, hace exactamente tres años. // (...) Ahora bien, en relación con un eventual testimonio a [Ángela], tal como lo solicitó la Fiscalía y lo ordenó el Despacho, me limito a formular una simple pregunta: si esa era la situación hace tres años, cuando aún tenía algún contacto posible con mi hija [Ángela], ¿qué se puede esperar ahora que la madre se ha encargado de romper todos mis lazos con [Ángela], y los de mi familia?”⁷⁷

2.4. A partir de todo lo expuesto, el accionante solicitó “adoptar las medidas que resulten necesarias con el propósito de salvaguardar el interés superior de la menor, ordenando no practicar su testimonio al interior del juicio oral adelantado en mi contra. // En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que se cumple a cabalidad con los requisitos de los artículo 206A y 348 literal e) del Código de Procedimiento Penal, comedidamente solicito a la Sala disponer que en su lugar se tengan como pruebas las entrevistas rendidas por la menor [Ángela] en su oportunidad, y que fueron objeto de descubrimiento por parte de la Fiscalía General de la Nación” (subrayas originales).⁷⁸

3. Admisión y respuestas

3.1. La acción de tutela fue repartida a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, a través de Auto de 12 de marzo de 2019⁷⁹, decidió -en aras de respetar el principio de la doble instancia- remitirla a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá.

3.2. A su vez, esta última Corporación, mediante Auto de 12 de marzo de 2019⁸⁰, determinó (i) admitir la acción de tutela; (ii) notificar al Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá; y (iii) vincular -como terceros con interés legítimo para intervenir- a la Fiscalía 196 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos Sexuales y a Gabriela.

3.2.1. El 13 de marzo de 2019, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá respondió la acción de tutela⁸¹, adjuntando un CD con las audiencias de formulación de acusación y preparatoria. Precisó que no ha adoptado “medidas de protección a víctimas en tanto no ha sido requeridas (sic) por la fiscalía o partes, menos las avizora del conocimiento que tiene de la actuación.”⁸² Entre otras cosas, también mencionó

⁷⁷ *Ibidem.*, folios 43 y 44.

⁷⁸ *Ibidem.*, folio 45.

⁷⁹ *Ibidem.*, folios 156 a 169.

⁸⁰ *Ibidem.*, folio 171.

⁸¹ *Ibidem.*, folios 192 a 201.

⁸² *Ibidem.*, folio 192.

que la competente para conocer la acción de tutela es el superior jerárquico, esto es, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

3.2.2. El 15 de marzo de 2019⁸³, el apoderado de la víctima dentro del proceso penal advirtió que *“el accionante, o un apoderado en su representación, recientemente había presentado una acción de tutela con objeto semejante ante el Consejo Superior de la Judicatura, Corporación que por razones legales de competencia, dispuso remitirla a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, como superior jerárquico del funcionario judicial accionado (...). // Tal como consta en el sistema de consulta de procesos (...) el accionante presentó desistimiento de la demanda, que le fue aceptado mediante auto de 20 de febrero de 2019. // (...) No parece lógico, ni razonable, que frente a una nueva presentación de la demanda, el competente para conocer sea el Consejo Seccional de la Judicatura, cuya decisión podría ser remitida en segunda instancia al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, donde ya una vez se determinó que la competencia corresponde al Tribunal Superior de Bogotá (...)”*⁸⁴

Por otro lado, indicó que lo que pretende el accionante es que se ordene que la niña no pueda declarar dentro del proceso en el que ha sido reconocida como víctima. *“Eso, ni más ni menos, constituye una hábil solicitud para excluir del juicio oral el testimonio directo de la víctima, e incorporar en su defectos sus declaraciones anteriores que tan solo servirían como prueba de referencia (...) cuyo poder suasorio es inferior (...)”*⁸⁵ No obstante, destacó que eso es una facultad legal más no una obligación ni la mejor manera de proteger los intereses de los menores; pero especialmente, que no se puede proferir sentencia condenatoria solo con base en pruebas de referencia.

También resaltó que la Defensa del accionante, *“con los mismos argumentos propuso en audiencia preparatoria la exclusión del testimonio de la menor como prueba de cargo en su contra, solicitud que fue negada (...)”*⁸⁶ De igual manera, señaló que *“[N]ingún juez de control de garantías ordenó que (...) la víctima directa del delito perdiera la posibilidad de declarar en juicio oral como testigo, para incorporar como prueba de referencia sus declaraciones o manifestaciones anteriores. Otra cosa muy diferente es que, en su momento, algún juez haya recomendado o mencionado que a la menor no se le sometiera a mas (sic) VALORACIONES. Su testimonio directo en juicio oral (...) no constituye una nueva valoración médica, ni psicológica, ni un sometimiento a prueba pericial alguna, es simplemente la oportunidad procesal que existe para escuchar su declaración sobre los hechos objeto de acusación. La valoración de ese testimonio, la memoria del testigo, la comparación con sus declaraciones anteriores, o el poder suasorio que para el juzgador pueda llegar a tener, no es algo que pueda decidirlo ex ante un juez de tutela, como al parecer lo pretende el accionante.”*⁸⁷

⁸³ *Ibidem.*, folios 201 a 207.

⁸⁴ *Ibidem.*, folios 201 y 202.

⁸⁵ *Ibidem.*, folios 203 y 204.

⁸⁶ *Ibidem.*, folio 204.

⁸⁷ *Ibidem.*, folio 205.

En relación con lo anterior, adicionó que “no es el momento oportuno para desvirtuar los hechos relatados, o para demostrar que se trata de afirmaciones imprecisas o contrarias a la realidad. Tampoco es este trámite constitucional de la acción de tutela, el espacio para demostrar o descartar la responsabilidad penal del accionante (...).”⁸⁸

En virtud de lo reseñado, solicitó que la demanda fuera remitida a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En su defecto, desestimar la única pretensión del accionante.

3.3. A través de Auto de 15 de marzo de 2019⁸⁹, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá dispuso -entre otras cuestiones- (i) vincular como terceros con interés legítimo al apoderado de *Joaquín* en el proceso penal, y a la agente del Ministerio Público que interviene en el mismo; (ii) oficiar a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que informara y suministrara copia de la acción de tutela que habría presentado *Joaquín*; y (iii) oficiar a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura para que informara si, en febrero de 2019, *Joaquín* o un abogado en su representación, “radicaron una acción de tutela en contra del Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.”

3.3.1. El 15 de marzo de 2019⁹⁰, la Procuradora Judicial I Penal 242 de Bogotá solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela porque el decreto probatorio es “una decisión judicial de carácter judicial respecto de la cual ya se agotaron los recursos de ley procedentes”.⁹¹ Resaltó la importancia del testimonio de la menor, el cual puede ser tenido “en cuenta como prueba determinante en garantía de sus propios derechos”⁹², como lo son “la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición, a la par con el interés superior que le asiste y el principio *Pro infante* (sic) que también debe ser materializado en su favor.”⁹³

3.3.2. El 18 de marzo de 2019⁹⁴, el apoderado de *Joaquín* en el proceso penal expresó que coadyuvaba la acción de tutela. Además de reiterar algunos argumentos expuestos en la audiencia preparatoria y en el escrito de tutela, sostuvo que “el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 otorga a los sujetos procesales la posibilidad de solicitar la exclusión, el rechazo y/o inadmisibilidad de los medios de prueba. En el caso en particular la defensa haciendo uso de la citada norma jurídica, le pidió a la judicatura que se excluyera el testimonio de la menor [Ángela] por cuanto se trataba de una niña

⁸⁸ *Ibidem.*, folio 206.

⁸⁹ *Ibidem.*, folio 208.

⁹⁰ *Ibidem.*, folios 226 a 228.

⁹¹ *Ibidem.*, folio 226.

⁹² *Idem.*

⁹³ *Ibidem.*, folio 227.

⁹⁴ *Ibidem.*, folios 241 a 245.

que actualmente tiene siete años y de posibles conductas contra la formación sexual, y se diera aplicación a lo dispuesto en el artículo 438 literal e (...)”.⁹⁵

Por otra parte, resaltó que “no se quiere que no se escuche la versión de la menor [Ángela], y de esa forma se afecte la verdad a la cual debe llegar todo proceso penal, lo que se pidió es que se haga uso del artículo 438 literal e, y se escuche en juicio oral el testimonio (sic) que ya en una oportunidad rindió la menor (...) y que fuera grabado en video y audio por los investigadores del CTI y MEDICINA LEGAL. Reitero se quiere es que no se revictimice a la menor (...) pues actuar de otra manera implica el **quebrantamiento del interés superior de una niña de SIETE AÑOS de edad, sin justificación y necesidad alguna**” (subrayas y negrillas originales).⁹⁶

3.3.3. Ese mismo día⁹⁷, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá envió copia de las actuaciones adelantadas en el marco de un proceso de tutela anterior, iniciado el 13 de febrero de 2019 por *Joaquín* -a través de apoderado- contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.⁹⁸

Posteriormente, el abogado -que es distinto al del proceso penal- presentó un escrito al Tribunal, “con el propósito de **retirar** la demanda de tutela que dio lugar a la actuación” (subrayas y negrillas originales).⁹⁹ Esa solicitud fue aceptada en Auto de 20 de febrero de 2019.¹⁰⁰

3.3.4. A su vez, el 19 de marzo de 2019¹⁰¹, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura informó que esa primera acción de tutela fue presentada ante esa Corporación el 5 de febrero de 2019, y que al día siguiente fue remitida por competencia a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

3.4. Con Auto de 21 de marzo de 2019¹⁰², la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá dispuso (i) vincular a la Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que resolvió la apelación presentada por la Defensa de *Joaquín* en la sesión del 13 de septiembre de 2018 de la audiencia preparatoria (*supra*, antecedente N° 1.19., nota al pie N° 33); y (ii) solicitar al Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que facilitara copia de esa decisión (de 14 de noviembre de 2018).

3.4.1. El 26 de marzo de 2019¹⁰³, la Magistrada requerida remitió copia de la decisión de 14 de noviembre de 2018, mediante la cual confirmó las decisiones

⁹⁵ *Ibidem.*, folio 241.

⁹⁶ *Ibidem.*, folio 242.

⁹⁷ *Ibidem.*, folios 246 a 258.

⁹⁸ *Ibidem.*, folio 248.

⁹⁹ *Ibidem.*, folio 251.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, folios 252 a 255.

¹⁰¹ *Ibidem.*, folios 230 a 238.

¹⁰² *Ibidem.*, folio 264.

¹⁰³ *Ibidem.*, folios 269 a 298.

emitidas el 13 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, con las cuales “*negó la nulidad y la práctica de algunas pruebas testimoniales a solicitud de la defensa (...).*”¹⁰⁴

3.4.2. En la misma fecha¹⁰⁵, el apoderado de la víctima dentro del proceso penal volvió a intervenir para precisar que solo se puede apelar “*respecto de las pruebas no decretadas a la parte solicitante, pero no respecto de las pruebas decretadas a la contraparte*”, razón por la que la Defensa interpuso únicamente el recurso de reposición. Por tanto, planteó que se debía dilucidar -para efectos de competencia- “*si la acción de tutela contra providencia judicial le corresponde al superior jerárquico del Juzgado 48 Penal del Circuito, o al superior de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá.*”¹⁰⁶

4. Decisiones objeto de revisión

Primera instancia

4.1. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de marzo de 2019¹⁰⁷, decidió (i) no declarar la falta de competencia alegada por el abogado representante de víctima, y (ii) negar la acción de tutela.

4.1.1. En primer lugar, sobre la incompetencia alegada por algunos de los intervinientes, el *A quo* sostuvo que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹⁰⁸, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución, 8° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 y 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, las reglas del Decreto 1069 de 2015 (anteriormente Decreto 1382 de 2000) solo regulan el procedimiento de reparto y en ningún caso definen la competencia de los despachos judiciales. Por ende, es competente para conocer del asunto, dado que la amenaza alegada por el accionante ocurrió en Bogotá.

4.1.2. Por otra parte, respecto de la *procedencia*, estableció que se cumplían los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto (i) el asunto es de *relevancia constitucional*, en la medida que “*se trata de la protección de los derechos fundamentales de una menor de edad dentro de un proceso penal que se adelanta contra su progenitor a quien se le acusa de haber realizado presuntas conductas delictivas que atentaron contra su libertad, integridad y formación sexuales (...)*”¹⁰⁹; (ii) se cumple el requisito de *subsidiariedad*, por cuanto el abogado de Joaquín solicitó la exclusión del testimonio de Ángela y, frente a la negativa del Juzgado accionado, presentó recurso de reposición, el cual es el único que procede frente a la decisión que decreta una prueba a la otra parte. Además, si bien se trata de un proceso en curso, el accionante no cuenta con “*medios de*

¹⁰⁴ *Ibidem.*, folio 278.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, folios 299 y 300.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*, folios 301 a 331.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, folio 312. Al respecto, cita el Auto 211 de 2018.

¹⁰⁹ *Ibidem.*, folio 317.

defensa para evitar el aparente daño al que él y su hija podrían verse enfrentados si la misma llegara a surtirse”¹¹⁰; (iii) respecto de la inmediatez, “se observa que la actuación acusada tuvo lugar el 13 de septiembre de 2018 en el desarrollo de la audiencia preparatoria y que la actuación que el actor que intenta evitar tendrá lugar el 1 de abril de la presente anualidad, razón suficiente para señalar que la solicitud de tutela cumple con dicho requisito”¹¹¹; y (iv) “de prosperar los cargos alegados, podría generarse un efecto decisivo en la actuación dentro de la cual fue proferida la providencia que aquí se acusa.”¹¹²

4.1.3. En cuanto al fondo del asunto, el A quo determinó que no se incurrió en un defecto sustantivo, ya que:

“(…) de acuerdo con el escenario exhibido por las normas traías a colación¹¹³ por el actor, las consideraciones que la jurisprudencia constitucional tuvo en cuenta para resolver situaciones similares y las pruebas obrantes en este asunto, estima la Sala que la pretensión no está llamada a prosperar, como quiera que no se vislumbra que la funcionaria accionada haya superado el margen interpretativo que la Constitución Política le permite a los jueces ni mucho menos que hubiera desconocido sentencias con efectos erga omnes, ni los artículos 206A y 438 del Código de Procedimiento Penal, así como la sentencia C-177 de 2014, en la que se dijo, haciendo alusión a otro pronunciamiento de la misma Corte, que la prueba de referencia tenía cabida solo excepcionalmente en aquellos eventos en los cuales no hubiera una plena disposición del declarante por motivos insuperables y atendiendo casos de extrema necesidad, situación que no se demostró a cabalidad en el proceso penal de marras.

De tal manera que, como la propia Corte Constitucional lo ha reconocido en otros pronunciamientos, como la sentencia T-116 de 2017, el testimonio de un menor de edad víctima de delitos sexuales vertido en el juicio oral no está prohibido, sino condicionado, por lo que su práctica depende de las particularidades que en cada caso tendrá que ponderar el operador judicial, siendo por ello que está en la obligación de adoptar las medidas pertinentes en comunión con las normas legales y supra legales aplicables al caso en comentario.

De ahí la razón por la cual esta Corporación, en sede de tutela, encuentra razonables las argumentaciones que la Juez expuso al momento de pronunciarse sobre la práctica de la prueba y la improcedencia de la solicitud de exclusión de la misma, como quiera que subordinó la realización del testimonio al cumplimiento previo de una serie de requisitos orientados, precisamente, a evitar una victimización adicional de la menor que presuntamente fue afectada por conductas abusivas por parte del aquí accionante.

Añádase a lo dicho que a pesar de que el accionante tuvo a bien traer a este debate constitucional todos los argumentos expuestos sobre el punto materia de discusión en el proceso penal, no lo hizo de la misma forma su defensor dentro del proceso penal, puesto que para el recurso de reposición adujo hechos que no había expuesto en la solicitud inicial, omisión que dio al traste con su pretensión de demostrar el supuesto perjuicio al que se vería abocada la menor de ser expuesta a rendir declaración en el juicio oral, por lo que ahora no puede acudir ante el juez constitucional para conseguir la aplicación de la mencionada excepción después de que no demostró las condiciones para ello en el proceso penal.”¹¹⁴

¹¹⁰ Ibidem., folios 317 y 318.

¹¹¹ Ibidem., folio 318.

¹¹² Idem.

¹¹³ Haciendo referencia a los artículos 206A y 438 de la Ley 906 de 2004.

¹¹⁴ Cuaderno 1, folios 326 y 327.

Por otra parte, estableció que tampoco se configuró un defecto fáctico, por cuanto:

“(…) basta volver sobre lo señalado en los apartes anteriores de esta providencia, pero sobre todo en la propia decisión atacada por el actor, en la que se dijo, en relación con los argumentos que la Fiscalía esgrimió para solicitar la prueba en comentario, que el ente acusador había expuesto con suficiencia los motivos por los que la víctima era la testigo principal del caso, por lo que con dicha prueba se pretendían demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar respecto de la ocurrencia de los hechos materia de juzgamiento y la responsabilidad del acusado, ya que fue la menor quien soportó directamente la conducta enjuiciada.

En ese sentido, de conformidad con lo anterior, no es válido afirmar, de cara al defecto alegado, que la operadora judicial adoptó la decisión probatoria atacada sin sustento alguno, máxime si se considera, como ya se vio, que admitió las valoraciones que la Fiscalía expuso cuando solicitó la práctica del testimonio de la menor.

Téngase en cuenta que dichas valoraciones fueron aceptadas por la defensa técnica del actor al señalar que la prueba era pertinente, postura que ahora luce contradictoria si se la compara con lo señalado por el actor en el escrito de tutela como quiera que alegó la existencia de defectos en las entrevistas e informes realizados con anterioridad a la menor, las cuales puso de presente cuando mencionó que en el dictamen del Colegio Colombiano de Psicólogos se advirtió la existencia de inconsistencias en las versiones anteriormente brindadas por la menor.

En tal sentido, la decisión proferida por la Juez accionada en materia probatoria dista de ser arbitraria, aparte de que por su misma naturaleza lo que busca la operadora judicial es precisamente ilustrar lo mejor posible su juicio para de esa manera impartir pronta y cumplida justicia, siendo que, por lo demás, si existiera el error en la valoración que alega el actor tendría que tratarse de uno ostensible, flagrante o manifiesto, elementos que exige la jurisprudencia constitucional para la configuración del mencionado defecto y que en este caso brillan por su ausencia.”¹¹⁵

Finalmente, destacó que ninguno de los defectos alegados “se hace manifiesto respecto de la situación del actor, puesto que como acertadamente lo señaló la funcionaria accionada, sus derechos procesales resultan garantizados con la práctica de la prueba cuyo rechazo se pretende, no solo porque con ella se le permitirá el ejercicio del derecho a la defensa, de tal forma que podrá escuchar el testimonio de la propia afectada, sino que le garantizará, además, que sea la Juez quien valore en forma directa el testimonio de la menor para verificar la credibilidad y la correlación con otros medios de prueba.”¹¹⁶

Trámite de impugnación

4.2. El 1 de abril de 2019¹¹⁷, Joaquín presentó solicitud de impugnación contra el fallo de primera instancia. Sostuvo que no está de acuerdo con el fondo del asunto, porque se debe proteger el interés superior de su hija, evitando que se continúe sometiendo sin necesidad y sin justificación “alguna a valoraciones y

¹¹⁵ Ibidem., folio 329.

¹¹⁶ Ibidem., folios 329 y 330.

¹¹⁷ Ibidem., folios 349 y 354.

