Sentencia T-843/11

Referencia: expediente T-2.513.620

Acción de tutela instaurada por XXX, en representación de su hija menor de 18 años, contra la Fiscalía 234 Seccional Bogotá.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 3 de diciembre de 2009, en la que confirmó el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá del 6 de noviembre de 2009, en el que se negó la tutela a los derechos de la niña accionante.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

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

Antes de relatar los antecedentes, la Sala aclara que para proteger el derecho a la intimidad de la niña tutelante, su nombre y el de sus padres serán suprimidos del presente fallo para evitar su identificación.

1.1 SOLICITUD

El 21 de octubre de 2009, XXX, en representación de su hija menor de 18 años y por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en

contra de la Fiscalía 234 Seccional de Bogotá, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de la niña a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, a la protección especial de los niños y las niñas, al acceso a la justicia y a vivir una vida libre de violencia.

La tutelante relata los siguientes hechos**.**

1.2 HECHOS

1.2.1 El 26 de diciembre de 2007, la demandante asegura que acudió a la IPS Cafam junto con su hija menor de 18 años, debido a que esta última se quejaba de un fuerte ardor al orinar. Sostiene que allí, al ser interrogada sobre el origen de la dolencia, indicó que su papá la había “tocado” y se “tocó su vaginita y se hizo muy fuerte y luego se pegó en una pierna.” Relata que en esta primera visita, la niña fue diagnosticada con “dos días de evolución de disuria”, “síndrome de maltrato” y “leve eritema en vulva”.

1.2.2 El 28 de diciembre de 2007, señala que la niña fue valorada nuevamente en la IPS Cafam. Asegura que el diagnóstico emitido por los médicos tratantes fue “abuso sexual”. Además, afirma que en entrevista con la trabajadora social, la niña expresó que “no le gusta salir a solas con el papá ya que le introduce el dedo en la vagina presiona muy duro y luego le pega en la pierna”.

1.2.3 El mismo día -28 de diciembre de 2007, relata que la niña fue examinada en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Sin embargo, la madre asegura que desconoce los resultados del examen.

1.2.4 Con base en estos hechos, la madre explica que, el 28 de diciembre de 2007, formuló denuncia penal contra el padre de la niña. La investigación correspondió a la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Integridad y Formación Sexuales de Bogotá.

1.2.5 Aduce que ella y su hija fueron remitidas a valoración psicosocial y de trabajo social. Posteriormente, sostiene que el 3 de enero de 2008, se “confirmó en entrevista con la trabajadora social y la psicóloga lo relatado en la denuncia, respecto a las sospechas de abuso sexual del padre”. Afirma que la niña reiteró el relato el 5 de enero de 2008, en entrevista de valoración psicológica.

1.2.6 Explica que el 14 de abril de 2008, remitió a la Fiscalía 234 Seccional copia de la historia clínica de su hija para que fuera tenida en cuenta dentro de la investigación.

1.2.7 Indica que el 15 de junio de 2008, a través de su apoderado, solicitó a la Fiscalía 234 Seccional la realización de una entrevista judicial a la niña, en

vista de que seis meses después de la formulación de la denuncia penal, aquella aún no había sido interrogada. En esta misma oportunidad, expresa que sugirió al despacho entrevistar a la abuela de la niña, a quien esta última relató lo sucedido.

1.2.8 Aduce que el 23 de julio de 2008, a su hija se le realizó una entrevista psicológica en la Fiscalía, a la que no se le permitió el ingreso. Asegura que en reiteradas oportunidades solicitó copia del acta respectiva, pero le fue negado el acceso a ella.

1.2.9 Manifiesta que el 29 de julio de 2008, debido a que el padre de la niña insistía en visitarla, solicitó a la Fiscalía la adopción de medidas de protección. Asegura que la Fiscalía no dio respuesta a la petición, pese a que la solicitud fue reiterada el 27 de agosto de 2008.

1.2.10 Alega que el 27 de agosto de 2008, solicitó a la Fiscalía que se realizara la audiencia de imputación de cargos contra el padre de la niña por el delito de acceso carnal abusivo agravado. Sostiene que el 27 de octubre siguiente, la Directora de la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía corrió traslado de la petición a la Fiscalía 234 Seccional con el fin de que informara la decisión adoptada al respecto.

1.2.11 Expresa que el 29 de octubre de 2008, la Fiscalía 234 Seccional respondió que el despacho no había procedido a realizar la audiencia de formulación de cargos, por cuanto no contaba aún con los elementos materiales probatorios suficientes para inferir razonablemente la responsabilidad del denunciado, en especial, el despacho aseguró que no contaba con “la versión directa de la menor ofendida.”

1.2.12 Indica que el 12 de febrero de 2009, solicitó a la Fiscalía ordenar la práctica de una nueva entrevista judicial a la niña en cámara de Gesell y con psicóloga experta, en presencia suya y del defensor de familia.

1.2.13 La tutelante relata que en abril tuvo conocimiento de que la Fiscalía había ordenado al Instituto Nacional de Medicina Legal valorar psicológica y psiquiátricamente a su hija.

1.2.14 Señala que el 14 de mayo de 2009, reiteró a la Fiscalía su solicitud de realizar la audiencia de formulación de cargos, debido a que –asegura- ya contaba con la versión de la niña.

1.2.15 Manifiesta que el 29 de mayo de 2009, la Fiscalía 234 Seccional negó la solicitud porque, aseguró, cuando la niña fue valorada por el Instituto Nacional de Medicina Legal el 28 de diciembre de 2007, “el examen genital se encontró sin lesiones, no se aprecia ningún tipo de inflamación o enrojecimiento (…) pericia judicial que deja sin sustento el diagnóstico clínico rendido por la Médico de la Clínica de Cafam, pues no resulta

lógico que el leve eritema vulvar encontrado en la consulta externa practicada en la clínica el 27 de diciembre de 2007 el día siguiente no haya sido detectado por el perito forense (…).” La peticionaria indica que la Fiscalía afirmó además que no contaba con la versión directa de la menor de 18 años sobre los hechos rendida ante una autoridad judicial o perito forense, pues en la entrevista psicológica no expresó nada al respecto.

1.2.16 Relata que el 30 de julio de 2009, la Fiscalía 234 Seccional solicitó a la niña presentarse el 16 de agosto del mismo año con el fin de ser valorada por un perito de psicología y psiquiatría forense.

1.2.17 Asegura que el 10 de agosto de 2009, se comunicó con el Instituto Nacional de Medicina Legal y se le informó que la diligencia estaba programada para ese mismo día y que existía un error en la citación.