*diligencias judiciales que claramente afectan a todo niño en su estado emocional, especialmente una niña de tan solo siete (7) años de edad.”*¹¹⁸

Adujo que el *defecto sustantivo* se configuró por la no aplicación del literal “e” del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, que da “la posibilidad al Juez para que este a su vez haga un análisis del caso en particular, una valoración integral de los derechos, una ponderación entre la finalidad perseguida por el testimonio y su necesidad de escucharlo directamente en juicio -como es la regla general en el proceso penal- y el bien emocional y mental de los niños de Colombia en general.”¹¹⁹ Además, resaltó que si bien no existe una prohibición para que los niños, niñas y adolescentes rindan testimonio en juicio oral, la Sentencia T-116 de 2017 no es aplicable porque el contexto es diferente a los del presente caso. “(...) aquí en la acción de la presente referencia NO se está pidiendo que no se tenga en cuenta la versión de la niña al invocar el art. 44 de nuestra norma superior, simplemente se está pidiendo que se tenga en cuenta la que ya rindió previamente, la cual está grabada en audio y video por funcionarios del CTI y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses” (subrayas originales).¹²⁰ Agregó que “en esta ocasión es mi propia defensa anteponiendo el bien de mi hija frente mis derechos de defensa quien solicita dar validez a un medio probatorio en el cual no tuve participación alguna, ni mucho menos la oportunidad de controvertir.”¹²¹

En relación con el *defecto fáctico*, manifestó que no se discutía la pertinencia de la prueba, “lo que se confronta es su necesidad, su admisibilidad entendiendo el perjuicio existente para mi hija (...).”¹²² Así, declaró que el error del Juzgado es ostensible “porque desconoció al momento de resolver sobre el decreto de la prueba los argumentos jurídicos ofrecidos para que se excluyera el testimonio de mi hija (...).”¹²³ Tampoco “comparte el argumento sobre la disponibilidad del testigo que fueran (sic) utilizados al momento de resolver el recurso de reposición, y utilizados por el apoderado de la víctima, toda vez que, pareciera olvidarse que mi hija tiene 7 años de edad, y que es ella quien quiere desea (sic) declarar y renunciar a su derecho a ser protegida en su estado emocional. Es decir, no está claro como seguramente lo sería con una persona mayor de edad o con niña con una edad más avanzada que quien tiene el deseo de ofrecer el testimonio es ella y no su madre como efectivamente sucede en el caso que nos ocupa, con finalidades diferentes que confío queden en evidencia en el proceso penal que se me sigue injustamente por hechos falsamente denunciados por mi exesposa.”¹²⁴

De acuerdo con lo expuesto, solicitó “se revoque parcialmente la decisión de fecha 27 de marzo de 2017 (sic) y en su lugar se conceda la protección del derecho fundamental al debido proceso que me asiste, así como y **en especial** se

¹¹⁸ *Ibidem.*, folio 350.

¹¹⁹ *Ibidem.*, folio 351.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Ibidem.*, folio 354.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Ibidem.*, folio 353.

tutele los derechos fundamentales de mi hija que surgen del artículo 44 de la Constitución Política.”¹²⁵

4.3. El 5 de abril de 2019¹²⁶, el apoderado de la víctima dentro del proceso penal presentó solicitud de confirmación del fallo de primera instancia.

Expresó, entre otras cosas, que la *“admisión excepcional de la prueba de referencia y su menor valor probatorio constituye una garantía, especialmente para el acusado (...). Nadie puede ser condenado, exclusivamente, con las declaraciones de personas que no comparecen al juicio oral para ser contrainterrogados sobre su credibilidad y los temas tratados en su interrogatorio.”*¹²⁷ Si bien esa es una alternativa que se habilitó mediante la Ley 1652 de 2013, de ninguna manera constituye el escenario probatorio ideal para demostrar la responsabilidad penal de un acusado. En el proceso penal atacado, la Fiscalía *“ha descartado la incorporación de las declaraciones previas como prueba de referencia, por supuesto prefiere el testimonio directo y presencial de la víctima en juicio oral, lo que además garantiza el derecho de contradicción por parte de la defensa del acusado. // Esa solicitud probatoria (...) fue debidamente sustentada en audiencia preparatoria, fue controvertida por la defensa del acusado y resuelta afirmativamente por el Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá. De ninguna manera es extraño que un Juez de Conocimiento decrete el testimonio de la víctima directa de un delito, incluso tratándose de un menor de edad. // Una cosa es que la legislación permita que las declaraciones anteriores de un menor puedan ser ingresadas excepcionalmente como prueba de referencia sin contar con su testimonio en juicio oral, y otra muy diferente, es entender que ello constituye una obligación e incluso la mejor manera de proteger sus intereses como víctima. (...) Lo que se pretende (...), además de desconocer una decisión judicial proferida dentro del curso normal de una audiencia preparatoria, es que el Consejo Superior de la Judicatura prohíba que un menor víctima de un delito sexual declare dentro de un proceso penal en el que fue precisamente reconocido como víctima. // Lo anterior, ni más ni menos, constituye una hábil solicitud para excluir del juicio oral el testimonio directo de la víctima (...). // Sería muy grave para la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, que la Judicatura mediante acción de tutela le impusiera la obligación de excluir el testimonio de la víctima directa de los hechos, para en su lugar incorporar sus declaraciones previas como prueba de referencia (...).”*¹²⁸

Segunda instancia¹²⁹

4.4. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en sentencia de 8 de mayo de 2019¹³⁰, revocó el numeral segundo del fallo de

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ Cuaderno 2, folios 14 a 18.

¹²⁷ *Ibidem.*, folios 14 y 15.

¹²⁸ *Ibidem.*, folios 16 y 17.

¹²⁹ Mediante oficio de 2 de mayo de 2019, el expediente pasó del Despacho de la Magistrada Magda Victoria Acosta Walteros, al del Magistrado Fidalgo Javier Estupiñán, en tanto el proyecto presentado fue negado (*ibidem.*, folio 23).

¹³⁰ *Ibidem.*, folios 25 a 77.

primera instancia, que negó la acción de tutela, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la dignidad y a la salud de *Ángela*. En consecuencia, dejó “sin valor y efecto” la decisión proferida en la sesión del 13 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá en el marco de la audiencia preparatoria, únicamente respecto de haber decretado el “*Testimonio de la menor Víctima (...) (Cámara Gesell, presentar cuestionario de manera previa la defensa, defensor de familia y psicólogo)*.”¹³¹

4.4.1. Frente al estudio de los requisitos generales de *procedencia* excepcional de la acción de tutela contra providencias, el *Ad quem* indicó que compartía el análisis realizado en la sentencia de primera instancia. Así, consignó lo siguiente:

“(…) se evidencia que la cuestión que se discute resulta (i) de indudable relevancia constitucional, toda vez que se persigue la protección efectiva de los derechos fundamentales de una menor de edad (7 años) y que presenta múltiples factores de vulnerabilidad que se derivan de su situación como víctima de un delito contra la libertad, la integridad y la formación sexual, y frente a la cual existe una decisión judicial que ha cobrado firmeza, como es el auto que decretó el testimonio de la menor (...), en el juicio oral seguido contra su padre; (ii) también es claro que, tratándose de una menor de edad, es deber del Estado proteger sus garantías fundamentales, pues no está en condiciones de asumir dicha carga; (iii) adicionalmente, se observa que la vulneración de los derechos fundamentales de la presunta víctima se encuentran en peligro o riesgo, a pesar del tiempo transcurrido entre la decisión judicial que se cuestiona y la presentación de la acción de tutela, toda vez que a la fecha no se ha practicado el testimonio de la menor; (iv) el actor identificó claramente los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración alegada y los derechos fundamentales presuntamente infringidos; (y) finalmente, es patente que la providencia objeto de discusión no corresponde a un fallo de tutela.”¹³²

4.4.2. En sus consideraciones, el *Ad quem* se refirió a tres bloques temáticos:

(i) “El interés superior de la menor: sujeto de especial protección constitucional”¹³³

Al respecto, el interés superior del menor “es un principio rector, ampliamente reconocido por el derecho internacional y reproducido de manera directa en la Constitución Política, que propende por la máxima satisfacción de los derechos de que son titulares todos los niños, niñas y adolescentes, entendidos como fundamentales, prevalentes e interdependientes, y que como tal, constituye una limitación u obligación de carácter imperativo, especialmente dirigida a todas las autoridades del Estado, quienes deberán actuar con diligencia y especial cuidado al momento de adoptar sus decisiones, en aquellos asuntos en los que se hayan involucrados los intereses de un menor.”¹³⁴ Dicho principio “además de orientar y limitar a las autoridades en sus decisiones según los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los niños y niñas, (...) también una importante función hermenéutica, toda vez que permite interpretar

¹³¹ *Ibidem.*, folio 76.

¹³² *Ibidem.*, folio 53.

¹³³ *Ibidem.*, folios 54 a 62.

¹³⁴ *Ibidem.*, folio 61.

sistemáticamente las disposiciones del orden constitucional, internacional y legal que reconocen el carácter integral y prevalente de los derechos del niño, en procura de su efectiva protección, facilitando del mismo modo la solución de los eventuales conflictos que pueden surgir en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa aplicable.”¹³⁵

(ii) “Testimonio de menores en casos de abuso sexual”¹³⁶

En este punto, la Sala determinó que el Juzgado accionado “desconoció el principio del *pro in fans*, postulado que establece la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño; es decir, que existiendo una norma procesal que da mayor garantía a esa protección del interés superior de la menor (...), no la aplicó, como es la consagrada en el artículo 438 literal e) de la Ley 906 de 2004, adicionada por el artículo 3a de la Ley 1652 de 2013 (...).”¹³⁷

Al respecto, indicó que sobre este tema, en la Sentencia T-078 de 2010 la Corte Constitucional consideró que -en ese caso- las autoridades accionadas ignoraron “el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de un atentado sexual. El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio *pro infans*, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño” (negritas y subrayas del *Ad quem*).¹³⁸

Para la segunda instancia, ese principio implicaba acoger lo señalado en el dictamen de 29 de enero de 2016 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (*supra*, antecedente N° 1.9.), en donde se recomendaba “**limitar la exposición de la niña, a situaciones de evaluación donde se reactiven este tipo de situaciones**” (énfasis del *Ad quem*).¹³⁹ Eso configuró “no sólo un defecto fáctico por fallar de manera contraevidente a la realidad del caso que se le presentaba, violan también directamente la Constitución por cuanto infringen los dictados del artículo 44 Superior, ignoran el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de un atentado sexual. Perdió de vista la Operadora Judicial que dada su inferior condición —por encontrarse en un proceso formativo físico y mental— la menor requería de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Norma Superior, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.”¹⁴⁰

¹³⁵ *Ibidem.*, folio 59.

¹³⁶ *Ibidem.*, folios 62 a 66.

¹³⁷ *Ibidem.*, folio 63.

¹³⁸ *Ibidem.*, folio 64.

¹³⁹ *Ibidem.*, folio 65.

¹⁴⁰ *Ibidem.*, folios 65 y 66.

(iii) “De la negativa a someter nuevamente a la menor a un interrogatorio en Cámara de Gesell - Estándar Bioético”¹⁴¹

Por otra parte, en este acápite, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dijo que “es consciente que los procesos por medio de los cuales se tramitan causas por delitos que atentan contra la libertad sexual de niños y niñas, son generadores de ciclos de re-victimización, en la medida en que se someta a los niños y niñas nuevamente, o por lo menos, en más de una ocasión, a tener que contarle o simplemente recordarlo, no se puede calcular la afectación psicológica, cuando son sometidos en varias oportunidades a que realicen una entrevista en la denominada Cámara de Gesell.”¹⁴²

Agregó que resulta necesario “consultar los principios bioéticos que permiten limitar y alinear la actividad Médica y Psicológica, determinando las fronteras entre las actividades clínicas y judiciales, y los valores humanos que caracterizan el Estado social, democrático y de derecho colombiano.”¹⁴³

El primer “paradigma” que expone es el de la dignidad de la menor víctima, que debe ser sujeto de protección y no objeto del proceso judicial, “ahora, siendo la actividad psicológica una de las denominadas ciencias de la salud, esta se encuentra reglada por los principios bioéticos que la encauzan como puede observarse en la Ley 1090 de 2006, Código Deontológico y Bioético Para el Ejercicio de la Profesión de la Psicología (...).”¹⁴⁴ Destacó algunos principios enunciados en el artículo 13 de esa norma (beneficencia, no-maleficencia, autonomía, justicia, veracidad, solidaridad, lealtad y fidelidad).

“Principios que cobran suprema importancia para que la Sala pueda ilustrar no solo jurídica, sino, desde el autorizado criterio nacional e internacional de la bioética, el motivo de su decisión. Para las circunstancias particulares, configura estándar obligatorio de análisis, el principio de la **NO — MALEFICENCIA**’ (...) // ‘El principio de no maleficencia afirma, esencialmente, la obligación de no hacer daño intencionalmente. (...)’.¹⁴⁵ // (...) Principio que en las actuales circunstancias no solamente goza de legalidad que le confiere la norma en cita, sino, también de la legitimidad constitucional que le atribuye el artículo 93 de la Carta, al incorporar los tratados y convenios internacionales de los que Colombia hace parte; tales artículos, hacen parte de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, del 19 de octubre de 2005, presentada en el marco de la (...) **UNESCO**, en cuyos artículos 3° y 4° desarrollan el principio de no - maleficencia (...)” (negrillas originales).¹⁴⁶ A partir de lo anterior, la Sala manifestó que:

¹⁴¹ *Ibidem.*, folios 66 a 75.

¹⁴² *Ibidem.*, folios 66 y 67.

¹⁴³ *Ibidem.*, folio 67.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Ibidem.*, folio 69. Nota al pie N° 56: “**FERRER José Jorge y ALVAREZ Juan Carlos**. Para fundamentar la bioética. Edit. Comillas Madrid. Pág. 130a 134” (negrillas originales).

¹⁴⁶ *Ibidem.*, folios 68 a 71.

“Así las cosas, teniéndose en cuenta que el sometimiento de la menor (...) a una nueva entrevista en Cámara de Gesell, conlleva a un proceso de re-victimización¹⁴⁷ que en mayor o menor escala puede generársele a la menor, entendiendo que constitucionalmente los derechos de los niños y niñas gozan de una protección constitucional reforzada, como se explicó ampliamente, y atendiendo a que la comunidad nacional e internacional restringen la actividad médica, psicológica, y demás ciencias de la salud, no solamente a través de criterios legales, sino, éticos, los cuales permiten responder al compromiso de mantener una moral pública, y en razón, a que en las presentes circunstancias no se observa una situación particular o excepcional que autorice el incumplimiento de principio de no — maleficencia, en favor y bienestar de la menor (...), la Sala considera que no resulta aceptable desde el punto de vista bioético, someter a la menor (...) a una nueva entrevista en la denominada Cámara de Gesell.

Concluye la Sala, que en el presente asunto, efectuada una valoración objetiva de las circunstancias fácticas y la condición particular de la menor (...), su intervención dentro del proceso penal puede resultar perjudicial y/o genere re-victimización, con lo cual, la protección especial a la menor deriva en la no práctica de su testimonio como prueba del ente acusador. En tal sentido, esta Corporación considera que, si bien el funcionario judicial goza de discrecionalidad para ordenar la recolección de elementos materiales probatorios de oficio, no puede decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente a la niña, víctima del hecho punible que se investiga. Recuérdese que otro operador judicial, la Juez 64 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, ya había advertido sobre esta circunstancia, al negar la solicitud de una nueva entrevista a la menor por parte de la Comisaria de Familia; se lee en el auto de fecha 9 de diciembre de 2015:

*(...) en audiencia preliminar, **en aras de proteger a la menor, se prohíbe recepcionar la entrevista ordenada por personal de la Universidad Nacional**. Se le ordenó a la Fiscal del caso que una vez cuente con la valoración de Medicina Legal, la ponga en conocimiento de la Comisaria de Familia No. 2 para los fines pertinentes.*

Teniendo en cuenta lo anterior, se le comunica al señor Comisario Segundo de Familia que **no es procedente autorizar una valoración psicológica a la menor (...)** ante el Psiquiatra y/o Psicólogo de la Universidad Nacional, por lo que en el caso de requerir elementos materiales probatorios para establecer lo que tiene que ver con el estado psicológico de la niña, podrá valerse de la Entrevista que está rindió ante la Psicóloga Dra. Galán y de la valoración que haga el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, documentos de los cuales correrá traslado la Fiscalía General de la Nación.

Igualmente, el concepto que emita el Instituto Nacional de Medicina Legal podrá trasladárselo al psiquiatra de la Universidad Nacional para que lo tenga en cuenta y emita su propio concepto del estado psicológico de la menor **sin necesidad de entrar a afectar los derechos de la niña en cuanto a volver a traer a su recuerdo**

¹⁴⁷ Ibidem., folio 71. Nota al pie N° 59: “Como consecuencia del delito la víctima entra en contacto con el sistema jurídico penal a fin de buscar justicia por la agresión de la que fue objeto; sin embargo en muchas ocasiones este encuentro con los servidores y operadores del sistema está cargado de un trato hostil, y la víctima termina padeciendo un sufrimiento mayor que el delito inicial, quedando expuesta a la revictimización por los profesionales que intervienen en el proceso. La revictimización desde el punto de vista de la psicología jurídica y de la victimología, es un fenómeno de creciente interés, por lo que estudiarlo y medirlo resulta de gran relevancia científica y social. En busca de instrumentos que nos permitan detectar y disminuir los procesos de revictimización en los espacios de atención a víctimas, se han diseñado instrumentos como la escala SAMANTO que mide actitudes revictimizantes de los operadores del sistema de justicia a fin de propender por un trato afable hacia la víctima y promover la denuncia para que los delitos no queden en la impunidad.” LA REVICTIMIZACION COMO CAUSAL DE SILENCIO DE LA VÍCTIMA.- Mantilla S. Rev. Ciencias Forenses Honduras. 2015; 1(2): 3-12. Julio 2015.”

hechos que están siendo objeto de una indagación. ' (...)'¹⁴⁸ (negritas del *Ad quem*, subrayas no originales).

Por otra parte, destacó que no podía pasarse por alto una circunstancia temporal, y es que *“en muchas ocasiones la ocurrencia de los hechos dista lejanamente en el tiempo del momento en que se decretan y practican las pruebas en el juicio oral. Lo que inevitablemente puede, no solo comprometer la veracidad del relato a cargo de una persona menor de edad presuntamente víctima o testigo, sino, que también puede ser un elemento de revictimización para el menor que recuerda sucesos pasados que ha olvidado o quisiera olvidar. // En efecto, la distancia entre la ocurrencia de los hechos, 14 de noviembre de 2014, y la audiencia de juicio oral puede afectar el medio probatorio como efecto del olvido o imprecisión fáctica a la que está sometida la memoria de la niña, la influencia que hasta la realización del juicio oral puedan ejercer personas cercanas, como es el caso de su progenitora, aspecto este que ha sido señalado en el informe de Medicina Legal*¹⁴⁹ (...).”¹⁵⁰

4.5. El 19 de mayo de 2019¹⁵¹, el Magistrado Camilo Montoya Reyes presentó salvamento a la decisión de segunda instancia.¹⁵² Por su parte, el 11 de julio de

¹⁴⁸ *Ibidem.*, folios 71 a 74.

¹⁴⁹ *Ibidem.*, folio 74. Nota al pie N° 60: *“La interacción entre la madre y la niña es de marcada ansiedad por la madre, quien intenta en el inicio de la entrevista mantenerla tranquila, quieta, ofreciéndole todo lo que la niña solicita (exige papeles, los raya, los rompe a pesar que son documentos que la madre requiere para otras diligencias). Su funcionamiento es de marcada quietud y su actitud es demandante: interrumpe la entrevista, pregunta constantemente a la madre y solicita salir al baño. (...) Sobre la figura materna, se evidencia a lo largo de las dos entrevistas, una tensión marcada en la niña frente al acompañamiento de la madre; en su presencia se muestra ansiosa e inquieta, logrando disminuir los niveles de ansiedad al separarse de ella. Esto informa de un vínculo amalgamado; la niña reacciona activamente al relato de la madre, el cual no aporta sin consideración a la presencia de la menor y haciendo alusión directa al conflicto que existe con el progenitor.”*

¹⁵⁰ *Ibidem.*, folio 74.

¹⁵¹ *Ibidem.*, folios 92 a 104.

¹⁵² La decisión de segunda instancia, en lugar de proteger los derechos de la menor, imposibilita al juez valorar *“si es probable que la niña pueda guardar un recuerdo objetivo o no de lo que en realidad sucedió”*. Es más, no evidenció que las actuaciones constituyeran un defecto fáctico o sustantivo.

Resaltó que el Juzgado accionado decretó su testimonio adoptando medidas para garantizar sus derechos, como lo fue que la práctica se realizara en la Cámara de Gesell, que el interrogatorio fuera conocido de manera anticipada por el abogado de la defensa, el representante de víctimas y el respectivo psicólogo. La decisión judicial atacada tampoco vulneraba los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del accionante, pues este pudo controvertirla, además de que se pondría en su conocimiento el cuestionario con las preguntas, y podría ejercer su derecho de contradicción. Llamó la atención en que él podría tener interés en evitar la práctica de la declaración de su principal testigo, víctima de las conductas objeto de juzgamiento que se le han atribuido. Por otra parte, destacó que el argumento de la mayoría no atiende ni a la dogmática procesal vigente ni a la realidad procesal, en la medida en que el juez penal no está facultado para decretar pruebas de oficio en el proceso penal mixto con tendencia acusatorio.

Sumado a esto, indicó que afirmar la supuesta revictimización de la menor inobservó las características del caso en concreto, por cuanto la posibilidad de una eventual revictimización no puede ser generalizada ni categorizada como absoluta sino que depende de un examen particular de cada caso, desconociendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-177 de 2014), la cual ha determinado que *“la prueba de referencia tenía cabida excepcionalmente, en aquellos casos en los que no hubiera una plena disposición del declarante por motivos insuperables y atendiendo a casos de extrema necesidad”*, situación que no se demostró a cabalidad en el presente caso. Enfatizó que haber descalificado la práctica de la prueba como arbitraria, solo por el hecho de que la niña tiene siete años y medio -en realidad ocho- y que por ello no podría guardar un recuerdo objetivo de lo ocurrido, cuando tenía tres años y medio, implicó desconocer la realización del examen previo de las especiales circunstancias que rodean la práctica del testimonio directo en el juicio.

Así, la concesión del amparo implica una generalización poco conveniente en la práctica judicial penal, pues resultaría procedente aplicarla a todo niño, niña o adolescente de un delito sexual a quien se le reciba declaración en el juicio oral, si previamente rindió entrevista.

2019¹⁵³ el Magistrado Pedro Alonso Sanabria Buitrago radicó aclaración de voto.¹⁵⁴

5. Trámite de selección

5.1. Mediante oficio de 15 de julio de 2019¹⁵⁵, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura remitió el expediente a la Corte Constitucional, el cual fue recibido el día siguiente por la Secretaría General de la Corporación.

5.2. El 20 de agosto de 2019 se presentaron tres escritos solicitando la selección del caso.

5.2.1. El apoderado de la víctima dentro del proceso penal¹⁵⁶ reiteró varios de los argumentos expuestos a lo largo del trámite de tutela. Llamó la atención sobre el “extraño trámite de la acción de tutela”, en la medida que antes se había presentado una acción de tutela sobre el mismo asunto, la cual fue remitida -por competencia- por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (de hecho, por quien terminó siendo ponente de la sentencia de tutela de segunda instancia) al Tribunal Superior de Bogotá, que decidió admitirla. No obstante, resaltó que en esa etapa del trámite Joaquín “*voluntariamente decidió retirarla del Tribunal.*”¹⁵⁷ A pesar de ello, el accionante volvió a presentar la demanda ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, donde se asumió la competencia sobre el asunto, surtiendo el trámite en dos instancias (ver *supra*, antecedentes N° 3 y 4).

Por otra parte, advirtió que la decisión del *Ad quem* es contraria a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En particular, porque -de acuerdo con la Sentencia T-116 de 2017- “[d]ecretar como prueba el testimonio de un menor de edad víctima de un delito de ninguna manera se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico.”¹⁵⁸ Lo que se establece es que la práctica de dicha prueba se encuentra condicionada, lo cual fue señalado por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá. “*En cambio, vía acción de tutela contra providencia judicial, lo que hace la Sala mayoritaria del Consejo Superior de la Judicatura es prohibir el testimonio en juicio oral de la víctima directa del delito a solicitud del acusado.*”¹⁵⁹

5.2.2. En similar sentido se manifestó el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo¹⁶⁰, “*al considerar necesaria y*

¹⁵³ *Ibidem.*, folios 117 a 124.

¹⁵⁴ Refirió que la decisión debió especificar el alcance del medio de prueba, atendiendo aspectos de revictimización y eficacia probatoria. Resaltó que, en virtud del principio *pro infans*, la justicia ordinaria penal debe proteger a la víctima de la conducta punible, por lo que el decreto probatorio desconoció la posibilidad de incorporar la prueba anticipada, que evita su revictimización y asegura la prueba. Concluyó que el testimonio se debe entender como una práctica condicionada pero no prohibida, pero siempre examinando otras herramientas legales que eviten la revictimización.

¹⁵⁵ Cuaderno de revisión, folio 1.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, folios 2 a 17.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, folio 6.

¹⁵⁸ *Ibidem.*, folio 10.

¹⁵⁹ *Ibidem.*, folio 11.

¹⁶⁰ *Ibidem.*, folios 18 a 35.

*justa la práctica del testimonio de la menor (...) en el proceso (...). Ello, en atención tanto a las irregularidades presentadas en el reparto de la acción de tutela que son indicativos de actos de corrupción o manipulación de la administración de justicia, así como una necesidad de protección el (sic) derecho a la menor de verdad y justicia en el marco de la protección especial que le otorga la Constitución Política y las garantías fundamentales del proceso penal en Colombia.”*¹⁶¹ Esto último, porque “[a]nte un delito de puerta cerrada, el testimonio del sujeto pasivo, real y convincente es necesario para que se esclarezcan los hechos y ello le otorgue al juez un grado de convencimiento suficiente para poder dictar sentencia -ya sea condenatoria o absolutoria- pero que obedezca a lo sucedido sin manipulaciones ni dudas razonables.”¹⁶² Al respecto, indicó que las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral son útiles para la estructuración de la hipótesis más no para su demostración.

Añadió que *“si bien es claro que debe evitarse al máximo la exposición del menor a lo que significa una entrevista forense o testimonio dentro de un proceso penal, especialmente tratando con posibles víctimas de delitos sexuales, cada caso debe analizarse de manera particular en aras de garantizar que la decisión tomada se convierta en la materialización de los derechos fundamentales del menor.”*¹⁶³

Termina su intervención con la siguiente pregunta: *“¿por qué la defensa del procesado y el procesado, quienes sostienen que éste es inocente, buscarían impedir la declaración de la menor, quien es quien podría aseverar ante la administración de justicia que los hechos objeto de imputación no ocurrieron?”*¹⁶⁴

5.2.3. Una ciudadana que se identificó como *“Defensora de los derechos de nuestros niños”* y *“Promotora de la prisión perpetua para violadores y asesinos de niños”* solicitó la selección del caso, porque *“el primer derecho que tiene toda víctima de un delito, con mayor razón si se trata de menores de edad, es el ser oídos y tener la posibilidad de declarar ante las autoridades competentes, con cumplimiento de las reglas que se impongan para proteger sus derechos fundamentales y evitar su doble victimización.”*¹⁶⁵

5.3. A través de Auto de 29 de agosto de 2019, la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho¹⁶⁶ escogió el expediente para su revisión.¹⁶⁷

6. Actuaciones en sede de revisión

¹⁶¹ *Ibidem.*, folios 26 y 27.

¹⁶² *Ibidem.*, folio 29.

¹⁶³ *Ibidem.*, folio 34.

¹⁶⁴ *Ibidem.*, folio 35.

¹⁶⁵ *Ibidem.*, folios 43 y 44.

¹⁶⁶ Conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁶⁷ Cuaderno de revisión, folios 45 a 57. En los términos del artículo 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, la Sala tuvo en cuenta un criterio de selección objetivo (exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental) y otro complementario (lucha contra la corrupción).

Intervenciones

6.1. El 27 de septiembre de 2019, *Joaquín* solicitó copia de los tres escritos presentados en el trámite de selección.¹⁶⁸ Esa solicitud fue aceptada mediante Auto de 16 de octubre de 2019.¹⁶⁹

6.2. El 29 de octubre de 2019¹⁷⁰, *Joaquín* radicó un escrito reiterando varios de los argumentos expuestos en el trámite de tutela. Además, explicó las razones por las cuales radicó una segunda acción de tutela ante el Consejo Superior de la Judicatura. En concreto, refirió que la primera acción de tutela fue presentada a través de apoderado¹⁷¹, quien decidió retirarla porque no le pagaron sus honorarios (adjuntó un cruce de correos electrónicos en los que consta eso¹⁷²). Por lo tanto, afirma que decidió presentar nuevamente la acción de tutela por sí mismo para proteger los derechos fundamentales de su hija. Adicionalmente, adjunto copia de un concepto técnico psicoforense realizado por un profesional diferente a los ya mencionados (con fecha de 8 de mayo de 2018).

6.3. El 31 de octubre de 2019¹⁷³, *Joaquín* presentó otro escrito con el propósito de adjuntar más documentos, varios de los cuales ya estaban en el expediente de tutela. Adicionalmente, solicitó a los “*Magistrados (...) que se cite a cualquier institución del Estado experta en el asunto que consideren conveniente y se les pregunte sobre el daño emocional que mi hija puede estar sufriendo y se corrobore si en efecto las recomendaciones del Instituto de Medicina legal (sic) y Ciencias Forenses son válidas y tienen sustento. // Solicito también de la manera más respetuosa que nos hagan tanto a [Gabriela] como a mí, evaluaciones psiquiátricas como las que recomendó Medicina Legal en su informe y nunca se lograron realizar porque la señora (...) no se presentó*”.¹⁷⁴

Primera solicitud de información

6.4. Mediante Auto de 6 de noviembre de 2019¹⁷⁵, la suscrita magistrada requirió información a (i) la Comisaría Segunda de Familia de Bogotá, al apoderado de la víctima dentro del proceso penal y a *Joaquín*¹⁷⁶, y (ii) al Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.¹⁷⁷ Asimismo, dispuso poner a disposición de las partes o terceros con interés en el proceso la

¹⁶⁸ *Ibidem.*, folio 61.

¹⁶⁹ *Ibidem.*, folio 65.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, folios 67 a 137.

¹⁷¹ *Ibidem.*, folio 74.

¹⁷² *Ibidem.*, folio 78.

¹⁷³ *Ibidem.*, folios 139 a 244.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, folio 142.

¹⁷⁵ *Ibidem.*, folio 248.

¹⁷⁶ Para que informaran si él aún tenía la patria potestad de *Ángela* (i.e. si no había acaecido su suspensión o su pérdida).

¹⁷⁷ Para que (i) remitiera una copia del proceso penal adelantado contra *Joaquín*; (ii) indicara las razones que se tuvieron en cuenta para decretar como medio de prueba el testimonio de *Ángela*; (iii) señalara qué medidas ha adoptado en el trámite del proceso frente al referido testimonio (v.gr. si está previsto practicarlo en la audiencia de juicio oral), teniendo en cuenta que la acción de tutela objeto de análisis se encuentra en sede de revisión; (iv) informara el estado del proceso (en particular, las fechas previstas o estimadas para la realización y culminación de la audiencia de juicio oral); y (v) explicara la metodología y recursos que se utilizan para realizar la prueba testimonial de una menor de edad.

documentación que se allegue en virtud del requerimiento probatorio realizado, en los términos del artículo 64 del Reglamento Interno de esta Corporación.

6.4.1. El 12 de noviembre de 2019¹⁷⁸, la Comisaría Segunda de Familia de Bogotá informó que el 23 de febrero de 2016 adoptó como medida de restablecimiento de derechos en favor de *Ángela*, suspender las visitas por parte de *Joaquín* hasta que se resuelva el proceso penal, decisión que fue homologada el 1 de agosto de 2016 por el Juzgado Treinta de Familia. Además, sostuvo que desconoce si a la fecha a *Joaquín* “*le ha sido declarada la pérdida o suspensión de la patria potestad*”.¹⁷⁹

6.4.2. El 12 de noviembre de 2019¹⁸⁰, el apoderado de la víctima dentro del proceso penal señaló que *Joaquín* “*no tiene desde hace tiempo la patria potestad sobre su hija (...), debido a que le fue SUSPENDIDA en providencia judicial debidamente ejecutoriada con fecha de 12 de febrero del 2018. La sentencia fue proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, dentro del proceso de divorcio instaurado por la señora*”¹⁸¹ *Gabriela*, en quien quedó radicada -única y exclusivamente- la misma. Agregó que “[f]rente a la sentencia del Juzgado del 12 de febrero del 2018, la representación de [*Joaquín*] no interpuso en término ningún recurso ordinario. Vencidos los términos legales, se instauró acción de tutela con el propósito de reabrir la discusión. En sentencias proferidas por las Salas de Casación Civil¹⁸² y Casación Laboral¹⁸³ de la Corte Suprema de Justicia, la acción constitucional le fue negada. Por consiguiente, [*Joaquín*] no está habilitado desde las fechas mencionadas para presentar la acción de tutela de la referencia a nombre de su hija, al no tener la patria potestad que le fue suspendida mediante providencia judicial ejecutoriada.”¹⁸⁴

Por otro lado, mencionó que el “proceso penal se encuentra en este momento en desarrollo de la práctica probatoria del juicio oral. A la fecha de la presentación de este escrito la Fiscalía General de la Nación ya terminó la presentación de sus testigos (excepto la declaración de la víctima menor de edad), y se ha iniciado la presentación de los testigos de la defensa. La siguiente sesión de juicio oral, en la que continuará la práctica probatoria, está programada para el próximo 7 de febrero del año 2020.”¹⁸⁵

Adicional a ello, adjuntó (i) copia de un oficio de 22 de mayo de 2019 del Juzgado Primero de Familia de Bogotá dirigido a la Notaría Veinte del Círculo

¹⁷⁸ Cuaderno de revisión, folio 256.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, folios 257 a 261.

¹⁸¹ *Ibidem.*, folio 257.

¹⁸² Se adjuntó una copia simple de la sentencia de tutela de primera instancia de 17 de octubre de 2018 (*ibidem.*, folios 262 a 266), en la que se negó la pretensión de *Joaquín*, de permitirle apelar la decisión de primera instancia del juez de familia, porque “no es aceptable estructurar una vía de hecho por no concederse la alzada contra el simple anuncio del sentido del fallo, pues la sentencia que desató la primera instancia en el juicio de familia fue dictada por escrito y debía impugnarse en la oportunidad señalada en el inciso 2° del numeral 1° del artículo 322 del Código General del Proceso, esto es, «en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estados»” (*ibidem.*, folio 265).

¹⁸³ Se adjuntó una copia simple de la sentencia de tutela de segunda instancia de 28 de noviembre de 2018 (*ibidem.*, folios 267 a 273), en la que se confirmó la decisión de primera instancia.

¹⁸⁴ *Ibidem.*, folios 258 y 259.

¹⁸⁵ *Ibidem.*, folio 261.

de Bogotá¹⁸⁶, comunicándole que “*mediante providencia de fecha Doce De Febrero del año Dos Mil Dieciocho, dictada dentro del proceso de la referencia y la cual se encuentra debidamente notificada, ejecutoriada, y en firme la cual fue confirmada por el HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. —SALA DE FAMILIA mediante fecha Dos De Abril Del Dos Mil Diecinueve RESOLVIO SUSPENDER DE LOS DERECHOS DE PATRIA POTESTAD al señor [Joaquín] (...) sobre su menor hija (...) la cual radicarán única y exclusivamente en cabeza de la señora [Gabriela] (...).* // Para que se sirva hacer la inscripción respectiva en el Registro Civil de nacimiento de la menor (...); y (ii) una copia del registro civil de nacimiento de Ángela¹⁸⁷, en donde consta una anotación con la anterior información, registrada el 1 de junio de 2019.

6.4.3. El 13 de noviembre de 2019¹⁸⁸, Joaquín presentó un documento expresando que instauró la acción de tutela el 25 de febrero de 2019, y para ese momento no tenía suspendida la patria potestad, pues esa determinación la adoptó con posterioridad “*el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su sala de Familia (...) hasta que culmine el proceso penal que cursa en mi contra ante el juzgado 48 Penal del Circuito de la ciudad de Bogotá. (...) Como se puede observar para la fecha en que se presentó la presente acción de tutela y que hoy es objeto de revisión, esto es, hace más de un año, no existía pronunciamiento alguno frente a la suspensión o pérdida de la patria potestad y por consiguiente es absolutamente claro que estaba debidamente legitimado para ejercer el derecho e iniciar la acción de tutela en busca de salvaguardar los derechos de mi hija.*”¹⁸⁹

6.4.4. El 13 de noviembre de 2019¹⁹⁰, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá anexó copia del escrito de acusación y de las actas de las audiencias realizadas, así como de los registros de audios de estas. Además de referirse a lo sucedido en la audiencia preparatoria aclaró que el juicio oral “*fue instalado atendiendo que la orden de tutela objeto de revisión no indicaba nada referente a la suspensión de dicho trámite, tan solo que no debería practicar el testimonio de [Ángela].*”¹⁹¹ Por ende, no tiene previsto escuchar ese testimonio.

Enunció que el juicio oral se instaló el 27 de mayo de 2019, donde la Fiscalía y la Defensa presentaron su teoría del caso. Además, ya se practicaron algunos testimonios de la Fiscalía (el 27 y 31 de mayo, el 25 de julio, el 1 y 15 de agosto, el 30 de septiembre, y el 8 y 18 de octubre) y algunos de la Defensa (8 y 25 de octubre). Asimismo, señaló que “[P]ara continuar con las pruebas de la defensa se tienen programadas como fechas el 7 de febrero entre las de 2 y 5 pm, el 3 de marzo de 8 am a 5 pm, el 12 de marzo de 8 am a 12 m, y el día 2 de abril de

¹⁸⁶ *Ibidem.*, folio 275.

¹⁸⁷ *Ibidem.*, folio 276.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, folios 277 a 279.

¹⁸⁹ *Ibidem.*, folio 277.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, folios 284 a 286.

¹⁹¹ *Ibidem.*, folio 284.

2020 entre las 8 de la mañana y 5 de la tarde se tiene planeado escuchar los alegatos de conclusión y emitir un sentido de fallo.”¹⁹²

Adicionalmente advirtió que el testimonio de Ángela, “en caso de ordenarse sea recibido en el juicio oral, se practicaría en cámara gesell (sic), en compañía de psicóloga y defensor de familia de ICBF, como lo ordena la Ley de Infancia y adolescencia, así mismo, previo cuestionario presentado por la fiscalía. Instrucciones que conocen las partes en tanto así fue expresado en audiencia preparatoria en el momento de resolver sobre la prueba.”¹⁹³

6.4.5. El 19 de noviembre de 2019¹⁹⁴, el apoderado de Gabriela en el marco del proceso de divorcio adelantado contra Joaquín, intervino como “tercero interesado en el asunto” (por haber actuado en el proceso de divorcio que dio lugar a la suspensión de la patria potestad del accionante) para informar que no es cierto que la suspensión “haya sido pronunciada por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, toda vez que, dicha decisión, fue proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, mediante sentencia escrita de 12 de Febrero de 2018, que quedó debidamente ejecutoriada en relación con el mencionado señor, al no haber sido apelada oportunamente por su apoderada, quien dejó vencer el término que tenía para ello, quedando así en firme dicha providencia, tal como lo advirtieron tanto la Sala de Casación Civil como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las decisiones de la acción de tutela presentada por él y que le fuera negada por dichas autoridades. // Por consiguiente, la suspensión de la patria potestad al señor Pardo rige para él desde la ejecutoria de dicha sentencia y, por tanto, desde esa misma fecha, el accionante no estaba habilitado para presentar la acción de tutela que promovió posteriormente ante el Consejo Superior de la Judicatura, incluso por segunda vez.”¹⁹⁵

6.4.6. El 20 de noviembre de 2019¹⁹⁶, Joaquín volvió a intervenir para precisar que “[e]l Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su Sala de Familia CON FECHA DOS DE ABRIL DEL DOS MIL DIECINUEVE dejó en FIRME y EJECUTORIADA la sentencia del Juez Primero de Familia del 12 de febrero del 2018 que decidió suspenderme temporalmente la patria potestad hasta que culmine el proceso penal que cursa en mi contra ante el Juzgado 48 Penal del Circuito de la ciudad de Bogotá (ver oficio No. 1130, mayo 22/19 de Notaría Veinte de Bogotá (...)). // Como se puede observar, para la fecha en que se presentó la presente acción de tutela y que hoy es objeto de revisión, no existía pronunciamiento alguno, DEFINITIVO o EN FIRME, frente a la suspensión o pérdida de la patria potestad y por consiguiente es absolutamente claro que estaba debidamente legitimado para ejercer el derecho e iniciar la acción de tutela en busca de salvaguardar los derechos de mi hija.”¹⁹⁷

Segunda solicitud de información

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Ibidem., folios 287 y 288.