1.3. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La demandante considera que el despacho demandado desconoció los derechos fundamentales de su hija menor de 18 años a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, a la protección especial de los niños y las niñas, al acceso a la justicia y a vivir una vida libre de violencia, por las siguientes razones:

Sostiene que tras más de un año de la formulación de la denuncia penal, la Fiscalía 234 Seccional no ha adoptado medidas de protección a favor de la niña, ni ha formulado cargos contra el padre, a pesar de que en el expediente obra la evidencia suficiente. Además, afirma que no es cierto que la niña no haya hecho ninguna manifestación sobre los hechos denunciados; “(…) la niña sí manifestó los hechos de los que fue víctima a un médico pediatra, la trabajadora social y a la psicóloga adscritos a la IPS CAFAM, quienes desde sus conocimientos científicos podrán efectuar la valoración correspondiente.”

Agrega que la Fiscalía no ha entrevistado a los médicos tratantes de la niña, pese a que esta prueba fue solicitada en el proceso.

Sostiene que el 10 de agosto de 2009, la niña iba a ser sometida a una nueva entrevista psicológica, pese a las consecuencias sobre su dignidad e integridad que la nueva intervención en el proceso le traería.

Indica que teniendo en cuenta los elementos probatorios que obran en el expediente, no es necesario ratificar el testimonio directo de la niña ante la autoridad judicial. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en casos similares. En sentir de la demandante, “la Fiscalía se ha sustraído de contemplar la coherencia del dicho de la niña, las manifestaciones físicas de dolor (…)”. En su criterio, “la articulación de los medios de

conocimiento existentes a la fecha es suficiente para imputarle cargos al agresor.”

Afirma que ninguna norma obliga a que “(…) los únicos peritos posibles sean aquellos con los que cuenta el Instituto Nacional de Medicina Legal y/o policía judicial”, pues el artículo 406 de la Ley 906 de 2004 permite la participación de peritos de entidades privadas y particulares especializados en la materia.

Manifiesta también que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en casos como el presente es posible la admisión de pruebas de referencia, ya que la violencia sexual es un evento similar al secuestro y la desaparición forzada para efectos de la aplicación del artículo 438 de la Ley 906 de 2004. En su criterio, en este caso, dadas las circunstancias y el paso del tiempo, no es necesario que la niña declare dentro de proceso; la formulación de cargos puede basarse en los materiales probatorios que ya obran en el expediente.

Por último, afirma que el hecho de que la niña no haya hecho referencia a los hechos de violencia sexual de los que fue víctima en la entrevista que le practicó la psicóloga forense, “(…) se debe a varios factores, entre ellos, los cambios en la memoria de los niños debido a su corta edad y a los efectos del tratamiento psicológico que ha recibido y que han generado la superación de las secuelas causadas por estos hechos.” La actora también explica lo siguiente en relación con la memoria de los niños y niñas menores de cinco años:

> “Es importante tener en cuenta que en niños y niñas menores de (5) cinco años, hay alteraciones de la memoria que impiden recordar hechos ocurridos en sus primeros años de vida. Aunque la amnesia infantil tiene que ver con la represión de hechos que genera angustia, como los ocurridos por violencia sexual, hay que decir que niños y niñas, a corta edad, piensan diferente a los adultos por una relación muy limitada con el lenguaje. También la imposibilidad de recordar los hechos ocurridos antes de los cinco años, tiene que ver con que el sistema nervioso no se halla totalmente formado y hay cambios fisiológicos en el cerebro que producen la pérdida de la memoria.”

Finalmente, recuerda que la Fiscalía fue quien impidió que la entrevista forense fuera llevada a cabo con cercanía temporal a los hechos, pues permitió que pasaran cerca de siete meses antes de ordenar su práctica.

En resumen, para la actora, el despacho demandado “(…) ha puesto trabas para el desarrollo del proceso, con lo cual ha omitido asignar la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas ordenada en la Constitución y ha incumplido con su deber de actuar con la debida

diligencia." Así mismo, ha adoptado un actitud negligente que sumada a las trabas que ha impuesto al avance del proceso, "(…) ha frustrado toda posibilidad de restablecimiento de los derechos de la menor víctima y le ha impuesto una carga inconstitucional y violatoria de sus derechos fundamentales, que no está en la obligación de soportar."

Por las anteriores razones, la tutelante solicita que el juez de tutela ordene a la autoridad demandada **(i)** formular cargos contra el padre de la niña por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado por su posición de autoridad respecto de la víctima; y **(ii)** realizar una investigación seria sobre los hechos denunciados.

1.4. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 23 de octubre de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá admitió la acción de tutela y corrió traslado a la autoridad demandada.

La Fiscalía Seccional 234 Delegada de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual guardó silencio.

1.4.1. Padre de la niña tutelante

Por medio de auto del 23 de abril de 2010, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional ordenó poner en conocimiento de ZZZ, padre de la niña tutelante y presunto agresor, la demanda y las sentencias de instancia, con el fin de que manifestara lo que estimara conveniente. Mediante escrito radicado en esta Corporación el 4 de mayo de 2010, ZZZ manifestó su inconformidad con las afirmaciones hechas por la apoderada de la niña, por las siguientes razones:

Asegura que "(…) teniendo en cuenta que un niño al sentir dolor físico, evita el mínimo contacto ya que saben que al hacerlo se les puede manifestar nuevamente el dolor", es ilógico que la niña haya reproducido la escena de dolor delante de su abuela y de otras personas "(…) aun cuando sabe que esto le va a doler".

Agrega que él regresó a Bogotá y estuvo en contacto con la niña desde el 22 de diciembre de 2007, por lo cual considera ilógico que si la niña se quejaba de ardor al orinar y la madre tenía sospechas sobre una posible situación de abuso sexual, esta última aceptara pasar la noche del 24 de diciembre en su casa y decidiera llevar a la niña a urgencias hasta el 25 de diciembre siguiente.

Sostiene que existen incongruencias en el relato de la madre, pues en la historia clínica se indica que cuando ingresó a urgencias el 26 de

diciembre de 2007, tenía una evolución de disuria de 2 días, pero la madre asegura que la niña se quejaba de ardor al orinar desde el 22 de diciembre.

Indica que no existe evidencia de que la niña haya sido penetrada.

Afirma que es ilógico que si la niña fue víctima de violencia sexual por el padre, haya manifestado que quiere tener un acercamiento a él.

Asegura que, como lo manifiesta la madre, nunca estuvo más de cinco minutos con la niña a solas; siempre estaba presente la madre.

Manifiesta que en el expediente existen inconsistencias en la narración, lo que se ha traducido en que el delito haya sido tipificado de distintas maneras: a veces como acoso y en otras oportunidades como abuso sexual.

Asevera que las personas que han entrevistado y examinado a la niña son especialistas y que debe darse credibilidad a sus dictámenes.