¹⁹⁵ Ibidem., folio 287.

¹⁹⁶ Ibidem., folios 289 a 291.

¹⁹⁷ Ibidem., folio 289.

6.5. Mediante Auto de 26 de noviembre de 2019¹⁹⁸, se requirió al Juzgado Primero de Familia de Bogotá y a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que remitieran copias de las sentencias proferidas -respectivamente- el 12 de febrero de 2018 y el 2 de abril de 2019 en el marco del proceso adelantado por *Gabriela* contra *Joaquín*.

Al momento de presentar el proyecto de fallo a la Sala de Revisión¹⁹⁹, esa información no había sido allegada.

6.6. El 26 de noviembre de 2019²⁰⁰, el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, en calidad de interviniente, solicitó copias de los escritos radicados en revisión desde el 28 de octubre de 2019. Esa solicitud fue aceptada mediante Auto de 28 de octubre de 2019.²⁰¹

6.7. El 29 de noviembre de 2019²⁰², *Joaquín* presentó un documento denominado “alegatos de conclusión”, en donde reiteró varios de los argumentos expuestos en el trámite de tutela. Además, realizó una presentación general del caso, donde indicó que *“la problemática de la que trata este proceso es de vieja data: la instrumentalización y manipulación de los hijos, en particular, su utilización como herramienta de venganza y de lucro personal en escenarios de ruptura o de conflicto entre parejas (...). La presente acción de tutela trata sobre uno de los mecanismos más utilizados en este contexto: las falsas denuncias de abuso sexual de los hijos.”*²⁰³ Recalcó que la acción de tutela presentada tiene por objetivo proteger a su hija e impedir que *“siga siendo utilizada por su progenitora y por su círculo familiar para materializar la estrategia de persecución que han venido adelantando en [su] contra desde [la] ruptura matrimonial. Se trata del último recurso de mi ex esposa que pretende usar para intentar que declare mi culpabilidad, en la medida en que el testimonio (sic) que ya fue rendido por mi hija en el marco del proceso penal demuestra de manera inequívoca mi inocencia, pues en éste mi hija dejó claro que yo no cometí actos abusivos en contra de ella, y que fue la señora [Gabriela] la que le informó sobre unos hechos que ella misma no recuerda (...). Así pues, la presente solicitud pretende evitar que la instrumentalización de mi hija se consume definitivamente, no solo porque esta por sí sola resulta lesiva de su dignidad y de sus derechos, sino también porque este nuevo testimonio, en las condiciones descritas, sólo puede tener como efecto alejar al juez penal del conocimiento de la verdad, verdad sin la cual se profundiza aún más la vulneración de los derechos de [Ángela]”*.²⁰⁴

Adicionalmente, solicitó la práctica -como pruebas- del testimonio de cinco peritos, *“involucrados en el material probatorio solicitado (...), quienes han realizado las respectivas recomendaciones que dieron motivo a la presente*

¹⁹⁸ *Ibidem.*, folios 301 y 302.

¹⁹⁹ 6 de diciembre de 2019. *Ibidem.*, folios 322 y 323.

²⁰⁰ *Ibidem.*, folio 293.

²⁰¹ *Ibidem.*, folio 294.

²⁰² *Ibidem.*, folios 305 a 321.

²⁰³ *Ibidem.*, folios 306.

²⁰⁴ *Ibidem.*, folios 307.

acción de tutela”.²⁰⁵

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de las decisiones judiciales materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto de 29 de agosto de 2019, expedido por la Sala de Selección Número Ocho de esta Corporación, que decidió seleccionar para su revisión la acción de tutela instaurada por *Joaquín* contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

2. Planteamiento del problema jurídico, metodología y estructura de la decisión

En relación con lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión debe determinar, en primer lugar, si concurren los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Si se supera ese análisis, la Sala deberá resolver si el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá incurrió en los defectos *sustantivo* y *fáctico* al decretar como medio de prueba el testimonio de *Ángela* en el marco del proceso penal adelantado contra *Joaquín*.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

3.1. De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, los requisitos de procedencia son los de (i) *legitimación por activa*: la acción de tutela puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre²⁰⁶; (ii) *legitimación por pasiva*: el amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de particulares cuando, entre otras, exista una relación de subordinación²⁰⁷; (iii) *inmediatez*: no puede transcurrir un tiempo excesivo,

²⁰⁵ *Ibidem.*, folios 321.

²⁰⁶ Según el artículo 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, este requisito se satisface cuando la acción es ejercida (i) directamente, esto es, por el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe tener la condición de abogado titulado, debiendo anexarse a la demanda el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; (iv) por medio de agente oficioso; o (v) por parte del Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Ver sentencias T-493 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-194 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 2.2.3.; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4; T-031 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 2.1.1.; y T-036 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.1.1.

²⁰⁷ Específicamente, la Corte ha señalado que la procedencia contra particulares se da cuando estos -de acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991- prestan servicios públicos, o cuando existe una relación -del accionante frente al accionado- de *indefensión* (concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra) o *subordinación* (entendida como la existencia de una relación jurídica de dependencia, como la que se presenta entre los trabajadores frente a sus empleadores).

irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo²⁰⁸; y (iv) *subsidiariedad*: la acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan idóneos o eficaces para el caso concreto²⁰⁹ o, cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio.²¹⁰

Ahora bien, tratándose de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, con la Sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional sintetizó las causales generales de procedencia, indicando que “la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.”²¹¹ Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte Constitucional en numerosas ocasiones.²¹²

3.1.1. Señaló que son *requisitos generales de procedencia*: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de

Ver Sentencias T-1015 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3; T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 7; T-029 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5; T-626 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.1.5; T-678 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 4; y T-430 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 8.1.

²⁰⁸ Sentencias T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 19; SU-189 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 2; T-374 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4.1.3; T-246 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez, fundamento jurídico N° 2.3.; T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 27; SU-391 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 62; SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 11; SU-049 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.4.; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 4.4.

²⁰⁹ La *idoneidad* se refiere a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho, mientras que la *eficacia* hace alusión al hecho que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado. Ver sentencias T-798 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4; SU-772 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 5.2.; y T-161 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 3.3.1.

²¹⁰ La jurisprudencia constitucional ha fijado los siguientes elementos para considerar cuándo se está ante la posible configuración de un perjuicio irremediable: (i) que se esté ante un perjuicio *inminente* o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser *grave*, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas *urgentes* para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser *impostergables*, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable. Ver sentencias T-235 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 1.2; T-627 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 6.2.1.5; T-549 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.1; T-209 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 5; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 4.3.

²¹¹ Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico N° 23.

²¹² Ver, entre otras, sentencias SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 10.2.; SU-913 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 7; SU-448 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 3; SU-399 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 3; SU-353 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamentos jurídicos N° 2 y 3; y SU-501 de 2015. M.P. (e) Myriam Ávila Roldán, fundamento jurídico N° 3.

un perjuicio *iusfundamental* irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, la misma debe tener un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial -siempre que esto hubiere sido posible-; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela²¹³, de constitucionalidad de la Corte Constitucional ni de decisiones del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad por inconstitucionalidad.²¹⁴

3.1.2. En relación con los *requisitos específicos de procedibilidad*, indicó que “*para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. (...) [P]ara que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos (...).*”²¹⁵

Dentro de los mencionados requisitos específicos se encuentran (i) el defecto orgánico; (ii) el defecto procedimental; (iii) el defecto fáctico; (iv) el defecto material o sustantivo; (v) el error inducido; (vi) la decisión sin motivación; (vii) el desconocimiento del precedente; y (viii) la violación directa de la Constitución.

3.2. Considerando que el asunto bajo estudio plantea la posible ocurrencia de los defectos *sustantivo* y *fáctico*, la Sala Segunda de Revisión profundizará en el desarrollo jurisprudencial que al respecto ha realizado la Corte Constitucional.

3.2.1. Respecto del **defecto sustantivo**, la Corte ha establecido que se trata de un yerro producto de la irregular interpretación o aplicación de normas jurídicas a un caso sometido a conocimiento del juez.²¹⁶ Si bien las autoridades judiciales son autónomas e independientes para establecer cuál es la norma que fundamenta la solución del caso puesto bajo su conocimiento -y para interpretarlas y aplicarlas-, estas facultades no son absolutas, por lo que excepcionalmente el juez de tutela debe intervenir para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y de la Constitución²¹⁷, sin que ello implique señalar la interpretación correcta o conveniente en un caso específico por encima del juez natural.²¹⁸

²¹³ Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico N° 24.

²¹⁴ Sentencias SU-391 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 83; y T-221 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.1.1.

²¹⁵ Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico N° 25.

²¹⁶ Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5; T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.1.; y SU-238 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.

²¹⁷ Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.3.1.; T-123 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 17; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 5.4.

²¹⁸ Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5; y T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.1.

La Corte ha indicado que este defecto se presenta de diferentes maneras, como cuando:

(i) La decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador.

(ii) A pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial.

(iii) No se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos *erga omnes*.

(iv) La disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución.

(v) Un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”.

(vi) La decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso.

(vii) Se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto.²¹⁹

En ese sentido, se tiene que no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, solo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas, de lo contrario no sería procedente la acción de tutela.²²⁰ Por tanto, se debe tratar de una irregularidad de tal entidad que haya llevado a proferir una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales.²²¹ De esta manera, se ha señalado que pueden existir vías jurídicas distintas para resolver

²¹⁹ Sentencias SU-399 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 4; SU-400 de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango, fundamento jurídico N° 6.1.; SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5; y SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.2.

²²⁰ Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.3.1.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 5.4.

²²¹ Sentencias SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 8; SU-432 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 89; y SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.1.

un caso concreto, admisibles en la medida que sean compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales.²²²

3.2.2. Por otra parte, la Corte ha indicado que el **defecto fáctico** se configura cuando el apoyo probatorio en el cual se basa el juzgador para resolver un caso es absolutamente inadecuado.²²³ Así, si bien la valoración de las pruebas corresponde al juez, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia judicial, de su papel como director del proceso, de los principios de inmediación y de apreciación racional de la prueba, este amplio margen de evaluación está sujeto a la Constitución y a la ley.²²⁴ Por esa razón, debe realizarse conforme a unos criterios objetivos, racionales y rigurosos²²⁵, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los parámetros de la lógica, de la ciencia y de la experiencia.²²⁶

A partir de lo anterior, en la práctica judicial la Corte ha encontrado tres hipótesis en las cuales se configura el defecto fáctico: (i) cuando existe una omisión en el decreto y en la práctica de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) cuando se hace una valoración defectuosa o contraevidente de las pruebas existentes; y (iii) cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio.²²⁷

Estas hipótesis pueden configurarse por conductas omisivas o activas, dando lugar a las dos dimensiones del defecto fáctico, la negativa (u “omisiva”) y la positiva (o “por acción”).²²⁸ La primera se presenta cuando el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece en el proceso, sea porque (i) niega, ignora o no valora las pruebas solicitadas; o (ii) a pesar de poder decretar la prueba, no lo hace por razones injustificadas. La segunda se presenta cuando, a pesar de que la prueba sí obra en el proceso, el juez (i) hace una errónea interpretación de ella, al atribuirle la capacidad de probar un hecho que no aparece en el proceso o al estudiarla de manera incompleta; (ii) valora pruebas ineptas o ilegales; o (iii) valora pruebas indebidamente practicadas o recaudadas.²²⁹

No obstante, no se trata de cualquier yerro, por cuanto éste debe satisfacer los requisitos de (i) *irrazonabilidad*, que quiere decir que el error debe ser ostensible, flagrante y manifiesto; y (ii) *trascendencia*, que implica que el error alegado debe tener ‘incidencia directa’, ‘trascendencia fundamental’ o

²²² Sentencias SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.4.; T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.1.; y T-416 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.2.

²²³ Sentencias SU-195 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 4.4.2.; SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 4; y SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5.4.1.

²²⁴ Sentencias SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5.4.1.; y T-625 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 38.

²²⁵ Sentencias SU-074 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.2.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 5.3.

²²⁶ Sentencias T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.5; y SU-770 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5.2.5.

²²⁷ Sentencias SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5.4.2.; y T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 17.

²²⁸ Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 4; y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6.2.

²²⁹ Sentencias T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.5.; y SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5.4.2.

‘repercusión sustancial’ en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta.²³⁰ De esta manera, se tiene que las divergencias subjetivas de la apreciación probatoria no configuran un defecto fáctico.²³¹

Esto es así, porque frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez natural debe determinar, conforme con los criterios señalados, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto.²³² En consecuencia, el juez de tutela debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial²³³, por lo que debe considerar que, en principio, la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural es razonable y legítima.²³⁴

En ese sentido, el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto²³⁵, por lo que su intervención debe ser de carácter extremadamente reducido.²³⁶ Lo anterior, en la medida en que el juez constitucional no puede percibir como fuente directa los elementos probatorios tanto como el juez ordinario en ejercicio del principio de inmediación probatoria.²³⁷

3.3. Vistas las consideraciones sobre los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, y los generales y específicos de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales -en particular sobre los defectos *sustantivo y fáctico*-, la Sala Segunda de Revisión pasa a analizar si en el caso concreto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

4. Se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva y los generales de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

Como cuestión previa, frente a algunas objeciones sobre la competencia de los jueces de instancia (ver *supra*, antecedentes N° 3.2.1., 3.2.2. y 3.4.2.), es necesario mencionar que las disposiciones contenidas en el Decreto 1069 de

²³⁰ Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.2.1.1.; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.2.2.; SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5.4.1.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 5.3.

²³¹ Sentencia T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.2.1.3.

²³² Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.2.2.; y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6.2.

²³³ Sentencia T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 16.

²³⁴ Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.2.2.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 5.3.

²³⁵ Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 4; y T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 17.

²³⁶ Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.2.2.; y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6.2.

²³⁷ Sentencias T-214 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 2.4.; T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.2.1.2.; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.2.2.; T-265 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 2.3.5.5.; SU-448 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 3.2.5.; T-625 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 39; T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.3.; y T-221 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.

2015²³⁸, modificado por el Decreto 1983 de 2017²³⁹, de ninguna manera constituyen reglas de competencia de los despachos judiciales, sino únicamente pautas de reparto de las acciones de tutela.²⁴⁰

En relación con esto, también se cuestionó (ver *supra*, antecedentes N° 3.2.2., 3.3.3., 5.2.1. y 5.2.2.) que, luego de retirar una primera acción de tutela (presentada ante el Consejo Superior de la Judicatura, pero que terminó siendo remitida a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá), Joaquín decidiera presentar nuevamente la acción de tutela ante el Consejo Superior de la Judicatura. Lo cierto es que no hay elementos para concluir que se trató de un acto de corrupción, tal como lo planteó el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo (ver *supra*, fundamento jurídico N° 5.2.2.).

En primer lugar, hay que tener en cuenta que Joaquín explicó que eso se debió a un problema con los honorarios del abogado que presentó la primera acción de tutela (ver *supra*, antecedente N° 6.2.). Por otra parte, si bien el principio *fraus omnia corrumpit* (el fraude lo vicia todo) permite reponer una situación jurídica al estado anterior al fraude, revocando los actos posteriores derivados del mismo, esa circunstancia debe estar debidamente acreditada pues implica desvirtuar -entre otros- un principio rector del ordenamiento jurídico como la buena fe.²⁴¹

Ahora bien, en relación con los requisitos de legitimación por activa y por pasiva y los *generales* de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala encuentra que, en el presente caso, la acción de tutela instaurada por Joaquín los cumple.

4.1. Sobre la *legitimación por activa* se deben resolver dos cuestiones: (i) si se presenta un conflicto de intereses que conlleve al no cumplimiento del requisito, dado que el accionante -quien actúa a nombre propio y también en representación de su hija- es al mismo tiempo el denunciado penalmente por -supuestamente- haber cometido “*el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo*” en contra de ella (ver *supra*, antecedente N° 1.14.); y (ii) si Joaquín se encontraba habilitado para presentar la acción de tutela en favor Ángela, de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

²³⁸ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.

²³⁹ “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.”.

²⁴⁰ Autos A-043 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 4 y A-600 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 4.

²⁴¹ La Corte Constitucional ha indicado que dicho concepto pasó de ser un principio general del derecho a convertirse en una norma de carácter constitucional con la Carta de 1991, pues el artículo 83 *ejusdem* expresamente establece que “[L]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.” (Énfasis añadido). Ver -entre otras- las sentencias C-330 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 85; y T-434 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 2.3.3.

(i) Respecto de la primera cuestión, la Sala considera que no le corresponde determinar si se presenta un conflicto de intereses que conlleve al no cumplimiento de la legitimación por activa, por cuanto ello supondría proferir un juicio sobre la responsabilidad penal individual de *Joaquín*, cuestión que le compete única y exclusivamente a la Jurisdicción Ordinaria Penal. Esto, en la medida que una garantía básica de un Estado de Derecho es que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.²⁴²

(ii) En torno a la segunda cuestión, la Sala concluye que *Joaquín* sí estaba facultado para presentar la acción de tutela en favor de su hija.

Aunque en sede de revisión (*supra*, antecedente N° 6.4.) los abogados de *Gabriela* manifestaron que al momento de presentar la acción de tutela *Joaquín* tenía suspendida la patria potestad de su hija con ocasión de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá (él, por su parte, alegó que la suspensión solo acaeció con la sentencia de segunda instancia, dictada el 2 de abril de 2019 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá), lo cierto es que, como pasará a explicarse, esa cuestión no tiene la trascendencia constitucional suficiente para enervar el cumplimiento del requisito de legitimación por activa.²⁴³

En general, la acción de tutela puede instaurarse (i) directamente, esto es, por el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado; (ii) mediante apoderado judicial; (iii) por agente oficioso; (iv) por parte del Defensor del Pueblo y los personeros municipales ; o (v) por medio de representantes legales, como en el caso los incapaces absolutos, los interdictos, las personas jurídicas y los niños, niñas y adolescentes (*supra*, antecedente N° 3.1.). En éste evento, los representantes legales serían los padres, quienes ejercen la patria potestad (o “potestad parental”²⁴⁴). Sobre este concepto la Corte ha dicho que, según lo dispuesto en el Código Civil, los derechos que comprende se reducen a (i) el usufructo de los bienes del hijo, (ii) la administración de esos bienes, y (iii) la representación judicial y extrajudicial del hijo.²⁴⁵ Esto último, de conformidad con el artículo 306 de la misma norma.²⁴⁶

²⁴² Artículo 29 de la Constitución Política.

²⁴³ A pesar de lo anterior, la Sala considera necesario llamar la atención sobre la falta de lealtad procesal por parte de *Joaquín* y de los apoderados de *Gabriela*, pues el primero se limitó a manifestar (ver *supra*, antecedente N° 2) que conservaba la patria potestad, sin aludir a la decisión del Juzgado Primero de Familia; mientras que los segundos (ver *supra*, antecedente N° 6.4.) solo se refirieron a esa sentencia sin advertir la providencia de segunda instancia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a pesar de que en los documentos que adjuntaron se infería la existencia de esa información (ver *supra*, antecedente N° 6.4.2.).

²⁴⁴ La patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo. El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores corresponde a los padres, conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro. En efecto, la patria potestad sólo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos. Sentencia C-1003 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 4.1.

²⁴⁵ *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 4.4.

²⁴⁶ “**Artículo 306. Representación judicial del hijo.** <Artículo modificado por el artículo 39 del Decreto 2820 de 1974> La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres. // El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem. // En las acciones civiles

No obstante, la Corte Constitucional ha sido constante desde sus primeros pronunciamientos al referir que, cuando se pretende la protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, toda persona puede presentar acción de tutela²⁴⁷, en virtud del artículo 44 de la Constitución Política²⁴⁸, el cual dispone que “(...) *Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*”

En esos casos, dado que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional²⁴⁹, el análisis de la legitimación por activa debe ser más flexible con el fin de permitir su protección.²⁵⁰

Ello implica -entre otras cosas- que (i) debe prevalecer el artículo 44 constitucional sobre cualquier disposición de tipo legal²⁵¹, por lo que en los

contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del Código de procedimiento Civil para la designación de curador ad litem.”

²⁴⁷ Sentencias T-407 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 2; T-727 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 2; T-494 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 7; T-950 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico N° 2; T-708 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 2.2.1.1; T-632 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.1.; T-672 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 2.1.; T-703 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico N° 3.1.; T-705 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico “tercera”; T-955 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico “Agencia oficiosa cuando se trata de menores de edad”; T-306 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 2.2.; T-139 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 3.3.; T-512 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.4.; T-592 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 3.2.; T-708 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 18.1.2.; T-736 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 10.3.; T-080 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido, fundamento jurídico N° 60; T-196 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico N° 1.2.1.1.; T-259 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 49; T-351 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 2.1.4.; y T-167 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 6.

²⁴⁸ Sentencias T-462 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 6; T-143 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento jurídico “El alcance general del artículo 44 de la Carta Política y la legitimación activa”; T-715 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamento jurídico N° 1; T-881 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° “Personería para instaurar la tutela”; T-963 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 3.1.; T-864 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 3.1.; T-695 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico N° 2; T-1199 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 3; T-165 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 6.1.; T-348 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-625 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 2; T-306 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° i; T-636 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.3.; T-810 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 7.2.1.; T-922 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 1.1.; T-541A de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 6; T-268 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.4.; T-324 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 5.3.3.; T-348 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.4.; T-116 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5.1.; T-153 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 22; T-209 de 2017. M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez, fundamento jurídico N° 1.2.; T-365 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 3.i; T-629 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 9; T-279 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 5; y T-006 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 3.1.

²⁴⁹ Sentencias T-708 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 2.2.1.1; y T-810 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 7.2.1.

²⁵⁰ Sentencias T-1061 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 3; T-348 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; y T-647 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3.

²⁵¹ Sentencias T-055 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 1; T-1159 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 2; y T-1275 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 2.1.

procesos de tutela no son aplicables las mismas exigencias formales ni las de representación judicial que se contemplan en la ley para los fines de definir la legitimación de la parte activa en los procesos ordinarios²⁵²; y (ii) puesto que la Constitución impone objetivamente la necesidad de defender los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, no importa la especial calificación de quien la promueve.²⁵³ Por ende, no es relevante ninguna relación filial o jurídica, sino el interés en la protección de sus derechos fundamentales.²⁵⁴ Incluso, no se requiere demostrar que el titular o sus representantes no se encuentran en la capacidad de instaurar la acción de tutela.²⁵⁵

Estas reglas han sido aplicadas en casos que, como en el que es objeto de estudio, se alegaba la vulneración de los derechos fundamentales -relacionada con su participación en procesos judiciales- de niñas que, se alegaba, habían sido víctima de abuso sexual.²⁵⁶

Por último, es imprescindible mencionar que en otras oportunidades la Corte ha advertido que, al analizar la legitimación por activa, si existen dudas acerca de su cumplimiento *“deben siempre resolverse de manera que se otorgue eficacia al mandato de prevalencia del interés superior del menor, sin que el reconocimiento de los efectos de la patria potestad pueda operar como barrera para el cumplimiento de esta (sic) principio constitucional.”*²⁵⁷

En virtud de lo expuesto, la Sala encuentra que en el presente caso se cumple el requisito de legitimación por activa, el cual debe ser analizado de manera

²⁵² Sentencias T-409 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, fundamento jurídico N° 2; T-709 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, fundamento jurídico N° 3; T-137 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 3; y T-262 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 3.

²⁵³ Sentencias T-647 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-632 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.1.; T-478 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 24; SU-696 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 7; T-153 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 22; y T-592 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 3.2.

²⁵⁴ Sentencias T-409 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, fundamento jurídico N° 2; T-709 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, fundamento jurídico N° 2; T-137 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 3; T-262 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 3; y T-896 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 4.

²⁵⁵ Sentencias T-494 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 19; T-1275 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 2.1.; T-348 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-647 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-845 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 2.2.1.1.; T-524 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 2.1.1.1.; y T-708 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 2.2.1.1.

²⁵⁶ Sentencias T-955 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-116 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En la primera, la acción de tutela fue presentada por la persona que ostentaba la custodia provisional de una niña, quien alegaba el Juzgado Cuarto de Familia de Medellín desconoció su derecho a ser oída y a que se tuviera en cuenta su opinión en el proceso de reglamentación de visitas, custodia y cuidado personal. La segunda fue instaurada por la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación contra un auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el que ordenó la práctica del testimonio de una menor que había sido víctima de violencia sexual, al considerar que con tal decisión se vulneraba su derecho a la dignidad humana y desconocía el principio constitucional que consagra la prevalencia de sus derechos.

²⁵⁷ Sentencia T-736 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 10.3. Reiterada en las sentencias T-279 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 5; T-351 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 2.1.4.; y T-167 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 6.

flexible en aras de permitir la protección de la niña, en virtud de la prevalencia de su interés superior. Así, más allá de la discusión sobre si a *Joaquín* le fue suspendida o no la patria potestad, lo relevante es que la acción tutela fue instaurada para proteger los derechos fundamentales de *Ángela*, supuestamente vulnerados por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá al decretar su testimonio para ser practicado en la audiencia de juicio oral.

4.2. También se cumple el requisito de procedencia de *legitimación por pasiva*, en la medida que la acción de tutela se dirige contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, autoridad pública que profirió la decisión judicial que se ataca, esto es, el decreto del testimonio de *Ángela* como medio de prueba.

4.3. El asunto es de *relevancia constitucional*, pues implica resolver la tensión aparentemente existente entre los derechos fundamentales de una niña -que actualmente tiene ocho años y medio- a no ser revictimizada, por un lado, y de acceso a la administración de justicia y participar en el proceso penal en el que es considerada como el sujeto pasivo del delito de actos sexuales con menor de catorce años, por el otro. Además, el accionante -quien también actúa a nombre propio- sugirió que la práctica del testimonio de su hija afectaría sus derechos fundamentales (i.e. defensa), pues “*desconoce el equilibrio procesal básico*” (ver *supra*, antecedente N° 2.3.).

4.4. De igual manera, se satisface el requisito de *subsidiariedad*, porque contra la providencia judicial atacada (auto que admite pruebas²⁵⁸) “*únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación*”.²⁵⁹ En efecto, el apoderado de *Joaquín* en el proceso penal presentó recurso de reposición frente a la decisión del Juzgado accionado de decretar el testimonio de *Ángela*, solicitado por la Fiscalía (ver *supra*, antecedente N° 1.19.).

4.5. Asimismo, se cumple el requisito de *inmediatez*, por cuanto la acción de tutela se instauró el 25 de febrero de 2019 y la decisión atacada se profirió el 13 de septiembre de 2018. Esto es, transcurrieron menos de seis meses entre un acto y otro, lo cual es un término razonable. Además, aquella se presentó antes de que se instalara el juicio oral (27 de mayo de 2019, *supra*, antecedente N° 6.4.4.).

4.6. Por otra parte, la *irregularidad procesal* alegada por *Joaquín* tiene un efecto determinante, toda vez que conllevó a que se decretara el testimonio de *Ángela*, lo que supuestamente la victimiza.

²⁵⁸ Ley 906 de 2004. “Artículo 177. Efectos. La apelación se concederá: // En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva: (...) 4. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (...)”.

²⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 27 de julio de 2016. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, radicación N° 47.469; de 5 de diciembre de 2016. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 48.178; y de 18 de enero de 2017. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 48.216.

4.7. Como quedó expuesto con suficiencia (ver *supra*, antecedente N° 2), Joaquín identificó los hechos que supuestamente generaron una vulneración, así como los derechos vulnerados (incluso, argumentó la posible configuración de los defectos *sustantivo* y *fáctico*). Además, alegó esa afectación en el proceso penal (ver *supra*, antecedente N° 1.19.).

4.8. Finalmente, es claro que se ataca un auto que admite pruebas y no una sentencia de tutela, ni de constitucionalidad de la Corte Constitucional o decisiones del Consejo de Estado que resuelvan acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

4.9. Dado que se cumplen todos los requisitos de procedencia, la Sala debe proceder a analizar si el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá incurrió en los defectos *sustantivo* y *fáctico* al decretar como medio de prueba el testimonio de Ángela en el marco del proceso penal adelantado contra Joaquín (ver *supra*, fundamento jurídico N° 2). Para ello, la Sala estima necesario estudiar previamente el alcance del testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

5. El testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual

En el presente acápite se realizarán algunas consideraciones generales sobre (i) el estándar de debida diligencia reforzado que debe regir en los procesos penales adelantados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la presunta víctima es un niño, niña o adolescente, resaltando las garantías en favor de los mismos; y (ii) el alcance de las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 en relación con los testimonios que ellos pueden presentar en la audiencia de juicio oral del proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004.

A. El estándar de la debida diligencia reforzada en casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes

5.1. Tratándose de procesos penales relacionados con violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, las autoridades estatales deben desarrollar sus funciones con aplicación del estándar de la *debida diligencia*. El mismo implica que, en el marco de sus respectivas competencias, la actuación de las autoridades de un proceso penal debe orientarse con los siguientes principios:

(i) *Oficiosidad*: consiste en el deber del Estado -al conocer una grave violación de derechos humanos- de iniciar de oficio una investigación seria y efectiva.²⁶⁰

²⁶⁰ CorteIDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 145; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219 y 223; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143.

(ii) *Oportunidad*: es previsto bajo la triada de la inmediatez de las investigaciones²⁶¹, del plazo razonable para su consecución²⁶², y de su carácter propositivo.²⁶³

(iii) *Competencia*: implica la necesidad de que las investigaciones se realicen rigurosamente por los profesionales y con los procedimientos competentes.²⁶⁴

(iv) Los principios de *independencia e imparcialidad* deben guiar la investigación.²⁶⁵

(v) *Exhaustividad*: requiere que la investigación sea realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables.²⁶⁶

(vi) *Participación*: de este principio se deriva que toda persona que se considere víctima de una grave violación a los derechos humanos, tiene derecho a acceder a la justicia para conseguir que el Estado cumpla con su deber de investigar dicha violación.²⁶⁷

La aplicación de ese estándar en casos de violencia cometida contra niños, niñas y adolescentes (NNA) se deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de la interpretación que de la misma ha realizado el Comité de los Derechos del Niño. En particular, en su Observación General N° 13 señaló que son obligaciones de los Estados partes “*actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables, y ofrecer vías de reparación de las violaciones de los derechos humanos*”²⁶⁸ (la Corte Constitucional ha entendido que lo anterior

²⁶¹ CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 189.

²⁶² CorteIDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 65.

²⁶³ CorteIDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 145; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219 y 223; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143.

²⁶⁴ CorteIDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 224; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 177; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 179; y *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 96.

²⁶⁵ CorteIDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 65; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 145; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 223; y *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 80.

²⁶⁶ CorteIDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 144.

²⁶⁷ CorteIDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 184.

²⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N° 13*: “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”. CRC/C/GC/13 (18 de abril de 2011), párr. 5.

también es aplicable en procesos sobre violencia sexual de niños, niñas y adolescentes).²⁶⁹

Dada su pertinencia, es importante mencionar que recientemente, en el *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, la CorteIDH²⁷⁰ declaró la responsabilidad internacional de ese Estado por un caso de violencia sexual (violación, específicamente) cometido en el año 2000 contra una menor de 9 años, por -entre otras cuestiones²⁷¹- las irregularidades presentadas en el marco del proceso penal.²⁷² Uno de los fundamentos de la decisión trató sobre la *debida diligencia reforzada y protección especial en investigaciones y procesos penales por violencia sexual en perjuicio de niñas, niños o adolescentes*.²⁷³

El Tribunal empezó recordando que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas la Convención Americana se complementan y refuerzan -para aquellos Estados que son Parte- con las obligaciones derivadas de la Convención de Belém do Pará (utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer)²⁷⁴.

A continuación, precisó que, al tratarse de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña, adoptaría un enfoque *interseccional* que tuviera en cuenta la condición de género y edad de la niña. Así, determino que, sin perjuicio “*de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual.*”²⁷⁵ Así, señaló que el *corpus juris*²⁷⁶ internacional de protección de los niños y las niñas debe servir para definir el contenido y alcance de la obligación

²⁶⁹ Ver -entre otras providencias- sentencias T-843 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 5.5.; T-595 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N°; SU-659 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 6; y Auto A-009 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.3.

²⁷⁰ CorteIDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

²⁷¹ En concreto, se atribuyó la responsabilidad al Estado por la violación de los derechos a la integridad personal y prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar, a la protección de la familia, de residencia y a la protección judicial, en relación con las obligaciones generales de respeto, garantía, no discriminación y protección especial de niñas, niños y adolescentes, así como por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 7.b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, en perjuicio de la víctima directa (V.R.P.) y de su grupo familiar.

²⁷² Específicamente, por las actuaciones anómalas del Tribunal de Jurados que terminaron con la declaración de inocencia del procesado, quien era padre de la menor. La CorteIDH también estudió (i) el examen médico forense al que fue sometida la niña V.R.P.; (ii) la declaración testimonial de V.R.P.; (iii) la participación de la niña V.R.P. en la inspección ocular y la reconstrucción de los hechos, y (iv) la falta de acompañamiento y atención integral a la niña V.R.P.

²⁷³ CorteIDH. *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, *supra* nota al pie N° 270, fundamento jurídico N° VIII-1.A.

²⁷⁴ *Ibidem.*, párr. 152.

²⁷⁵ *Ibidem.*, párr. 155.

²⁷⁶ “(...) tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño, así como otros instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados que sirven como guía de interpretación” y “para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con los demás derechos contenidos en dicho instrumento, cuando el sujeto titular de derechos es una persona menor de 18 años de edad” *Ibidem.*, párr. 42.

estatal **reforzada** de *debida diligencia*.²⁷⁷ Este se traduce en el deber estatal de organizar el sistema de justicia, de tal manera que las actuaciones de las autoridades, conforme al estándar de la *debida diligencia*, implique la adopción de una serie de medidas y el desarrollo de un proceso adaptado a niños, niñas y adolescentes.²⁷⁸

Por lo tanto, en aplicación de los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño (no discriminación, interés superior de la niña o del niño, respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que los afecte), identificó las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niños, niñas y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual. En este punto, agregó que en el caso de las niñas²⁷⁹ la mayor vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada por factores de discriminación histórica, los cuales han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar.²⁸⁰

Retomando lo relacionado con la obligación *reforzada* de *debida diligencia*, la CorteIDH determinó que la misma implicaba la adopción de -por lo menos- las siguientes medidas especiales adaptadas a niños, niñas y adolescentes para evitar su revictimización²⁸¹:

- (i) El derecho a la información sobre el procedimiento, así como los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles.
- (ii) La asistencia gratuita de un abogado proporcionado por el Estado, especializado en niñez y adolescencia, con facultades de realizar cualquier acto procesal tendiente a defender sus derechos.
- (iii) El derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleve un criterio reforzado de celeridad.
- (iv) El derecho a participar en el proceso penal -mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado- en función de su edad y madurez, siempre que no implique un perjuicio en su bienestar biopsico-social. Para ello, deben realizarse las diligencias estrictamente necesarias y evitarse la presencia e interacción con su agresor. La entrevista deberá

²⁷⁷ *Ibidem.*, párr. 155.

²⁷⁸ *Ibidem.*, párr. 158.

²⁷⁹ En particular, la Convención de Belém do Pará (artículo 9) establece que, en los casos en los que una niña o adolescente sea víctima de violencia contra la mujer -en particular violencia o violación sexual-, los Estados deberán tener particular cuidado en el desarrollo de las investigaciones y procesos a nivel interno, así como al momento de adoptar medidas de protección y de acompañamiento durante el proceso, y después del mismo, con el fin de lograr la rehabilitación y reinserción de la víctima.

²⁸⁰ *Ibidem.*, párr. 156. Para fundamentar lo anterior, la CorteIDH se basó en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de 13 de junio de 2017 (UN Doc. A/HRC/35/30), y la Recomendación General N° 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.

²⁸¹ *Ibidem.*, párr. 165 a 170.

llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones de niños, niñas y adolescentes²⁸², en un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que brinde privacidad y confianza.

(vi) El personal del servicio de justicia que intervenga deberá estar capacitado en la temática.

(viii) Deberá brindarse asistencia inmediata y profesional, tanto médica²⁸³ como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género.

(ix) El acompañamiento no solo debe mantenerse durante el proceso penal, sino que también debe incorporar con posterioridad, para lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta su derecho a la supervivencia y al desarrollo integral.

5.2. La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre algunos de los deberes especiales que deben cumplir las autoridades judiciales cuando manejan casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes.²⁸⁴

El mencionado Auto A-009 de 2015 se refirió específicamente a la *Aplicación del principio pro infans en las investigaciones penales por delitos sexuales contra menores de edad*²⁸⁵, donde se reiteraron algunas providencias de esta Corporación en las que se estudiaron casos relacionados.²⁸⁶ En general, concluyó

²⁸² La CorteIDH resaltó que varios países -entre esos Colombia (*Ibidem*, nota al pie N° 235)- han adoptado el uso de dispositivos especiales como la **Cámara de Gesell** o Circuitos cerrados de televisión (CCTV) con el fin de minimizar cualquier efecto revictimizante.

²⁸³ En relación con el examen médico, el Tribunal precisó que “*las autoridades deberán evitar en la medida de lo posible que sean sometidos a más de una evaluación física, ya que podría ser revictimizante. El examen médico en estos casos debe ser realizado por un profesional con amplio conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, quien buscará minimizar y evitar causarles un trauma adicional o revictimizarlos. Es recomendable que la víctima, o de corresponder su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional y que el examen esté a cargo de un profesional de salud especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación específica para realizar los exámenes médicos forenses en casos de abuso y violación sexual. Asimismo, el examen médico deberá llevarse a cabo luego del consentimiento informado de la víctima o de su representante legal, según su grado de madurez, tomando en cuenta el derecho de la niña, niño o adolescente a ser oído, en un lugar adecuado, y se respetará su derecho a la intimidad y privacidad, permitiendo la presencia de un acompañante de confianza de la víctima. La procedencia de un peritaje ginecológico debe ser considerada sobre la base de un análisis realizado caso por caso, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual. En vista de ello, la Corte considera que la solicitud de realizar un peritaje ginecológico debe ser motivada detalladamente y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditarla y/o impedir una investigación*” (*Ibidem.*, párr. 169). (Subrayas no originales)

²⁸⁴ Ver *supra* nota al pie N° 93.

²⁸⁵ Auto A-009 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.3.1.

²⁸⁶ En particular, las sentencias T-554 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-458 de 2007. M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-520A de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo; T-078 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-1015 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-205 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; y T-843 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que el principio *pro infans*²⁸⁷ establece una serie de obligaciones -positivas y negativas-²⁸⁸:

(i) Impone exigencias reforzadas de diligencia a los funcionarios judiciales que se encuentran a cargo de investigaciones penales por delitos sexuales contra menores de edad, quienes deben ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, justicia y reparación, y las garantía de no repetición.²⁸⁹

(ii) Restringe la autonomía de los funcionarios para decretar y valorar pruebas.²⁹⁰

(iii) Conlleva que, en caso de dudas sobre la ocurrencia de agresiones sexuales, las decisiones que se adopten deben ser resueltas a favor de los derechos de los menores.