Finalmente, sugiere que se trata de un caso de falsa denuncia basada en el resentimiento de la madre de la niña en su contra.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1 PRIMERA INSTANCIA: SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Mediante sentencia del 6 de noviembre de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó la tutela por considerar que no es cierto que la Fiscalía demandada haya actuado negligentemente y que, en todo caso, el trámite que la accionante solicita solamente puede ser surtido por el ente investigador. A su juicio, “(…) no es función del juez constitucional reevaluar o imponer un criterio en cuanto al poder suasorio de los medios de convencimiento para la Fiscalía al momento de elevar una imputación”, ello implicaría una “(…) flagrante intromisión y restricción a la autonomía e independencia de la rama judicial”.

2.2 IMPUGNACIÓN

La apoderada de la niña tutelante impugnó la decisión adoptada por las siguientes razones:

Reiteró que las autoridades judiciales, si bien es cierto están amparadas por los principios de independencia y autonomía judicial, no están exentas del deber de cumplir sus funciones de conformidad con la Constitución, la ley y los fines sociales del Estado, y de garantizar los derechos fundamentales de todas las personas, en este caso particular, los derechos

de las mujeres víctimas de violencia sexual a la verdad, justicia y reparación. Agregó que “(…) las decisiones de las autoridades judiciales no son constitucionales por el sólo hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo (…) sino que éstas deben respetar los derechos fundamentales, que es lo que imprime a la actuación estatal el carácter razonable.” En este orden de ideas, concluyó que la autonomía e independencia que ampara a la Fiscalía no justifica la adopción de decisiones arbitrarias y violatorias de los derechos fundamentales de una niña.

Aseguró que la decisión del *a quo* en relación con las actividades probatorias desplegadas por la autoridad demandada, “(…) adolece de graves errores, omite la forma y el tiempo en que se adelantaron y no tiene en cuenta la negligencia y arbitrariedad de la Fiscalía ni la vulneración de la dignidad de la menor”. Por ejemplo, en su sentir, la entrevista psicológica no debió haberse practicado casi siete meses después de que ocurrieron los hechos, pues este lapso prolongado de tiempo “(…) afectó seriamente las posibilidades de obtener directamente de la niña (…) su relato de los hechos.” Además, destacó que la niña fue sometida a un tiempo de espera de cinco horas y que no se permitió el acceso de sus representantes a la cámara de Gesell.

También señaló que el considerable tiempo que la Fiscalía se ha tomado para llevar a cabo la investigación desconoce el derecho de las víctimas a un juicio sin dilaciones injustificadas.

Sostuvo que es un deber del Estado investigar seriamente las violaciones de derechos humanos cometidas dentro de su jurisdicción. A su juicio, “(…) la investigación aparente y la negligencia de la Fiscalía orientada a crear una simple formalidad que permite espacios de impunidad, son contrarias al deber de investigación seria de las violaciones de derechos humanos y reducen el proceso penal a una simple gestión de intereses particulares que dependen de la iniciativa procesal de la víctima y de la aportación privada de elementos probatorios, aún cuando esto implica un ataque en contra de su dignidad.”

Por último, la tutelante afirmó que no es cierto que disponga de otros mecanismos judiciales de defensa, “(…) pues de acuerdo con la legislación procesal vigente no existen mecanismos de impugnación dentro del mismo proceso penal en contra de las decisiones adoptadas por la Fiscalía que permitan debatir su legalidad.”

2.3 SEGUNDA INSTANCIA: SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del *a quo,* bajo el argumento de que la acción de tutela no fue

creada para sustituir o reemplazar los procedimientos ordinarios consagrados por el legislador para resolver las controversias jurídicas, y que en este caso no se advierte la existencia de una vía de hecho.

3. PRUEBAS

Se encuentran en el expediente las siguientes pruebas documentales relevantes:

3.1 Copia del registro civil de nacimiento de la niña YYY (fol. 22. C. 1).

3.2 Copia de la denuncia formulada el 28 de diciembre de 2007, por XXX, contra ZZZ, por el delito de “actos sexuales con menor de catorce años” (fols. 23 a 26 C. 1). En la denuncia, la madre de la niña YYY relató:

> “(…) hace dos años aproximadamente, cuando eso mi hija tenía la edad de un año larguito, su padre se la llevaba el mismo día y me la regresaba en horas de la tarde, cuando la iba a cambiar de pañal mi hija no se dejaba cambiar, lloraba mucho y estaba muy irritada, teniendo esa sospecha ya la lleve con una médica que es amiga de la familia (…), ella en ese momento me dijo que se le veía la vaginita muy irritada; y el día 8 de noviembre de 2.005 fui a la comisaría de familia de Puente Aranda a modificar las visitas, nosotros los tres estuvimos en terapias de psicología en BIENESTAR FAMILIAR, ahí la psicóloga dijo que la niña sí podía ver a su papá pero tenía que ser presenciada por mi. Y así estuvimos durante todo ese tiempo. Y el día 24 de diciembre del año en curso nos quedamos [YYY] y yo en la casa del señor [ZZZ] pasando navidad y el 25 de diciembre nos levantamos y nos fuimos para el parque, íbamos [ZZZ] y yo, dos hermanas de él con sus esposos e hijos; yo vi cuando [ZZZ] tenía a mi hija alzada y estaba patinando, luego la bajo y la niña dijo no quiero más, yo le dije porque y ella no contestó nada. Y el día 26 de diciembre del año en curso yo llevé a mi hija por urgencias ya que desde el día martes 25 de diciembre la niña tenía ardor al orinar, la llevamos por urgencias a CAFAM de la calle 51 ahí le realizaron parcial de orina y no se veía ninguna infección, le mandaron unos baños y unas pastillas de vitamina C y ayer en la mañana yo fui al médico porque me había caído y al regresar en horas de la tarde mi señora madre CLEMENCIA RUIZ de 49 años de edad me dijo que la niña seguía con ese ardor y grita del dolor, mi mamá al ver así a la niña le preguntó que si era que se había caído y se había lastimado, la niña dijo que no, y dijo que ella creía que era su papá que la había tocado (…)”.

3.3 Copia de la historia clínica de la niña YYY, en la Caja de Compensación Familiar CAFAM, Subdirección de Salud – IPS CAFAM (fols. 27-28 y 31

a 56 C. 1). En el registro de urgencias del 26 de diciembre de 2007, se indica como diagnóstico de ingreso "INFECCIÓN EN VÍAS URINARIAS, SITIO NO ESPECIFICADO". A continuación la medico tratante Derly Marcela Espinosa Cruz estableció el siguiente diagnóstico "PACIENTE CON CUADRO DE 2 DÍAS DE EVOLUCIÓN DISURIA", y recetó a la niña "ACIDO ASCORBICO 500 MG CADA 8 HORAS POR 5 DÍAS" (*cfr*. fols. 31 a 33 C. 1). En el registro del día 27 de diciembre de 2007, el diagnostico de la médico tratante fue "LEVE ERITEMA EN VULVA, IMEN SIN DEFORMACIÓN, SIN SECRECIÓN (…)" (*cfr*. fol. 35 C. 1). En el registro del 28 de diciembre de 2007 de valoración de trabajo social se sugirió a la madre dirigirse a la comisaría de familia. El registro de trabajo social fue el siguiente:

> "Se realiza entrevista socio familiar con la madre de la menor Sra. [XXX] de 25 años quien comenta que vive con los padres, hermanos y la menor. Refiere que sospecha que el papá de la menor está abusando de la niña. La madre comenta que nunca ha vivido con el papá de la niña que no se lleva muy bien con él. El padre de la menor Sr. [ZZZ] de 25 años está demandado por alimentos y agresiones a la madre, con previa autorización de Psicóloga en Bienestar Familiar. El padre puede ver a la menor con algún acompañante, pero el fin de semana que corresponde a 22 y 23 de Diciembre el padre salió a solas con la niña y en la noche la menor presentó ardor al orinar es por ello que consulta por urgencias y es remitida a trabajo social. La menor comenta en la entrevista 183 'no le gusta salir a solas con el papá ya que le introduce el dedo en la vagina, presiona muy duro y luego le pega en la pierna'" (*cfr*. fol. 39 C. 1).

En el registro del 5 de enero de 2008, la psicóloga Lucila Alarcón de Lozano señaló: "Niña en proceso de valoración por presunto abuso. Cita con la niña, la trae la madre y la abuela, entra sola sin dificultad, se trabaja en establecer empatía, se muestra comunicativa, sin preguntársele: cuenta que 'mi papá me cogió así' y muestra como le tocó los genitales. Se trabaja en dibujo" (*cfr*. fol. 47 C. 1).

En el registro del 16 de enero de 2008, la misma psicóloga hizo la siguiente referencia: "Niña con buenas capacidades intelectuales, espontánea, comunicativa, en las dos citas que se tuvieron habla libremente de cuando el padre le tocaba los genitales, situación para ella 'normal' no le siente miedo ni tiene una figura negativa internalizada, dice que lo quiere ver 'pero está en Barrancabermeja" (*cfr*. fol. 51 C. 1).

3.4 Copia del oficio radicado el 14 de abril de 2008 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, con el fin de informar que la Secretaría de Integración Social del Distrito había

remitido a la niña a tratamiento psicológico debido a los hechos objeto de la denuncia penal (fol. 57 C. 1).

3.5 Copia del oficio radicado en junio de 2008 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, con el fin de solicitar la práctica de una entrevista a la niña y otra a su abuela materna para que fueran tenidas como prueba dentro de la investigación (fols. 58 y 59 C. 1).

3.6 Copia del oficio enviado el 3 de marzo de 2008 por la Defensora de Familia del Centro Zonal Mártires del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a ZZZ, con el fin de requerirle el pago de las cuotas alimentarias que adeudaba a la madre de la niña e informarle que las visitas a su hija le habían sido suspendidas (fol. 60 C. 1).

3.7 Copia del oficio radicado el 29 de julio de 2008 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, con el fin de solicitar la adopción de medidas de protección a su favor, debido a que el padre había solicitado al ICBF el levantamiento de la orden de suspensión de visitas y la madre, por esta razón, había sido citada a una nueva audiencia de conciliación (fols. 61 a 63 C. 1).

3.8 Copia del oficio radicado el 28 de julio de 2008 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, con el fin de solicitar copia del video de la entrevista psicológica practicada a la niña el 23 de julio de 2008. También manifestó su inconformidad por no habérsele permitido el ingreso a la entrevista (fols. 67 y 68 C. 1).

3.9 Copia del derecho de petición presentado el 27 de agosto de 2008 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, mediante el cual solicitó el impulso adecuado de la investigación, en particular, la realización de la audiencia de imputación de cargos contra ZZZ con fundamento en las evidencias que obran en el expediente (fols. 69 a 71 C. 1).

3.10 Copia del derecho de petición presentado el 27 de agosto de 2008 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, con el fin de solicitar al despacho que evitara obstruir la participación de los representantes de la niña víctima en el proceso, en particular, el acceso a la entrevista realizada a la niña (fols. 72 a 74 C. 1).

3.11 Copia del oficio No. 0914 J-U.D.S. del 24 de noviembre de 2008, mediante el cual la Jefe de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual dio respuesta a los derechos de petición presentados por la apoderada de la niña tutelante (fol. 75 C. 1).

3.12 Copia del derecho de petición presentado el 12 de febrero de 2009 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, con el fin de solicitar la práctica de una nueva entrevista judicial a la niña en cámara de Gesell y con psicóloga experta, en presencia de la defensora de familia de la representante legal de la niña (fols. 79 y 80 C. 1).

3.13 Copia del derecho de petición formulado el 14 de mayo de 2009 por la apoderada de la niña, ante la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, con el fin de solicitar la realización de la audiencia de imputación de cargos contra ZZZ y de una investigación adecuada (fols. 83 a 94 C. 1).

3.14 Copia de la respuesta al derecho de petición anterior, proferida por el Fiscal Seccional 234, el 29 de mayo de 2009 (fols. 95 a 97 C. 1).

4 ACTUACIONES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

4.1 PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto del 23 de abril de 2010, el Magistrado Ponente ordenó:

> "**SEGUNDO. OFICIAR** a la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Vida, Integridad y Formación Sexuales de Bogotá, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, remita copia del expediente que contiene la investigación penal que adelanta contra [ZZZ]."

Posteriormente, mediante auto del 16 de agosto de 2011, para clarificar puntos adicionales del caso, el Magistrado Ponente invitó a la Corporación Vínculos, a la Asociación Afecto Contra el Maltrato Infantil, a la Corporación AVRE y a la organización Defensa de Niñas y Niños Internacional DNI Colombia a emitir un concepto técnico sobre los hechos objeto de estudio.

Adicionalmente, se puso en conocimiento del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la demanda de tutela que dio origen al presente proceso y sus anexos, con el fin de que manifestara lo que estimara conveniente y, específicamente, informara al Despacho:

1. "El número de psicólogos forenses de los que dispone para la práctica de entrevistas judiciales en casos de denuncias de violencia sexual contra niños y adolescentes, en la ciudad de Bogotá.

2. El tiempo promedio que tarda cada entrevista con psicólogo forense a los niños presuntamente víctimas de violencia sexual.

3. El tiempo de espera promedio para la asignación de turno de entrevista en este tipo de casos, es decir, el tiempo que usualmente transcurre entre la solicitud de la respectiva autoridad y la práctica de la entrevista con psicólogo forense.