(iv) Constituye un condicionamiento para la aplicación del principio *in dubio pro reo* en los casos de delitos sexuales contra menores²⁹¹, y una exigencia **reforzada** de debida diligencia en las investigaciones por estos delitos.

²⁸⁷ Criterio hermenéutico derivado del contenido del artículo 44 de la Constitución Política y de múltiples tratados internacionales que contemplan garantías especiales para los menores de edad.

²⁸⁸ Al respecto, en la **Sentencia T-554 de 2003** (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte indicó que, en su **dimensión negativa**, los funcionarios judiciales deben (i) abstenerse de comportamientos y expresiones que afecten la dignidad de los menores; y (ii) evitar el decreto de pruebas que impliquen una intromisión excesiva en la intimidad o integridad física y emocional del niño o la niña, de tal suerte que, en los casos en que se advierta la necesidad de dichas pruebas relevantes, el funcionario debe ponderar la necesidad de la prueba y el nivel de afectación del menor en cada caso concreto.

Por su parte, la **dimensión positiva** implica que las autoridades involucradas en la investigación y juzgamiento de conductas lesivas de la integridad sexual de un menor de edad deben (i) mostrar especial diligencia en la determinación de los hechos, la atribución de responsabilidad penal y el pleno restablecimiento de los derechos del menor de edad; (ii) informar al ICBF sobre la presencia de un menor de edad en situación de riesgo; (iii) procurar desde la *noticia criminis* la protección integral del menor de edad; y (iv) utilizar sus facultades para el decreto de pruebas que le permitan alcanzar la verdad procesal.

²⁸⁹ Aunque no se estudió en el Auto A-009 de 2015, la **Sentencia T-595 de 2013** (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) sirve para ejemplificar este punto. La Corte sostuvo que las autoridades se encuentran en la obligación de (i) prevenir, investigar, juzgar y sancionar los delitos sexuales contra mujeres que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de conformidad con las normas internacionales, de manera que se apliquen los principios de *debida diligencia* y rigurosidad, y cumplimiento de un plazo razonable; (ii) la garantía de los derechos de información y participación de las víctimas y sus familiares dentro del proceso penal, máxime cuando se trata de mujeres que se encuentran en especiales condiciones de vulnerabilidad, dada su pertenencia a algún grupo étnico, el bajo nivel de escolaridad o analfabetismo, el tratarse de personas en estado de discapacidad, y tratarse de personas en especiales o extremas condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta; (iii) la necesidad de tomar medidas cautelares frente al agresor para evitar una revictimización, tales como medidas restrictivas de la libertad, protección de la identidad de la víctima; y (iv) el imperativo de tomar medidas en favor de las mujeres víctimas de violencia sexual, tales como valoración por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la atención médica física, psicológica y de rehabilitación idónea y adecuada.

²⁹⁰ Así, por ejemplo, en la **Sentencia T-520A de 2009** (M.P. Mauricio González Cuervo) se estudió si la decisión de un Fiscal, de archivar la investigación penal relacionada con la denuncia de una madre por el presunto delito de abuso sexual eventualmente cometido contra su hija de 3 años, vulneró los derechos de acceso a la justicia y a la protección especial de los niños y niñas en el marco del proceso penal. Esto, porque la decisión de archivo se dio sin considerar los elementos aportados por la madre de la víctima, bajo los argumentos de que la tutelante “*subjetivamente se ha creado en la mente esas circunstancias*”, y de la supuesta inexistencia de la conducta típica. La Corte consideró que el Fiscal no cumplió con sus obligaciones de investigar de manera eficiente y exhaustiva la posible existencia de un delito sexual contra una niña de tres años, desconociendo con ello el derecho de la menor de edad al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

²⁹¹ No obstante, en la **Sentencia T-1015 de 2015** (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte precisó que la aplicación del principio *pro infans* no supone la prohibición absoluta de aplicar el principio del *in dubio pro*

B. Alcance de las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013: testimonio en la audiencia de juicio oral de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual

5.3. El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece los requisitos que se deben cumplir para que los niños, niñas y adolescentes sean citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos (artículo 150²⁹²), así como procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos.²⁹³

Específicamente, se consagran los derechos especiales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos (artículo 192), los criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en que sean víctimas (artículo 193), cómo deben desarrollarse las audiencias en los procesos penales (artículo 194), las facultades del defensor de familia en los procesos penales (artículo 195), las funciones del representante legal de la víctima (artículo 196), cómo se debe iniciar el incidente de reparación integral (artículo 197), los programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos (artículo 198) y los límites de los beneficios y mecanismos sustitutivos cuando se trata de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro (artículo 199). Entre esas medidas se destacan:

(i) En los procesos por delitos cuando sean víctimas, los funcionarios tendrán en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos y protección integral.²⁹⁴

(ii) En esos procesos los funcionarios tienen que *priorizar* las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones.²⁹⁵

(iii) Los funcionarios pondrán especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad,

reo, sino que supone una condición para su aplicación, de tal manera que, si una vez agotada la investigación aún permanece la duda razonable sobre la responsabilidad del presunto autor, puede aplicarse el principio pues (i) a falta de certeza sobre los hechos no es claro tampoco que la medida redunde en beneficio del menor de edad; y (ii) el derecho penal mantiene su carácter sancionatorio, de manera que su ejercicio requiere estándares serios de convicción.

²⁹² “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.*”

²⁹³ Título II del Libro II (artículos 192 a 200).

²⁹⁴ Artículo 192.

²⁹⁵ Artículo 193, numeral 1.

intimidad y demás derechos, y velarán porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.²⁹⁶

(iv) Informar a niños, niñas y adolescentes y a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan, sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.²⁹⁷

(v) En los casos que deban rendir testimonio, deberán estar acompañados de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en el mismo Código.²⁹⁸

(vi) En las diligencias en que deba intervenir, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.²⁹⁹

(vii) En las audiencias penales, no se podrán exponer frente a su agresor, para lo cual se deberá utilizar cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad.³⁰⁰

Estas previsiones se complementan -entre otras- con las leyes 679 de 2001³⁰¹, 1146 de 2007³⁰², 1257 de 2008³⁰³, 1336 de 2009³⁰⁴, 1652 de 2013³⁰⁵ y 1719 de 2014.³⁰⁶

5.4. En particular, con la Ley 1652 de 2013 el Legislador pretendió establecer medidas para evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes que comparecen a la actuación penal en la calidad de probables víctimas de abuso sexual.³⁰⁷ Para ello, con esa norma se adicionaron tres disposiciones del Código de Procedimiento Penal (CPP, Ley 906 de 2004).

²⁹⁶ *Ibidem.*, numeral 7.

²⁹⁷ *Ibidem.*, numeral 10.

²⁹⁸ *Ibidem.*, numeral 12.

²⁹⁹ *Ibidem.*, numeral 13.

³⁰⁰ Artículo 194.

³⁰¹ “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.”

³⁰² “Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.”

³⁰³ “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.”

³⁰⁴ “Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes.”

³⁰⁵ “Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.”

³⁰⁶ “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.”

³⁰⁷ En la exposición de motivos se indicó que se pretendía dictar disposiciones sobre la entrevista y el testimonio en los procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales, pues era de vital importancia ajustar el proceso en razón de su etapa de desarrollo mental y las nefastas consecuencias del abuso sexual (Gaceta 520 de 2011). Por ende, se estableció que el testimonio no sería el único medio de prueba, ya que también podría utilizarse la entrevista forense, la cual debe realizarse por expertos en ámbitos especialmente adecuados para no cohibir ni

Por un lado, se creó el artículo 206A, sobre la entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Allí se dispuso que, además de las disposiciones pertinentes del Código de la Infancia y la Adolescencia -ya reseñadas-, cuando la víctima sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para lo cual debe seguirse el procedimiento allí establecido:

(i) Realizarse por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

(ii) Llevarse a cabo en una *Cámara de Gesell*³⁰⁸ o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

(iii) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Asimismo, podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

(iv) La entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad.

(v) Durante la etapa de *indagación e investigación*, el niño, niña o adolescente víctima será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso su interés superior.

Por otra parte, se adicionó el artículo 275 del CPP, sobre elementos materiales probatorios y evidencia física, en el entendido que “[t]ambién se entenderá por

revictimizar a los niños, niñas y adolescentes -en atención a su interés superior-, para lo que se debe utilizar elementos técnicos como grabaciones de video o sistemas de circuito cerrado para su posterior reproducción dentro del proceso, en aras de no afectar el derecho a la defensa de los procesados.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta se puede generar una serie de impactos psicosociales en la persona, pues reviven las situaciones traumáticas acaecidas por la violación de sus derechos, interrumpiendo el proceso de recuperación y superación de los hechos victimizantes, que en muchas ocasiones comprende su entorno familiar (gacetas 823 de 2011, informe de primera ponencia, 292 de 2012, texto aprobado para la plenaria del Senado, y 438 de 2013, informe de conciliación).

³⁰⁸ “La Cámara de Gesell, llamada así por su creador el estadounidense Arnold Gesell, es una sala acondicionada especialmente para las declaraciones de personas que han sido víctimas de delitos sexuales o violencia doméstica, conformada por dos habitaciones divididas por un vidrio especial que permite ver desde el lugar contiguo lo que sucede, sin ser observado y que cuenta con la participación de una psicóloga especialista en entrevistas en procesos judiciales.” Sentencia C-177 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico N° 8.3.4., nota al pie N° 85.

material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A (...).”

Finalmente, se adicionó el artículo 438 del CPP, que versa sobre la admisión excepcional de la *prueba de referencia*.³⁰⁹ De esta manera, se permite ese medio de prueba cuando el declarante -entre otros- es “*menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.*”

5.5. Respecto del alcance de la Ley 1652 de 2013, en la Sentencia C-177 de 2014³¹⁰ la Corte Constitucional determinó que la entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales (1) no desconoce los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia³¹¹; (2) como prueba de referencia tampoco desconoce los derechos de defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia³¹², debido a que es excepcional³¹³ y puede ser cuestionada³¹⁴; y (3)

³⁰⁹ Según el artículo 437 del CPP, “[s]e considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

³¹⁰ M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En esa oportunidad, la Corte resolvió dos demandas (D-9830 y D-9841). En la primera, el accionante expuso que se permitía a la Fiscalía, cuando no considere estrictamente necesario efectuar tal descubrimiento, acudir al proceso sin que la defensa tuviera conocimiento de la entrevista forense practicada a los niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, conculcando la igualdad que debe mediar entre defensa y Fiscalía en el proceso adversarial que caracteriza al sistema procesal penal colombiano. En la segunda demanda, el accionante consideraba que se desconocía (i) la igualdad de aquellas personas mayores de edad víctimas de delitos sexuales, cuyo testimonio sí debe recibirse en el juicio oral, sin importar si tienen o no la madurez mental y psicológica para asumir tal rol en esa clase de delitos; (ii) el derecho de defensa material y técnica integrante del debido proceso, al obstaculizarse la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas existentes en contra del individuo sujeto a un proceso penal; y (iii) los principios integrantes del debido proceso en materia penal y probatoria, como la inmediación y la contradicción, al permitir que se incorporen pruebas en una etapa distinta al juicio, afectando con ello el acceso efectivo y sin restricciones a la administración de justicia.

³¹¹ *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.2. Lo anterior, porque en aplicación del interés superior del menor y del principio *pro infans*, “*resulta ajustado a los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución, al igual que a diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas execrables, establecer medidas legislativas y judiciales para garantizar no sólo su dignidad y su intimidad (evitando injerencias indebidas en su vida privada), sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños.*” No obstante, eso no implica el desconocimiento del derecho al debido proceso y a un juicio justo de los indiciados, imputados o procesados. Así, “*el artículo 1° de la Ley 1652 de 2013 al indicar que debe entenderse como material probatorio la entrevista forense a las víctimas menores de edad en los casos reseñados, no desconoce la igualdad ni garantías integrantes del derecho al debido proceso como la defensa, la contradicción, la inmediación y el acceso a la administración de justicia, pues su contenido puede ser debatido durante el juicio oral mediante el testimonio y el informe rendidos por la persona idónea que haya practicado inicialmente y de primera mano la entrevista al menor*” (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.2.1.).

³¹² *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.4.

³¹³ En tanto el sistema acusatorio procura que la totalidad de las pruebas sean directas y colectadas en el juicio oral, para materializar principios como la inmediación y la concentración de la prueba. De acuerdo con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, “*la prueba de referencia tiene cabida solo excepcionalmente en aquellos eventos en los cuales no haya una plena disposición del declarante por ciertos motivos que son insuperables, atendiendo casos de extrema necesidad, para que no se convierta en la regla general y así se evite confrontar realmente a los testigos*” (subrayas no originales). Según la Sentencia C-144 de 2010, su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia. (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.4.2.).

³¹⁴ La 906 de 2004 permite cuestionar la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, acorde con la impugnación del testimonio, siendo factible además que su admisibilidad y apreciación se efectúe

requiere de ciertas condiciones para su práctica³¹⁵, tales como: (i) la intervención de un profesional para fortalecer la fiabilidad de las manifestaciones de niño, niña o adolescente y disminuir el impacto emocional de la entrevista y favorecer la adecuación del lenguaje empleado a una comprensión lingüística propia del entrevistado³¹⁶; (ii) que el niño, niña o adolescente pueda estar acompañado por su representante legal o por un pariente mayor de edad³¹⁷; (iii) el Defensor de Familia deberá revisar previamente el cuestionario que realizará el personal del CTI que vaya a efectuar la entrevista, como una forma más de garantizar que esa actuación respetará la intimidad y dignidad de la víctima³¹⁸; y (iv) la entrevista forense se debe llevar a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.³¹⁹

por las reglas generales de la prueba, en especial lo relacionado con la testimonial y la documental (artículo 441 *ejusdem*). (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.4.1.).

³¹⁵ *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.3.

³¹⁶ Las entrevistas, interrogatorios o contrainterrogatorios que se efectúen a un menor de edad, particularmente cuando sea víctima de un delito sexual, atendiendo su corta edad deben ser realizadas por especialistas de la ciencia del comportamiento humanos, psicólogos, quienes deben evaluarlo en un ambiente relajado, informal, incluyendo incluso actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor, generando confianza para que el deponente se exprese con espontaneidad y naturalidad, sin presiones que conlleven revictimizar al afectado. Por ende, resulta imperativo que el personal del CTI tenga la idoneidad, preparación y entrenamiento en entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes, para garantizar así que su dignidad, intimidad y demás derechos en juego sean salvaguardados, previendo una revictimización que genere mayores daños a los ya causados, amenazando la prevalencia de sus derechos. (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.3.1.).

³¹⁷ La norma busca la salvaguarda de los intereses del menor de edad, por lo que es esencial que puedan asistir con un pariente mayor de edad -salvo en aquellos casos en que el acompañante sea el presunto victimario-, para que pueda así velar atentamente por las garantías de la víctima, atendiendo su manifiesta situación de vulnerabilidad. (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.3.2.).

³¹⁸ Su participación no puede ser potestativa y mucho menos pasiva, habida cuenta que siempre deberá velar por que en el caso de sus entrevistas y demás actuaciones, se respete su intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales, y en particular previendo cualquier actuación judicial que pueda revictimizar a los ofendidos. (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.3.3.).

³¹⁹ *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.3.4.

5.6. Al resolver un caso de tutela similar al que es objeto de estudio³²⁰, en la Sentencia T-116 de 2017³²¹ la Corte Constitucional también se refirió al alcance del testimonio de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Aunque la Corporación no profirió ninguna orden en el caso concreto, dado que en cumplimiento de la sentencia de primera instancia³²² la niña manifestó su voluntad de no querer declarar, por lo que el juez del proceso penal decidió, definitivamente, prescindir de la práctica de dicha prueba (carencia actual de objeto); sí realizó importantes consideraciones sobre el alcance de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en estos escenarios, y estableció ciertas pautas para prevenir posibles amenazas futuras.³²³

En ese sentido, la Corte determinó que el *“el ordenamiento jurídico no establece (...) una prohibición general para que los menores sean llamados al juicio oral*

³²⁰ La Subdirección Nacional de Víctimas y Atención al Usuario de la Fiscalía General de la Nación interpuso acción de tutela contra un auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el que ordenó la práctica del testimonio de una menor, al considerar que con tal decisión se vulneraba su derecho a la dignidad humana y desconocía el principio constitucional que consagra la prevalencia de sus derechos. Lo anterior con fundamento en los siguientes hechos: En el 2012, cuando la niña tenía 6 años de edad, la abuela de la menor denunció penalmente a su padrastro por actos de violencia sexual. El 8 de septiembre del mismo año, la Unidad de Reacción Inmediata le realizó una entrevista, en compañía de su madre, en donde indicó que su padrastro la había violado tres veces. Al día siguiente acudió al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en donde se le practicó un examen físico en el que se concluyó que no se encontró lesión en el cuerpo de la menor (*“...Sin huella de trauma genital, paragenital o anal reciente. Lo cual no descarta que no hayan ocurrido”*). El 2 de noviembre de 2012, la niña fue valorada psicológicamente. El 3 de enero de 2013, una perito en psicología jurídica presentó el informe sobre la entrevista. Allí concluyó que la niña sí presentaba indicadores o síntomas asociados a presuntos episodios de abuso sexual infantil.

El 18 de diciembre de 2014 inició la audiencia preparatoria, en la que el Juzgado no decretó el testimonio de la menor *“por el derecho a la no revictimización además de que se trata de una menor de edad y no se puede violentar la salud mental máxime cuando han pasado ya 2 años de la ocurrencia de los hechos”*. La defensa repuso y apeló la decisión por considerar que debía practicarse el testimonio de la niña por ser la directamente afectada, además que consideraba que el dictamen practicado por la psicóloga del ICBF no reunía los requisitos exigidos en la Ley 1652 de 2013 (la Fiscalía y la representante de la víctima manifestaron que la norma no era aplicable porque aún no había entrado a regir).

El 2 de febrero de 2015, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio revocó la decisión, ordenando que se decretara el testimonio de la niña como prueba de la defensa *“aduciendo que podría resultar contraproducente para la teoría del caso de la Fiscalía y los derechos de la víctima, prescindir del testimonio de la menor afectada. Afirmó, además: ‘Le corresponde al Fiscal señalar los motivos que, en cada caso, la declaración del menor constituye una revictimización “como por ejemplo que ya ha rendido versiones sobre lo sucedido y que ello lo ha afectado, o que la misma se muestra renuente a comparecer en razón a las lógicas consecuencias de los hechos de que ha sido víctima, o cuando se tiene un soporte pericial o recomendación psicológica, eventualidades que no se ha siquiera aducido en este caso”*.

En desarrollo de la audiencia de juicio oral, la profesional del ICBF manifestó que *“traer a juicio a la menor sería traumático para ella, que no le conviene para su integridad, para su desarrollo, para su tranquilidad”*. Por lo anterior, el juez de conocimiento decidió no llamarla a testimonio, determinación recurrida por la defensa, pues adujo que ella ya tenía 9 años y por ende estaba en capacidad de rendir interrogatorio, además que era la única que conocía sobre la veracidad de los hechos. El 18 de enero de 2016, nuevamente el Tribunal revocó la decisión del *A quo* por no encontrar sustento procesal para negar la práctica de dicha prueba. Por lo tanto, ordenó que se practicara la prueba testimonial, salvo que fuera acreditada alguna de las situaciones que había advertido.

³²¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³²² La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ordenó al Juzgado que conocía del proceso penal que dispusiera *“lo necesario para que la menor pueda expresar su opinión, la cual deberá producirse con acompañamiento de personal experto distinto de aquellos que han llevado su caso”*. (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 6).

³²³ La Corte llamó la atención de la Fiscalía General de la Nación para que en las causas penales en que los niños, niñas y adolescentes tengan la calidad de testigos o víctimas, y dentro del ejercicio autónomo de sus funciones, contemple la posibilidad de hacer uso de la práctica de la *prueba anticipada* para que rindan testimonio dentro del proceso, evitando la revictimización que puede significar volver sobre hechos delictivos acontecidos tiempo atrás, así como para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable. (*Ibidem.*, fundamento jurídico N° 8.7.).