4. El número de solicitudes de entrevistas en casos de posible violencia sexual contra niños que recibe en promedio mensualmente y el número de entrevistas que efectivamente realiza en el mismo periodo

5. Las razones por las cuales en el caso bajo estudio se presentaron demoras en la asignación de los turnos para la realización de las entrevistas solicitadas por el fiscal demandado a la niña tutelante.

6. El tiempo que duró la entrevista con psicólogo forense realizada a la niña tutelante.

7. El protocolo que emplea el instituto para la práctica de entrevistas con psicólogo forense a niños presuntamente víctimas de violencia sexual.”

Finalmente, en el mismo auto, se ofició al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Procuraduría General de la Nación para que emitieran un concepto técnico sobre el presente caso

En cumplimiento de los anteriores autos, el despacho del Magistrado Sustanciador recibió las siguientes pruebas relevantes:

4.1.1 Documentos

4.1.1.1 Copia del “INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL SEXOLÓGICO” practicado el 28 de diciembre de 2007, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a la niña YYY (fols. 9 y 10 C. 3). En el informe se concluye lo siguiente:

“1. No ha ocurrido penetración vaginal por miembro viril ni por dedo, indicando que de haber ocurrido alguna maniobra con dedos, fue una maniobra de contacto no de introducción.
2. Este tipo de maniobras no deja ninguna huella ni señal a nivel anatómico, por lo cual el examen físico carece por completo de utilidad para confirmarlas o descartarlas.
3. Por lo anterior, en este caso la investigación se debe basar en el análisis de la versión de la niña por parte de profesional

especializado en entrevista a menores, teniendo en cuenta las limitaciones propias de la corta edad de la menor.
4. El malestar que presentó al orinar unos momentos antes de la consulta, debe hacer descartar de nuevo infección urinaria, por lo cual debe ser llevada de nuevo al servicio de salud. Se le da esta indicación a la madre.

PLAN: Se indica a la Secretaría de Integración Social remitir para apoyo psicológico” (*cfr*. fol. 10 C. 3).

4.1.1.2 Copia de la conclusión de la entrevista psicológica practicada el 23 de julio de 2008, por la Psicóloga Forense de la DIJIN, Susana Obregozo Giordi, a la niña tutelante (fols. 65 y 66 C. 3). En el documento, la profesional aseguró:

> “La menor **[YYY],** SE OBSERVA ATENTA, CONVERSADORA, EXPLORADORA, DE BUEN ÁNIMO, JUGUETONA, TENIENDO EN CUENTA LAS LIMITACIONES DE SU EDAD: **No hace revelación alguna de los hechos materia de investigación,** por lo tanto no se corrobora ni se descarta ninguna maniobra de abuso sexual” (*cfr*. fol. 65 y 66 C. 3, negrilla original).

4.1.1.3 Copia del auto proferido por el Fiscal 234 Seccional, el 20 de agosto de 2008, en el que **(i)** libró orden de policía judicial a fin de que se practicara entrevista a Clemencia Ruiz, abuela materna de la niña tutelante, y a la trabajadora social de la Clínica Cafam, con el fin de establecer los hechos objeto de la denuncia; **(ii)** ofició a la Defensora de Familia C-Z Mártires, con el fin de que suspendiera las visitas del padre de la niña hasta tanto culminara la investigación; y **(iii)** denegó la solicitud de entrega del video de la entrevista realizada a la niña (fol. 81 y 82 C. 3).

4.1.1.4 Copia de formato FPJ12 de la entrevista realizada a Clemencia Ruiz de Prieto, el 26 de agosto de 2008 (fols. 96 y 97 C. 3).

4.1.1.5 Copia de formato FPJ12 de la entrevista practicada a XXX, el 26 de agosto de 2008 (fols. 98 a 100 C. 3).

4.1.1.6 Copia de formato FPJ-14 de la entrevista realizada a Diana Mercedes Barrera Gutiérrez, trabajadora social de la Clínica Cafam, el 4 de septiembre de 2008 (fols. 108 a 110 C. 3). La Dra. Barrera relató:

> “La niña había estado hospitalizada por una infección de vías urinarias el 26 de Diciembre y la remitieron a trabajo social pero no estábamos, casualmente al día siguiente llegó nuevamente a la clínica la madre con la niña y me llamaron de urgencias para que me entrevistara con la niña yo ya sabía de los antecedentes por lo

que me comentaron los pediatras de un posible abuso sexual de la menor por parte de su padre y me entrevisté con la mamá de la niña quien me comentó y puso una grabación de un celular en donde la menor manifestaba lo que le hizo su papá en el parque y me contó todas las dificultades que tenía con el padre de la menor, le dije que se quedara afuera mientras yo entrevistaba a la menor, ingresé a la habitación y le pregunté a la niña porqué la mamá la había llevado al hospital, entra (sic) me respondió diciendo que porque le dolía al hacer chicha, le pregunté que porque el papá no estaba con la mamá acompañándola, respondiendo que no vivían juntos, que no se querían vivían en lugares distintos, luego le indagué sobre si salía con el papá, que si la sacaba, y ella dijo que el papi la sacaba unos días porque aun no comprendía bien al diferencia de los días pero que no le gustaba irse con el papá; a lo que le pregunté el porque no le gustaba, me dijo que no porque su papá era grosero, yo le dije que con quien era grosero, ella contestó que cuando la saca el papá la sienta en las piernas de él y le pasaba la mano metiéndole luego los dedos en la vagina (realiza movimientos con su mano derecha ejemplificando lo manifestado por la menor el día en que se entrevistó con ella en el que asciende su mano en contacto con su pierna desde la parte interna distal del fémur dirigiéndola a sus genitales); luego yo le pregunté que si le gustaba que el papá hiciera eso y me dijo que no le gustaba y que si quería bajarse o no se dejaba le pegaba en la pierna para que se quedara quieta, le indagué si eso había pasado solo hace pocos días o si había pasado hace mucho tiempo, la niña comentó que hace mucho tiempo y varias veces por eso no le gustaba estar sola con el papá, se le preguntó que si en ese momento llegara el papá se iría con él, la menor manifestó que se iría solo si iba la mamá, en ese momento no le pregunté más a la niña y llamé a la mamá para decirle que sus sospechas podrían ser ciertas y que remitiría el caso a una entidad judicial y realicé el informe” (*cfr*. fols. 108 y 109 C. 3).

4.1.1.7 Copia de acta del interrogatorio realizado a ZZZ, el 6 de noviembre de 2008 (fols. 139 a 146 del C. 3).

4.1.1.8 Copia del auto proferido el 23 de febrero de 2009, por la Fiscalía Seccional 234, en la que solicita la práctica de una valoración psicológica y psiquiátrica a la niña por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal (fol. 166 C. 3).

4.1.1.9 Copia de la respuesta dada el 29 de mayo de 2009, por la Fiscalía 234 Seccional, al derecho de petición presentado por la apoderada de la tutelante el 14 de mayo de 2009 (fols. 182 a 184 C. 3).

4.1.1.10 Copia del telegrama enviado por el Instituto de Medicina Legal a la Fiscalía demandada, con el fin de citar a la niña YYY a valoración psicológica y/o psiquiátrica, el 10 de agosto de 2009 a las 2:30 pm. El telegrama tiene fecha de elaboración del 13 de agosto de 2009 y fecha de recibido del 18 de agosto de 2009 (fol. 201 C. 3).

4.1.1.11 Copia del derecho de petición presentado por ZZZ, ante Fiscalía 234 Seccional, el 14 de agosto de 2009, con el fin de solicitar que se acelerara el trámite del proceso (fols. 203 a 206 C. 3).

4.1.1.12 Copia del aerograma enviado el 27 de agosto de 2009, por la Fiscalía Seccional 234, a ZZZ, con el fin de informarle que “(…) una vez se allegue a la investigación el resultado de la valoración psiquiátrica de la menor [YYY] que le practicará el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se tomará la decisión que en derecho corresponda sobre su situación jurídica” (fol. 207 C. 3).

4.1.1.13 Copia de oficio enviado el 28 de agosto de 2009, por Fiscalía Seccional 234, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el fin de solicitar nuevamente la práctica de una valoración psiquiátrica a la niña debido a que “(…) en la primera oportunidad por error de comunicación no fue posible realizar la diligencia toda vez que la cita fue fijada para el 10 de agosto del año en curso y el telegrama donde citaron para entrevista fue elaborado el 13 de agosto y recibido en esta Fiscalía el 18 de agosto, razón por la cual no fue posible informar a los interesados sobre la mencionada valoración (…)” (fols. 209 y 210 C. 3).

4.1.1.14 Copia del telegrama de citación de la niña a valoración psicológica y/o psiquiátrica, en el Instituto de Medicina Legal, el 9 de noviembre de 2009 a las 8:00 am. El telegrama tiene fecha de elaboración del 15 de octubre de 2009 y fecha de recibido del 19 de octubre del mismo año (fol. 215 C. 3).

4.1.1.15 Copia del derecho de petición formulado por la apoderada judicial de la tutelante, el 5 de noviembre de 2009, ante la Fiscalía Seccional 234, con el fin de solicitar la suspensión de la entrevista psicológica citada el 9 de noviembre siguiente, hasta tanto se resolviera la acción de tutela que interpuso contra dicha autoridad judicial (fol. 218 C. 3).

4.1.1.16 Copia del aerograma enviado el 6 de noviembre de 2009, por la Fiscalía Seccional 234, a la apoderada de la demandante, con el fin de dar respuesta al derecho de petición presentado el día anterior e informarle: “(…) EL DESPACHO NO SE PRONUNCIA AL RESPECTO TODA VEZ QUE NINGUNA INJERENCIA TIENE LA FISCALÍA FRENTE A LA AGENDA DE PROGRAMACIÓN DE DILIGENCIAS DE RESORTE DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y ALLÍ A DONDE DEBE DIRIGIR LA PETICIÓN” (fol. 2219 C. 3).

4.1.1.17 Copia del memorial remitido el 18 de febrero de 2010, por la apoderada de la demandante, a la Fiscalía Seccional 234, con el fin de solicitar la práctica de entrevista judicial a las funcionarias de la IPS Cafam: Derly Marcela Espinosa (médica), Olga Lucía Poveda (trabajadora social) y Lucila Alarcón (psicóloga), así como a la abuela de la niña, la señora Clemencia Ruiz (fols. 224 y 225 C. 3).

4.1.1.18 Copia del auto emitido el 12 de marzo de 2010, por la Fiscalía Seccional 234, con el fin de dar respuesta al derecho de petición formulado por la apoderada de la tutelante. En el documento se asegura que el Grupo de Psiquiatría y Psicología del Instituto Nacional de Medicina Legal informó que la niña no compareció a la entrevista de valoración (fols. 232 y 232A del C. 3).

4.1.1.19 Copia del auto proferido el 8 de abril de 2010, por la Fiscalía Seccional 234, en el que en atención al derecho de petición presentado por la apoderada de la tutelante, ordena librar orden de policía judicial a fin de que la SIJIN practicara entrevista a Olga Lucía Poveda (fol. 239 C. 3).

4.1.2 Informe del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses

En primer lugar, el Coordinador del Grupo de Psiquiatría y Psicología de la regional Bogotá informa que en la actualidad el Instituto dispone de 4 psicólogos y 14 psiquiatras. También explica que estos peritos “(…) además de los casos de Delitos Sexuales también atienden los casos de Interdicción Judicial, Capacidad de Comprensión y Autodeterminación, Estado de Salud Mental del Privado de la Libertad, Previas para Medidas de Seguridad, Adicción a Sustancias, Custodia y Patria Potestad, Regulación de Visitas y Alimentos, Perturbación Psíquica, Capacidad Mental para Realizar Diligencias Judiciales, Violencia Intrafamiliar, Autopsias Psicológicas, Daño Psíquico y Reparación y otros que soliciten las autoridades”.

En segundo lugar, señala que el tiempo de cada entrevista judicial de niños en casos de violencia sexual varía según el caso. Explica que las entrevistas usualmente se hacen inicialmente con el acompañante, “(…) quien puede aportar datos biográficos y del crecimiento y desarrollo del menor”, y luego solamente con los niños. Asegura que en promedio “(…) la entrevista al acompañante puede demorar entre 30 y 60 minutos, mientras que la entrevista al menor se estima para un tiempo aproximado de 30 minutos, que es el tiempo que corresponde al máximo de atención que un menor puede centrar en relación a un tema específico.” Agrega que “[e]s potestad del psicólogo o psiquiatra que evalúa el caso realizar nuevas citas para ampliar la información”. Por último, en relación con este punto, explica que además de la entrevista, el perito debe examinar los antecedentes de caso, lo cual puede tomarle un promedio de 8 horas.

En tercer lugar, en relación con el tiempo promedio de espera para la asignación de turnos de entrevista, el Coordinador del Grupo de Psiquiatría y Psicología manifiesta que “(…) el tiempo de oportunidad de la cita varía según la demanda de solicitudes para pericias y la oferta de capacidad para realizar evaluaciones”. En particular, para la época en que se citó a la niña tutelante a entrevista (2009), precisa que el tiempo de espera en la regional Bogotá era de 30 a 90 días y que en promedio se llevaban a cabo 28 evaluaciones por mes. Con fundamento en esta información, concluye que en el caso bajo revisión “(…) los tiempos de asignación de ambas citas se encontraban dentro del promedio para la época de las correspondientes solicitudes.”