*a rendir testimonio, o que la práctica de dicha prueba constituya, en sí misma, una revictimización.”*³²⁴ Se trata de “una práctica judicial condicionada pero no prohibida”.³²⁵

Luego de hacer alusión al el Código de la Infancia y la Adolescencia (especialmente a sus artículos 150 y 193), concluyó que *“la participación de menores en el proceso penal está subordinada al cumplimiento de reglas estrictas y medidas específicas de protección. En especial, cuando la niña, niño o adolescente es la presunta víctima del hecho delictual, estas medidas se refuerzan para evitar su doble victimización. Entre ellas, el ordenamiento rodea al menor, en la diligencia que lo involucra, de especiales garantías, como el acompañamiento de familiares y profesionales especializados, o la adecuación del lugar donde se realice, de tal modo que la prueba testimonial pueda ser llevada al juez de conocimiento en la audiencia de juicio oral, minimizando sus efectos negativos. Pero de manera particular, debe destacarse que, de conformidad con las medidas de protección establecidas en el artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ‘en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión’. // (...) Por lo tanto, la autoridad judicial está vinculada por las reglas procesales que protegen a los menores y le corresponde realizar un análisis en los anteriores términos sobre la posible afectación que le pueda generar la práctica probatoria, lo cual obedece a un examen caso a caso de las garantías que el proceso ofrece a los niños y niñas a la hora de rendir testimonios, y de las circunstancias individuales del menor en razón a la valoración profesional de su estado psicológico y su opinión respecto la realización de diligencia procesal. Lo que en últimas puede concluir en la decisión de practicar el testimonio, adoptar medidas específicas o prescindir del mismo.”*³²⁶ Finalmente, en relación con el caso concreto, la Corte advirtió - entre otras cosas³²⁷ - que la forma como Fiscalía estaba procediendo:

“(...) no se corresponde con una interpretación iusfundamental de las normas que regulan la participación de menores en los procesos penales en armonía con las garantías que rigen el proceso penal.

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

³²⁴ Ibidem., fundamento jurídico N° 7.3.

³²⁵ Así se titula el fundamento jurídico N° 7.

³²⁶ Ibidem., fundamento jurídico N° 7.2.

³²⁷ La Corte no observó que en la providencia judicial atacada se estuvieran desconociendo los derechos fundamentales de la niña. Incluso, el auto cuestionado hizo un reproche *“en el sentido que el juez penal de conocimiento no había realizado una valoración objetiva para determinar la posible afectación de la menor al rendir el testimonio, ni tampoco la práctica de la prueba se había condicionado a la voluntad de la niña. En efecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio ordenó que, en principio, se practicara el testimonio, salvo que se acreditaran las razones objetivas que indicaran la inconveniencia para la salud (...) o su voluntad en contrario.”* (Ibidem., fundamento jurídico N° 7.4.).

manifestación de voluntad del niño o de la niña afectada que le permita determinar la conveniencia de practicarlo y, en dado caso, las condiciones para ello.

De hecho, esta Corporación advierte que la indebida aproximación que hace la Fiscalía de las normas en comento, puede estar generando una práctica colateral en el curso de las causas penales en la que abandona la aplicación garantista del principio de inmediación de la prueba y de los mecanismos que le otorga el proceso penal para prevenir que los menores se sometan a las condiciones de revictimización que, justamente, reprocha en el escrito de tutela (...).”³²⁸

5.7. Ahora bien, sobre el contenido y alcance de la Ley 1652 de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado varios aspectos relevantes.

Ha indicado que, incluso con anterioridad a la expedición de la Ley 1652 de 2013³²⁹, la tendencia en el proceso penal ha sido la de evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran vinculados al mismo como víctimas directas (i.e. sujetos pasivos) de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

En Sentencia de 16 de marzo de 2016³³⁰, hito en la materia y reiterada en varias oportunidades³³¹, la Sala de Casación Penal refirió que la mencionada Ley reguló la manera de recibir las declaraciones de menores de edad en orden a evitar su doble victimización, fijó las reglas sobre la documentación de este tipo de declaraciones y dispuso que las mismas constituyen prueba de referencia admisible. En particular, se pronunció sobre tres aspectos:

(i) Los derechos de los menores que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de delitos sexuales

Al respecto, trajo a colación la Sentencia C-177 de 2014 para destacar la obligación de considerar el principio *pro infans*³³² en las decisiones que deben tomar los funcionarios judiciales y la obligación de brindar el mayor nivel de

³²⁸ Ibidem., fundamento jurídico N° 7.2.

³²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688; Auto de 26 de abril de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.132; Auto de 18 de abril de 2018. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 51.569; Sentencia de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.992; Auto de 30 de enero 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 53.269; y Sentencia de 6 de marzo de 2019. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 51.731.

³³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688.

³³¹ Ver entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de julio de 2016. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 47.124; Auto de 28 de febrero de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, radicación N° 50.262; Auto de 18 de abril de 2018. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 51.569; Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 19.112 Sentencia de 16 de mayo de 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, radicación N° 48.696; Auto de 30 de enero de 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 53.269; y Sentencia de 13 de marzo de 2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 47.140.

³³² Sobre este principio, la Sala de Casación Penal también se pronunció en las siguientes providencias: Sentencia de 28 de octubre de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 44.056; Sentencia de 13 de julio de 2016. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 47.124; Sentencia de tutela de 4 de agosto de 2016. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 89.961; Auto de 26 de abril de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.132; Sentencia de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.992; Auto de 30 de enero de 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 53.269; y Sentencia de 13 de marzo de 2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 47.140.

protección posible a los menores víctimas de abuso sexual, debido a su corta edad y la naturaleza de los comportamientos sujetos de reproche penal.

(ii) La armonización de los derechos del acusado y los derechos de los menores en el derecho comparado

Luego de hacer algunas consideraciones sobre España (Sala Penal del Tribunal Supremo), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una Opinión Técnica Consultiva de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) respecto de la implementación del sistema acusatorio en la República de Panamá, y el Código de Procedimiento Penal de Chile; la Sala de Casación Penal sintetizó que *“en el plano internacional la armonización de los derechos del acusado y los de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se ha caracterizado por lo siguiente: (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria.”*³³³

(iii) La armonización de los derechos del acusado y los derechos de los menores en el ordenamiento interno

En primer lugar, subrayó la necesidad de lograr un punto de equilibrio entre los derechos del procesado (v.gr. interrogar o hacer interrogar los testigos de cargo³³⁴), los derechos de las víctimas y el interés público en que se haga justicia.

En segunda medida, explicó la manera como el Legislador armonizó esos tres “bloques de derechos”. Para ello, hizo referencia a las reglas generales aplicables a cualquier testigo³³⁵, aquellas empleadas cuando un menor comparece a la actuación penal en calidad de víctima o testigo de cualquier

³³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688, fundamento jurídico N° 2.5.2.

³³⁴ En Sentencia de 28 de octubre de 2015 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 44.056), la Sala de Casación Penal ya había referido que *“La posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba generalmente implica la afectación del derecho a la confrontación del testigo, básicamente porque la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante; no podrá formularle preguntas orientadas a impugnar su credibilidad, con las prerrogativas que ofrece el ordenamiento jurídico para tales efectos; ni tendrá control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato, cuando la versión es producto de un interrogatorio. Lo anterior sin perjuicio de la limitación a la intermediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia.”*

³³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688, fundamento jurídico N° 2.5.3.2.1.

delito³³⁶, y a las normas específicas para cuando el menor tiene la calidad de posible víctima de un delito sexual o de alguno de los delitos incluidos en la Ley 1652 de 2013.³³⁷

De lo anterior se destaca que, como en la Sentencia T-116 de 2017, la Sala de Casación Penal se pronunció sobre la posibilidad de practicar pruebas anticipadas (en los términos de los artículos 284 y siguientes de la Ley 906 de 2004³³⁸), lo cual es compatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para proteger a los niños, niñas y adolescentes durante los interrogatorios.³³⁹

En particular, hizo varias consideraciones sobre la Ley 1652 de 2013, de las que se resalta la posibilidad de admitir las *entrevistas* forenses como prueba de referencia.

Sobre ese tema, especificó que las reglas que establece la norma son para la etapa previa al juicio oral, diferenciando entre “entrevista” y “testimonio”³⁴⁰, en tanto la primera es uno de los *elementos materiales probatorios* previstos en el artículo 275 de la Ley, por lo no puede someterse a la reglamentación de las pruebas en el juicio oral, precisamente porque se trata de un acto de investigación; mientras que el segundo es uno de los medios de conocimiento previsto en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004. En otras palabras, “*el artículo 275 regula el manejo de las evidencias en la fase de investigación, e*

³³⁶ *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 2.5.3.2.2.

³³⁷ *Ibidem.*, fundamento jurídico N° 2.5.3.2.3.

³³⁸ Detalló que la posibilidad de practicarlas se somete a las siguientes reglas: (i) la actuación debe adelantarse ante el juez de control de garantías; (ii) puede ser solicitada por el fiscal, la defensa, el Ministerio Público o la víctima; (iii) deben mediar “*motivos fundados y de extrema necesidad*”, y la finalidad es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y (iv) debe practicarse en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. “*De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.*”

³³⁹ Al respecto, se refirió a las medidas contempladas en los artículos 150 y 192 a 202 de la Ley 1098 de 2006. Además, precisó que frente a esa reglamentación “(i) se mantiene para el acusado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, aunque con las limitaciones inherentes a la intervención del Defensor de Familia; (ii) la defensa tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio, (iii) se elimina la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, (v) cuando el testigo (NNA) declara en el juicio oral, no opera la restricción consagrada en el inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.”

³⁴⁰ Asimismo, ha precisado que, a diferencia de la entrevista forense, los dictámenes periciales médicos o psicológicos no constituyen prueba de referencia. Aunado a ello, tampoco puede confundirse la entrevista forense “con la recogida por las psicólogas al momento de valorar a la menor, cuando distan en su objeto, pues mientras la entrevista es un elemento material probatorio que puede ser recogido por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, capacitado para ello, y que como tal puede ser incorporado al proceso, la entregada a una profesional de la salud mental hace parte del dictamen pericial que es practicado de acuerdo con los protocolos que rigen la materia”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos de 17 de enero de 2018. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, radicación N° 49.194; y 28 de febrero de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, radicación N° 50.262.

incluso utiliza definiciones diferentes a las incluidas en el artículo 382, que se ocupa de la práctica de las pruebas en el juicio.”³⁴¹

En vista de lo anterior, detalló que, cuando las declaraciones rendidas por niños, niñas y adolescentes en los términos de la Ley 1652 de 2013 se presentan como prueba en el juicio oral, *“constituyen prueba de referencia porque: (i) se trata de declaraciones, de claro contenido incriminatorio, que, además, se reciben con la vocación de ser utilizadas en la actuación penal; (ii) el carácter testimonial no se afecta por el hecho de que se le denomine elemento material probatorio, para efectos de su regulación en la fase de investigación; (iii) son declaraciones realizadas por fuera del juicio oral (iv) se presentan en el juicio oral como medio de prueba, (v) pueden impedir o limitar el ejercicio del derecho a la confrontación, especialmente en lo concerniente al control del interrogatorio y la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo; y (vi) los anteriores aspectos no dependen de la edad del testigo, sin perjuicio de las medidas que deben tomarse para proteger a los niños y otras personas especialmente vulnerables.”*³⁴²

Finalmente, la Sala de Casación Penal realizó un *“análisis sistemático de las posibilidades que tiene el fiscal en cuanto al manejo de las declaraciones de*

³⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688, fundamento jurídico N° 2.5.3.2.3. Esa diferenciación también ha sido recalcada en las siguientes providencias: Auto de 27 de julio de 2016. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, radicación N° 48.198; Sentencia de tutela de 4 de agosto de 2016. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 86.961; y Auto de 17 de enero de 2018. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, radicación N° 49.194. En particular, en la aludida sentencia de tutela, la Sala de Casación Penal estudió -en segunda instancia- un proceso penal adelantado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años de edad agravado, en el que al imputado se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, con fundamento -entre otras- en la entrevista realizada a la menor afectada. Por solicitud de la defensa, se realizó audiencia para revocar la medida de aseguramiento, para lo cual solicitó que se le permitiera interrogar a la niña. El juzgado de control de garantías no accedió a esa solicitud porque la revictimizaría, decisión que fue apelada y revocada por el superior jerárquico. El Procurador Judicial instauró acción de tutela en favor de la menor, pues consideró -entre otras cosas- que debía evitarse la revictimización de la menor.

En primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga concedió el amparo, tras considerar que no podían anteponerse los derechos del imputado a los de la menor, los cuales prevalecen. Además *“consideró aconsejable y razonable que los testimonios se practicaran en la fase probatoria del juicio (...).”* La Sala de Casación Penal confirmó esa determinación, pues estimó que los derechos de la menor prevalecen. En particular, la Ley 1652 de 2013 establece que durante la etapa de indagación o investigación el menor será *“entrevistado preferiblemente por una sola vez”*, situación que en el caso ya había sucedido.

³⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688, fundamento jurídico N° 2.5.3.2.3. Esa diferenciación también ha sido recalcada en las siguientes providencias: Auto de 27 de julio de 2016. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, radicación N° 48.198; Sentencia de tutela de 4 de agosto de 2016. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 86.961; y Auto de 17 de enero de 2018. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, radicación N° 49.194. En particular, en la aludida sentencia de tutela, la Sala de Casación Penal estudió -en segunda instancia- un proceso penal adelantado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años de edad agravado, en el que al imputado se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, con fundamento -entre otras- en la entrevista realizada a la menor afectada. Por solicitud de la defensa, se realizó audiencia para revocar la medida de aseguramiento, para lo cual solicitó que se le permitiera interrogar a la niña. El juzgado de control de garantías no accedió a esa solicitud porque la revictimizaría, decisión que fue apelada y revocada por el superior jerárquico. El Procurador Judicial instauró acción de tutela en favor de la menor, pues consideró -entre otras cosas- que debía evitarse la revictimización de la menor.

En primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga concedió el amparo, tras considerar que no podían anteponerse los derechos del imputado a los de la menor, los cuales prevalecen. Además *“consideró aconsejable y razonable que los testimonios se practicaran en la fase probatoria del juicio (...).”* La Sala de Casación Penal confirmó esa determinación, pues estimó que los derechos de la menor prevalecen. En particular, la Ley 1652 de 2013 establece que durante la etapa de indagación o investigación el menor será *“entrevistado preferiblemente por una sola vez”*, situación que en el caso ya había sucedido.

menores de edad”, señalando -en primer lugar- que la Fiscalía, al tomar las decisiones sobre el manejo de las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes que comparecen a la actuación penal en la calidad de probables víctimas de abuso sexual o de otros delitos graves, debe evaluar con detenimiento cada evento en particular, y evaluar aspectos como los siguientes: (i) sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal; (ii) analizar las consecuencias que se derivan de este tipo de decisiones (v.gr. si decide presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia³⁴³); (iii) optar por la figura de la prueba anticipada, teniendo en cuenta en todo caso las precisiones de las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para evitar la revictimización; (iv) adoptar todas las medidas a su alcance “*para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor*”.³⁴⁴

En otros pronunciamientos, la Sala de Casación Penal ha abordado otras cuestiones -diferentes a las ya mencionadas- sobre el alcance de la prueba de referencia. Así, ha indicado que **(i)** la disponibilidad del declarante es un presupuesto insoslayable, por lo que la excepción a los principios básicos del sistema y la utilización de la prueba de referencia, ha de reducirse a verdaderos casos de necesidad³⁴⁵; **(ii)** la disponibilidad de los niños, niñas y adolescentes es relativa. A pesar de la tendencia proteccionista, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, circunstancia que obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos necesarios para evitar que pueda ser revictimizado³⁴⁶, por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas

³⁴³ “Ello no significa que en los casos en que no se enfrente la problemática de la prueba de referencia la Fiscalía no tenga la obligación de corroborar la versión de quien comparece en calidad de víctima; lo que se quiere resaltar es que la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 en cita le impone al ente acusador cargas adicionales.” Es decir, en esos casos la Fiscalía debe realizar un mayor esfuerzo investigativo para contar con mejores elementos de juicio para resolver sobre la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que la clandestinidad que suele caracterizar estos delitos generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas “directas”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688; Auto de 28 de febrero de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, radicación N° 50.262; y Sentencia de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.992.

³⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.688, fundamento jurídico N° 2.5.3.2.4.

³⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 13 de marzo de 2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 47.140.

³⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 28 de octubre de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 44.056.

dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones³⁴⁷; **(iii)** cuando el testigo comparece al juicio oral, por regla general sus declaraciones anteriores no podrán ser aducidas como prueba, sin perjuicio de su uso para refrescar memoria e impugnar la credibilidad, excepto cuando se trata de declaraciones de niños, y factores como la edad, la naturaleza del delito, las particularidades del menor, entre otros, también habilitan el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral³⁴⁸; y **(iv)** la parte que pretende aducir como prueba una declaración anterior al juicio oral, a título de prueba de referencia, debe agotar todos los trámites correspondientes a cualquier prueba³⁴⁹, sin perjuicio de los requisitos específicos para la admisión de este tipo de declaraciones.³⁵⁰

La Sala de Casación Penal también ha manifestado que la credibilidad de las declaraciones del niño, niña o adolescente -ya sea la rendida en la entrevista forense o en el testimonio- corresponde al juez³⁵¹, quien debe realizar una valoración en conjunto del material probatorio.³⁵² Incluso, se ha referido a la circunstancia en que las versiones del menor son contradictorias.³⁵³

³⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 28 de octubre de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 44.056; Sentencia de 13 de julio de 2016. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 47.124; Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 49.112; Sentencia de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.257; Sentencia de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.992; Auto de 30 de enero de 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 53.269; y Sentencia de 6 de marzo de 2019. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 51.731.

³⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 28 de octubre de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 44.056; de 16 de mayo de 2018 José Francisco Acuña Vizcaya, radicación N° 48.696; de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.257; de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.992; y de 13 de marzo de 2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 47.140.

³⁴⁹ “En consecuencia, deberá: (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio”.

³⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 28 de octubre de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 44.056; 16 de mayo de 2018. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 48.295; y de 13 de marzo de 2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 47.140.

³⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 9 de mayo de 2018. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 50.958; 16 de mayo de 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, radicación N° 48.696; 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 43.257; y 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.992.

³⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de julio de 2016. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 47.124; Auto de 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 46.809; Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 49.112; Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 47.423; Sentencia de 6 de marzo de 2019. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 51.731; Sentencia de 6 de marzo de 2019. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 54.455; Auto de 13 de marzo de 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 53.010; y Sentencia de 13 de marzo de 2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 47.140.

³⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de mayo de 2016. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, radicación N° 43.482; Auto de 22 de febrero de 2017. M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicación N° 49.313; Sentencia de 22 de marzo de 2017. M.P. José Luis Barceló Camacho, radicación N° 44.441; Sentencia de 9 de mayo de 2018. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 50.958; Sentencia de 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicación N° 46.992; y Sentencia de 13 de marzo de 2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación N° 47.140.

5.8. Vistas las anteriores consideraciones, la Sala Segunda de Revisión procede a determinar si el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá incurrió en los defectos *sustantivo* y *fáctico* al decretar como medio de prueba el testimonio de *Ángela* en el marco del proceso penal adelantado contra *Joaquín*.

6. Análisis de los requisitos *específicos* de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En el caso concreto no se configuró un defecto sustantivo ni fáctico

El Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá no incurrió en defecto *sustantivo* ni *fáctico* al decretar como medio de prueba el testimonio de *Ángela* en el marco del proceso penal adelantado contra *Joaquín*.

Para sustentar lo anterior, la Sala, en primer lugar, realizará algunas consideraciones sobre cada uno de los defectos, enfocados en la supuesta revictimización de *Ángela* (fundamentos jurídicos N° 6.1. y 6.2.). Posteriormente, analizará la alegada vulneración de los derechos fundamentales de *Joaquín* (fundamento jurídico N° 6.3.). A continuación, presentará algunas observaciones sobre las sentencias de tutela de instancia (fundamento jurídico N° 6.4.), a partir de todo lo cual manifestará el sentido de la decisión (fundamento jurídico N° 6.5.). Finalmente se referirá a las solicitudes probatorias elevadas en sede de revisión, y esbozará algunas recomendaciones en caso que se considere practicar el testimonio de la niña (fundamento jurídico N° 6.6.).