Por último, asevera que para la práctica de entrevistas a niños posiblemente víctimas de violencia sexual, desde el 1° de diciembre de 2009, se emplea el “Protocolo de Evaluación Básica en Psiquiatría y Psicología Forense”, y desde el 1° de febrero de 2010, la “Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas y Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales”, documentos que están disponibles en la página web de la entidad.

4.1.3 Informe de la Procuraduría General de la Nación

El Procurador Judicial para Asuntos Constitucionales sostiene que “(…) en atención a la naturaleza de proceso penal y de los principios rectores y derechos fundamentales constitucionales que el Sistema Penal debe garantizar, tal y como son la presunción de inocencia y el debido proceso, entre otros, en el caso *sub examine* de ninguna manera puede presumirse que se está ya frente a un delito sexual, y todavía menos que [ZZZ] sea un delincuente, pues los hechos denunciados por la aquí accionante se encuentran hasta ahora en indagación preliminar”. Agrega que solamente en el proceso penal se podrá determinar la responsabilidad penal del padre de la niña y que, por esta razón, se abstendría de pronunciarse “(…) sobre el fondo del proceso penal (…) o sobre la responsabilidad penal del indiciado”.

En relación con la procedencia de la acción de tutela, afirma que, como bien lo consideró el *a quem*, el proceder de la Fiscalía demandada está soportado en la ausencia de condicionamientos legales para formular imputación, según el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal, y en la falta de materiales probatorios en este momento que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor de la conducta punible. Por estas razones, el Ministerio Público solicita confirmar las decisiones de instancia o, en su defecto, declarar la nulidad de lo actuado y regresar el proceso al *a quo* para que el padre de la niña pueda ejercer su derecho de defensa.

4.1.4 Informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La entidad sostiene que en el caso bajo estudio se ha presentado una demora injustificada en la investigación que vulnera los derechos de la niña tutelante. Al respecto, indica que la dilación de las investigaciones vulnera los derechos de las víctimas, en especial cuando se trata de niños y niñas, y recordó que según los artículos 44 constitucional y 11 de la Ley 1098 de 2006, los casos que involucran los derechos de los niños deben tener prelación. Agrega que la demora en la investigación lesiona el derecho al debido proceso de la niña; en particular, asegura que “(…) con la demora en recibir entrevista psicológica para conocer su versión sobre los hechos, se propició un espacio de tiempo que perjudica la investigación y en consecuencia obstaculiza la búsqueda de la verdad.”

En relación con la entrevista judicial, también manifiesta que al no permitir el ingreso de la madre, se violaron los derechos de la niña reconocidos en los artículos 13 y 44 de la Carta, en concordancia con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Por otra parte, indica que el que la niña no haya narrado lo sucedido en la primera entrevista judicial es comprensible, “(…) teniendo en cuenta la edad de la niña, la presión que además acompaña esta clase de actuaciones, máxime cuando se encontraba frente a personas desconocidas.” Agrega que a partir de la valoración realizada por la doctora Lucila Alarcón de Lozano, quien aseguró “(…) la niña habla con la madre pero si yo le pregunto alguno no contesta”, es posible colegir “(…) que a la niña se le dificulta hablar con personas que no conoce, ya sea por la situación en la que se encuentra a raíz de los hechos que se investigan o porque, por su edad, se encuentra en proceso de socializar y expresar sus opiniones con personas diferentes a su núcleo familiar”.

Expresa que en casos de violencia contra niños, las autoridades deben tener en cuenta “(…) las características psicológicas según su edad y por ello es pertinente aplicar las Directrices del Consejo Económico y Social en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, según las cuales:

> “-V. Derecho a un trato digno y comprensivo.
>
> 10. Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y <u>nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral</u> (Subrayado nuestro). 11. Todo niño deberá ser tratado como persona con sus propias necesidades, deseos y sentimientos personales… 16. El proceso de justicia y los servicios de apoyo a disposición de los niños víctimas y testigos de delitos y de sus familias, deberán tener en cuenta la edad, los deseos, el nivel de

> comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad. Se deberá impartir a los profesionales capacitación y educación con respecto a esas diferencias… VI. Derecho a ser informado. 19. En la medida de lo posible y apropiado, los niños víctimas y testigos de delitos, sus padres o tutores y sus representantes legales, desde su primer contacto con el proceso de justicia y a lo largo de todo ese proceso, deberán ser informados debidamente y con prontitud (subrayado nuestro) entre otras cosas, de … b) Los procedimientos aplicables en el proceso de justicia penal para adultos y menores, incluido el papel de los niños víctimas y testigos de delitos, la importancia, el momento y la manera de prestar testimonio y la forma en que se realizará el interrogatorio durante la investigación y el juicio.”

Con base en la cita anterior, explica que en el caso bajo estudio también se vulneró el derecho de la niña demandante a ser informada “(…) al impedir que la mamá y la apoderada la acompañaran en la entrevista”.

En relación con la valoración de los materiales probatorios, con fundamento en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, el ICBF manifiesta que “(…) las pruebas aportadas a la denuncia no pueden ser desestimadas, además, el examen de medicina legal fue practicado realmente dos días después del examen practicado en la Clínica Cafam”. Por tanto, asevera que los testimonios de los médicos de la EPS que atendieron a la niña después de los hechos denunciados y que no han sido controvertidos “(…) deben ser tenidas en cuenta máxime cuando la Ley 1098 de 2006 en su art. 46 contempla las obligaciones especiales del sistema de social en salud, entre otras (sic): *capacitar a su personal para detectar el maltrato físico y psicológico, el abuso, la explotación y la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, y denunciar ante las autoridades competentes las situaciones señaladas y todas aquellas que puedan constituir una conducta punible en el que niño, niña o adolescente sea víctima.*”

Finalmente, sobre el argumento de la Fiscalía de que se necesita la versión directa de la niña para imputar cargos al indiciado, el ICBF aclara que “(…) es necesario tener en cuenta que por la edad y por las circunstancias ya explicadas, ésta no es la única prueba para esclarecer delitos de violencia sexual o de lo contrario, los casos que se presentan contra víctimas con discapacidad que les impida expresarse o recordar, o contra niños y niñas que todavía no se expresan fácilmente, quedarían en la impunidad”. Además, sostiene que en relación con esta controversia se

debe considerar la directriz No. 31 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de conformidad con la cual:

> “(…) los profesionales deberán aplicar medidas para: a) Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, visitas y, concretamente todo contacto innecesario con el proceso de justicia”.

Con fundamento en estas observaciones, el ICBF solicita que se ordene a la Fiscalía desarrollar una investigación exhaustiva teniendo en cuenta la prevalencia de los derechos de los niños.