6.1. En relación con el *defecto sustantivo*, Joaquín sostuvo (*supra*, antecedente N° 2.1.) que el Juzgado accionado, al decretar el testimonio de *Ángela* -solicitado por la Fiscalía-, desconoció el trámite procesal previsto en los artículos 206A y 438 del Código de Procedimiento Penal (normas adicionadas por la Ley 1652 de 2013), en la medida que la niña ha sido sometida a múltiples valoraciones, razón por la que decretar su testimonio no cumple con los principios constitucionales. Por lo tanto, consideró que no se debe someter a su hija a una nueva declaración, en razón a que ya existía una grabación de la diligencia celebrada ante el CTI, pues ello solo tendría como finalidad afectarla psicológica y emocionalmente.

Esa apreciación no es acertada, pues como se desprende de la normatividad vigente aplicable (*supra*, fundamento jurídico N° 5.4.), la jurisprudencia de la Corte Constitucional (*supra*, fundamentos jurídicos N° 5.5. y 5.6.) y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (*supra*, fundamento jurídico N° 5.7.), con la Ley 1652 de 2013 se establecieron medidas orientadas a evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes que comparecen a la actuación penal en la calidad de probables víctimas de abuso sexual, entre la que se encuentra la *posibilidad* de utilizar sus declaraciones anteriores como prueba de referencia. No obstante, el ordenamiento jurídico no prohíbe que ellos rindan su testimonio en la audiencia de juicio oral, ni determina que dicha prueba constituya, en sí misma, una revictimización. Lo que se contempla es

que su práctica se encuentra sometida a condiciones estrictas y medidas específicas de protección.

Por tanto, es claro que en el caso objeto de estudio no existía la obligación de acudir a la prueba de referencia, pues la Ley 1652 de 2013 no determina que ello sea de forzosa aplicación. Por ende, la decisión del Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá se encuentra dentro del margen de interpretación razonable de la norma. En otras palabras, su interpretación o aplicación no fue irrazonable, desproporcionada, arbitraria ni caprichosa. Por el contrario, se constató que en la audiencia preparatoria el Juzgado accionado estableció una serie de condiciones para practicar el testimonio y evitar la revictimización de la niña (*supra*, antecedente N° 1.19.(1).).

6.2. Respecto del *defecto fáctico*, el accionante indicó (*supra*, antecedente N° 2.2.) que este se configuró al autorizar la declaración de una niña de siete años y medio -actualmente ocho y medio- sobre hechos ocurridos cuando tres años y medio, sin tener en cuenta que es improbable que pueda guardar un recuerdo objetivo, y que ya existía una grabación realizada por el CTI.

La Sala tampoco comparte esas apreciaciones pues, por un lado, la valoración de la credibilidad de las declaraciones de la niña corresponde al juez penal en la audiencia de juicio oral y, por el otro, que exista una entrevista forense no implica la obligación de abstenerse de decretar el testimonio. Como ya se advirtió en el anterior fundamento jurídico, no existe la prohibición de practicar dicha prueba en el juicio oral.

Por otra parte, en la acción de tutela y en sede de revisión *Joaquín* adjuntó una serie de documentos que son relevantes para analizar los antecedentes del caso, pero ninguno de estos demuestra en concreto que *Ángela* va a ser revictimizada por el hecho de rendir su testimonio.

En primer lugar, se encuentra la decisión del 9 de diciembre de 2015 del Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá (*supra*, antecedente N° 1.10.). No obstante, el accionante pretende darle un alcance que no tiene, pues allí simplemente se le advirtió a la Comisaría Segunda de Familia de Bogotá que no era procedente realizar una nueva valoración psicológica a *Ángela*.

Adicionalmente, *Joaquín* hace referencia a la existencia de diferentes dictámenes, rendidos por *Aglaia* (*supra*, antecedente N° 1.4.), *Nicolás* (*supra*, antecedente N° 1.11.), *Nastasia* (*supra*, antecedente N° 1.12.), el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (*supra*, antecedente N° 1.9.), y por la experta Colegio Colombiano de Psicólogos (*supra*, antecedente N° 1.13.). Sin embargo, ninguno de ellos se refiere específicamente a que la participación de la niña en el juicio oral sería revictimizante. A lo sumo, recomiendan *evitar* la exposición de la niña a situaciones de orden legal y diligencias judiciales (*supra*, antecedente N° 1.9.). Además, debe tenerse en consideración que, como se advirtió en el concepto del Colegio Colombiano de

Psicólogos, los informes de *Aglaia* y del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tienen falencias metodológicas y no cuentan con soporte científico para su diagnóstico, lo que en todo caso corresponderá analizar al juez penal en el juicio (esto se explicará en detalle en el fundamento jurídico N° 6.3.).

Ahora bien, para la Sala tampoco resulta fiable la afirmación genérica del accionante -en el sentido que la niña va a ser revictimizada- pues otras de sus declaraciones le restan credibilidad en lo atinente al estado actual de la menor. En particular, mencionó que no la ha visto desde el 5 de diciembre de 2015 (*supra*, antecedente N° 2.3.).

Finalmente, también hay que tener en cuenta que en el desarrollo del proceso penal, el representante de la víctima estuvo de acuerdo con el decreto del testimonio, oponiéndose a tener las declaraciones anteriores como prueba de referencia, pues *“resultaría supremamente grave que en un caso se le negara justamente a la persona que es directamente la afectada y tiene conocimiento directo de los hechos que declare como testigo directo (...)”* (*supra*, antecedente N° 1.19.(5).).

6.3. Además de los dos defectos estudiados, *Joaquín* manifestó que presentó la acción de tutela no solo en favor de *Ángela*, sino también a nombre propio. Esto, porque el decreto del testimonio *“desconoce el equilibrio procesal básico”* (*supra*, antecedente N° 2.3.). Dicho argumento no es de recibo, pues el decreto de un medio de prueba (v.gr. testimonio) no impide que en la audiencia de juicio oral la defensa ejerza sus derechos, según lo dispuesto en los artículos 124³⁵⁴ y 125³⁵⁵ de la Ley 906 y demás normas concordantes y complementarias.

Asimismo, el accionante presentó un acápite describiendo su situación.³⁵⁶ Allí enunció, entre otras cosas, que (i) el interés superior de su hija se vería *“fuertemente afectado en el evento de que se acusare injustamente a su padre de haber incurrido en actos de abuso sexual en su contra y que, con motivo de tal acusación, ellos dos fueren apartados”*, desconociendo su derecho a tener una familia; y (ii) las pruebas que hay en su contra son débiles e *“inconducentes”*, y muestran que la niña *“no presenta los comportamientos típicos que exhiben los niños abusados”*. En relación con lo último, *Joaquín* analizó las *“pruebas ofrecidas por la Fiscalía”* y, de otro lado, destacó otras que le son favorables.

Es evidente que ninguno de estos argumentos tiene la capacidad de afectar la validez de la decisión del Juzgado accionado. En particular, la Sala destaca que el accionante no puede trasladar el debate probatorio del proceso penal al trámite de tutela, pues el mismo debe realizarse en el escenario natural, esto es,

³⁵⁴ “Artículo 124. Derechos y Facultades. La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen en favor del imputado.”

³⁵⁵ “Artículo 125. Deberes y Atribuciones Especiales. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones: // (...) 4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral. // 5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos. (...)”

³⁵⁶ Ver *supra*, antecedente N° 2.3.

en la audiencia de juicio oral, en donde tiene plenas facultades para ejercer sus derechos de defensa y contradicción. Así, el cuestionamiento de las pruebas que le son desfavorables y el apoyo de las que le convienen, debe efectuarlo ante el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, entidad independiente e imparcial que tiene la competencia para valorar en conjunto el acervo probatorio y su credibilidad.

6.4. Vistas las anteriores consideraciones, la Sala pasa a pronunciarse sobre las decisiones de instancia.

6.4.1. De acuerdo con lo expuesto, encuentra que la sentencia de tutela de primera instancia³⁵⁷ fue acertada, en la medida que demostró que el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá no incurrió en ningún defecto que vulnerara los derechos fundamentales de *Ángela* o *Joaquín*. Así, argumentó, a partir de las sentencias de la Corte Constitucional (i.e. C-177 de 2014 y T-116 de 2017), que la prueba de referencia es excepcional en los eventos que no hay plena disposición del declarante y aplica en “*casos de extrema necesidad, situación que no se demostró a cabalidad en el proceso penal de marras*”. Además, reiteró, conforme con la sentencia de tutela mencionada, que el testimonio de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales no está prohibido si no condicionado, y su práctica depende de las particularidades de cada caso.

6.4.2. No sucede lo mismo con la sentencia de tutela de segunda instancia³⁵⁸ pues, como lo señaló el Magistrado que salvó el voto (*supra*, antecedente N° 4.5.), no se evidenció en el caso concreto la ocurrencia de un defecto sustantivo o fáctico. Además, dicho funcionario advirtió que afirmar la supuesta revictimización de la menor inobservó las características del caso en concreto, por cuanto la posibilidad de una eventual revictimización no puede ser generalizada ni categorizada como absoluta sino que depende de un examen particular de cada caso, generalización poco conveniente en la práctica judicial penal, pues resultaría procedente aplicarla a todo niño, niña o adolescente de un delito sexual a quien se le reciba declaración en el juicio oral, si previamente rindió entrevista. La Sala agrega que esta última cuestión quedó claramente establecida en la Sentencia T-116 de 2017 (*supra*, fundamento jurídico N° 5.6.).

En efecto, la Sala considera que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura realizó una interpretación inconstitucional, pues estableció como regla general que, en virtud del principio de *no maleficencia*, ningún niño, niña o adolescente podrá acudir a juicio oral a rendir testimonio (“*la protección especial a la menor deriva en la no práctica de su testimonio como prueba del ente acusador*”), encontrándose el funcionario judicial obligado a aplicar en todos los eventos el artículo 438.e del Código de Procedimiento Penal. Es necesario reiterar que la práctica de esa prueba no es en sí misma revictimizante, aunado a que la utilización de la prueba de referencia está sometida a ciertos criterios que deben evaluarse caso a caso.

³⁵⁷ Ver *supra*, antecedente N° 4.1.

³⁵⁸ Ver *supra*, antecedente N° 4.4.

Así, aunque fue enunciado por el *Ad quem* en sus consideraciones, este pasó por alto que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica garantizar la satisfacción integral y simultánea de *todos* sus derechos.³⁵⁹ No tuvo en cuenta que el caso implicaba considerar la tensión entre los derechos de la niña a no ser revictimizada, por un lado, y de acceso a la administración de justicia, participar y que se tenga en cuenta su opinión en el proceso penal en el que es considerada como el sujeto pasivo del delito de actos sexuales con menor de catorce años, y encontrar una fórmula de armonización concreta. Como se vio, la decisión del *Ad quem* fijó una regla general, cercenando, sin existir motivos, el derecho de *Ángela* a participar en el proceso judicial y a que se tuviera en cuenta su opinión. Es pertinente recordar que, como se expuso (*supra*, fundamento jurídico N° 5), una garantía esencial de los niños, niñas y adolescentes que acuden al proceso penal como posibles víctimas de un delito sexual, es que puedan participar -mediante protecciones especiales-, ser escuchados y que se tenga en cuenta su opinión.

Ahora bien, la Sala también considera necesario referirse a otros aspectos de la sentencia de segunda instancia que no se ajustan al ordenamiento jurídico o establecen conclusiones que no son competencia del juez de tutela.

En primer lugar, que realiza afirmaciones o establece conclusiones que no le competen. Por ejemplo, determina que la niña es “*víctima del hecho punible que se investiga*”, o que su recuerdo está siendo influenciado por “*personas cercanas, como es el caso de su progenitora*”. Al respecto, debe indicarse una vez más que la valoración de los medios de prueba, la determinación de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad penal individual corresponde única y exclusivamente al juez penal.

En segunda medida, el *Ad quem* parte de una concepción equivocada del *bloque de constitucionalidad*, pues el artículo 93 de la Constitución (uno de los cuales permite la integración de ciertas normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno) no permite que cualquier instrumento internacional haga parte del *bloque* (como lo sería la citada *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*), solo aquellos que sean tratados o convenios internacionales ratificados por el Estado y que reconocen derechos humanos.³⁶⁰

Para concluir este acápite, la Corte debe reiterar que 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, por lo que su intervención

³⁵⁹ Artículo 8 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia). Sobre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes ante delitos de violencia sexual, pueden consultarse -entre otras- las sentencias C-177 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico N° 5.6.; y T-448 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 5.1.

³⁶⁰ En particular, el artículo 93 tiene una cláusula de integración, y otra de *interpretación conforme*: “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)”

debe ser de carácter extremadamente reducido (*supra*, fundamento jurídico N° 3.2).

6.5. De conformidad con lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revocará la sentencia de segunda instancia, proferida el 8 de mayo de 2019 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y, en su lugar, confirmará la sentencia de primera instancia, dictada el 27 de marzo de 2019 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, que negó la acción de tutela presentada por *Joaquín* contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

6.6. Adicionalmente, la Sala advierte que esta decisión no tiene implicaciones en la determinación o no de la responsabilidad penal individual de *Joaquín*. Se limitó simplemente a corroborar que el Juzgado accionado no incurrió en un defecto sustantivo ni fáctico al decretar como medio de prueba el testimonio de *Ángela*.

Por otro lado, debe rechazar la “solicitud probatoria” presentada por *Joaquín* en sede de revisión (se le realizara a *Gabriela* y a él evaluaciones psiquiátricas. Ver *supra*, antecedente N° 6.3.), pues la misma es manifiestamente impertinente para la resolución del problema jurídico. Adicionalmente, respecto de los testimonios de los profesionales que pidió (*supra*, antecedente N° 6.7.), debe reiterarse que el debate probatorio no se puede trasladar del proceso penal al trámite de tutela.

Asimismo, la Sala considera necesario mencionar que, si se llega a practicar el testimonio de *Ángela*, como consecuencia de la revocatoria de la sentencia de tutela de segunda instancia, se tienen que respetar sus derechos como sujeto de especial protección constitucional. En esa medida, deben tenerse en cuenta las garantías enunciadas en la parte motiva (fundamento jurídico N° 5), en particular, se resaltan las de información, participación -mediante las protecciones legales especiales-, no estigmatización, no revictimización y, especialmente, a tener en cuenta su opinión y consentimiento sobre la práctica de la prueba (i.e. se debe respetar su voluntad si no quiere declarar. Ver *supra*, antecedentes N° 5.6. y 5.7.).

Finalmente, es pertinente reiterar la recomendación realizada en la Sentencia T-116 de 2017 a la Fiscalía General de la Nación, para que en los procesos penales en la que los niños, niñas y adolescentes tengan la calidad de testigos o víctimas, contemple la posibilidad de hacer uso de la práctica de la prueba anticipada, previniendo la revictimización que puede significar volver sobre los hechos delictivos, así como para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y garantizar el derecho de defensa del presunto responsable. Además, porque como lo ha resaltado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, permite salvaguardar en mayor medida el derecho de confrontación de la defensa (*supra*, fundamento jurídico N° 5.7).

7. Síntesis de la decisión

Correspondió a la Sala Segunda de Revisión estudiar la acción de tutela instaurada por *Joaquín* -a nombre propio y en representación de su hija- contra del Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que, en el marco del proceso penal adelantado en su contra por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo cometido -supuestamente- a su hija, accedió a la solicitud de la Fiscalía y decretó el testimonio de la niña, aunque condicionando su práctica para no atentar contra su intimidad, su buen nombre o que constituya una forma de revictimizarla.

El accionante consideraba que esa decisión configuraba un defecto sustantivo y uno fáctico, pues su hija ya había rendido una entrevista forense y someterla a juicio sí la revictimizaba, por lo que se debió dar aplicación al artículo 438 de la Ley 906 de 2004 -adicionado por la Ley 1652 de 2013- que permite llevar a juicio -como prueba de referencia- las declaraciones anteriores de los niños, niñas y adolescentes en esa clase de procesos. Además, sostuvo que el decreto de esa prueba vulneraba sus derechos fundamentales porque desconocía el equilibrio procesal básico.

Luego de reiterar la jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales -haciendo énfasis en los defectos sustantivo y fáctico como requisitos específicos-, la Sala determinó que en el caso concurrían los requisitos generales. A continuación, estimó necesario estudiar el alcance del testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, para lo cual se refirió a (i) el estándar de debida diligencia reforzado que debe regir en los procesos penales adelantados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la presunta víctima es un niño, niña o adolescente, resaltando las garantías en favor de los mismos; y (ii) el alcance de las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 en relación con los testimonios que ellos pueden presentar en la audiencia de juicio oral del proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004. En relación con el último punto hizo alusión a la jurisprudencia pertinente de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

A partir de lo anterior, la Sala entró a analizar el caso concreto, en donde concluyó que el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá no incurrió en defecto sustantivo ni fáctico al decretar como medio de prueba el testimonio de *Ángela* en el marco del proceso penal adelantado contra *Joaquín*. Esto, en la medida que el ordenamiento jurídico no prohíbe su práctica ni determina que dicha prueba constituya, en sí misma, una revictimización. Lo que contempla es que su práctica se encuentra sometida a condiciones estrictas y medidas específicas de protección. Además, la Sala no encontró motivos para considerar, en concreto, que la niña iba a ser revictimizada, pues la simple existencia de una entrevista forense no conlleva la obligación de abstenerse de decretar el testimonio. Por otra parte, determinó que el decreto de la prueba no desconoce los derechos fundamentales de

Joaquín, pues no impide que en la audiencia de juicio oral ejerza sus derechos de defensa y contradicción. En este punto, resaltó que el accionante no puede trasladar el debate probatorio del proceso penal al trámite de tutela, pues es al juez ordinario a quien le corresponde la valoración de los medios de prueba, la determinación de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad penal individual.

De acuerdo con lo estudiado, la Sala se pronunció sobre las sentencias de tutela de instancia y, luego, manifestó el sentido de su decisión: revocar la sentencia de segunda instancia, que concedió el amparo, y, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia, que negó la acción de tutela presentada por *Joaquín* contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Finalmente, la Sala (i) se refirió a las solicitudes probatorias elevadas en sede de revisión; (ii) esbozó algunas recomendaciones en caso que se considere practicar el testimonio de la niña: tener en cuenta sus garantías a ser informada, participar -mediante las protecciones legales especiales-, no ser estigmatizada ni revictimizada y, especialmente, a que sea tenida en cuenta su opinión y consentimiento (i.e. se debe respetar su voluntad si no quiere declarar; y (iii) reiteró la recomendación realizada en la Sentencia T-116 de 2017 a la Fiscalía General de la Nación para que en estos tipos de casos considere hacer uso de la práctica de la prueba anticipada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia, proferida el 8 de mayo de 2019 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y, en su lugar, **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, dictada el 27 de marzo de 2019 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, que negó la acción de tutela presentada por *Joaquín* contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

SEGUNDO.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes -a través del Juzgado de primera instancia-, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

PONENCIA T-7273603

SENTENCIA.....	1
I. ANTECEDENTES	2
1. Hechos	2
2. Acción de tutela instaurada.....	13
3. Admisión y respuestas	18
4. Decisiones objeto de revisión	22
5. Trámite de selección	32
6. Actuaciones en sede de revisión	33
II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	39
1. Competencia	39
2. Planteamiento del problema jurídico, metodología y estructura de la decisión	39
3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia	39
4. Se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva y los <i>generales</i> de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales en el caso concreto	44
5. El testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual	50
6. Análisis de los requisitos <i>específicos</i> de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En el caso concreto no se configuró un defecto sustantivo ni fáctico.....	69
7. Síntesis de la decisión	75
III. DECISIÓN.....	76
RESUELVE.....	76