4.1.5 Informe de la organización Defensa de Niñas y Niños Internacional

La organización sostiene que la IPS Cafam, “(…) al dar un diagnóstico tan certero como ‘abuso sexual’, no está especulando en la sospecha del mismo, además si el concepto lo dio una persona profesional, la fiscalía debía tener conocimiento inmediato y dar protección inmediata a la niña”.

En relación con el dictamen de Medicina Legal, asegura que la afirmación “el malestar que presentó al orinar unos momentos antes de la consulta, debe hacer descartar de nuevo infección urinaria, por lo cual debe ser llevada de nuevo al servicio de salud (…) genera una duda razonable, que junto con las entrevistas realizadas luego de formular la denuncia penal y el diagnóstico médico realizado en la IPS o la copia de su historia clínica (…) son material suficiente para que la Fiscalía comience la investigación en los términos del Plan distrital para la atención integral a víctimas de violencia y abuso sexual”.

Señala que no es posible juzgar “(…) si es cierto o no un posible abuso sexual, solo porque la niña en la entrevista seis meses después de la denuncia se denota juguetona, de buen ánimo y porque por sí misma no manifieste los hechos sin que se le pregunte. Pues ello no indica que haya o no ocurrido dicho abuso. De hecho se nota una discriminación a la niña respecto al acceso libre a la justicia, pues las dudas que pudieran generarse no se generan por ella porque esté diciendo la verdad o no sino por falta de diligencia de la Fiscalía por existir dos exámenes físicos completamente diferentes y no solicitar inmediatamente luego de conocer el examen contrario; un tercer examen que en principio clarificaría un poco los hechos.”

Por último, indica que pareciera que la fiscalía demandada “(…) tomara en cuenta la opinión de la niña solamente cuando no manifestó los hechos sin que se le preguntaran (que sucedió solo una vez y luego de seis meses) y se omitiera lo que ella manifestó en varias oportunidades y ante

funcionarios diferentes". Lo anterior, en concepto de la organización, es contrario al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual "(…) el niño debe tener derecho a expresar sus opiniones y a que estas sean tomadas en consideración a la ahora (sic) de decidir sobre cualquier acción propuesta o adoptada en relación con los malos tratos, y un derecho formal a ser escuchado en los procedimientos administrativos que conciernen".

4.2 MEDIDAS CAUTELARES

El 15 de septiembre de 2010, la apoderada de la tutelante informó al despacho que la Fiscalía 234 Seccional había programado "audiencia de preclusión de investigación" el 11 de octubre de 2010.

Por esta razón, mediante auto del 27 de septiembre de 2010, se resolvió lo siguiente:

> **"ÚNICO. ORDENAR** a la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Vida, Integridad y Formación Sexuales de Bogotá, suspender a partir de la notificación de este auto y hasta que se falle la presente tutela, la audiencia de preclusión de investigación programada el próximo 11 de octubre de 2010 dentro investigación penal que se adelanta contra [ZZZ]."

4.3 COADYUVANCIAS

Durante el trámite de la revisión, la Corte Constitucional recibió las siguientes coadyuvancias:

4.3.1 Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo

La Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo coadyuva la acción de tutela, con fundamento en los siguientes argumentos:

Para comenzar, resalta varios de los obstáculos que deben enfrentar las mujeres víctimas de violencia sexual en el mundo y que han sido reconocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Algunos de ellos son: un patrón de impunidad sistemática; vacíos e irregularidades en la investigación de los casos, entre otras razones, debido a que no son considerados prioritarios, a la influencia de patrones socioculturales discriminatorios y la ausencia de una cultura judicial sensible a los problemas de género; falta de efectividad de las medidas de protección que se adoptan; barreras socio-económicas y culturales para acceder a la justicia, como el temor a las represalias; y la existencia de problemas estructurales para acceder a la administración de justicia relacionados con la debilidad institucional del Estado.

Para eliminar tales obstáculos –continua- los estados han adquirido varias obligaciones, como adoptar medidas de protección y actuar con debida diligencia. En particular, los estados se han comprometido a que sus autoridades judiciales sigan los siguientes parámetros de investigación y juzgamiento de casos de violencia sexual contra mujeres: abstenerse de cualquier tipo de discriminación durante el desarrollo de la investigación, actuar con mayor diligencia en los casos que involucran niños, practicar oficiosamente pruebas ante la existencia de una duda razonable, valorar los testimonios de los menores de edad, además, considerar que tales testimonios pueden tener la “aptitud y suficiencia” para desvirtuar la presunción de inocencia, practicar pruebas periciales a los niños siempre y cuando estén orientadas a la “salvaguarda del interés superior del niño”, entre otros.

La Corporación también presenta una relación de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el marco del proceso penal, y precisa que estos derechos no sólo deben ser respetados por las autoridades judiciales, sino también por la defensa del investigado.

A continuación, indica algunas de las conclusiones a las que –a su juicio- ha arribado la Corte Suprema de Justicia en relación con el valor de las pruebas de referencia en los procesos que involucran violencia sexual contra las mujeres: **(i)** la prueba de referencia tiene contenido suasorio restringido, es una prueba excepcional y requiere ser valorada en conjunto con otros medios probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia; **(ii)** esta prueba es válida para corroborar o desvirtuar otros medios de prueba y constituye un elemento de partida de “inferencias indiciarias”; **(iii)** la validez de estas pruebas debe determinarse en cada caso por el juez; y **(iv)** el principio de libertad probatoria debe regir todos los procesos.

Finalmente, concluye que el despacho demandado ha violado todos los anteriores parámetros de juzgamiento, ya que **(i)** no ha incorporado legalmente ni dado validez a la historia clínica de la niña; **(ii)** retardó injustificadamente la entrevista judicial de la niña e impidió la presencia de su representante legal; **(iii)** no ha dado el valor que exige la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, al testimonio de la niña y ha exigido evidencia física del delito; **(iv)** ha demeritado la validez de los testimonios de la madre y abuela de la niña; y **(v)** ha dilatado la práctica de pruebas fundamentales para la investigación, como el dictamen psiquiátrico y psicológico de la niña. Además, ha vulnerado los derechos de la víctima en el proceso, pues, por ejemplo, no permitió a la apoderada de la niña ingresar a la entrevista judicial que se le practicó y le ha delegado indebidamente la responsabilidad de demostrar la comisión del delito mediante una nueva entrevista que la revictimizará.

4.3.2 Laura Helena Quintero Martínez y otros ciudadanos

Los ciudadanos Luz Helena Quintero Martínez, Liliana Vargas López, July Milena Calderón Segura, Karol Yohana Camargo Galindo, Jenny Paulina León Buitrago, Valentina Zuluaga Duque, María Eugencia Ramírez –integrante de el Comité de América Latina para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), Silvia Marcela Yáñez, Diana Carolina Rodríguez Perdomo, Lizbeth Márquez –Coordinadora Nacional del Observatorio de los Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia- y Ángela Cerón Lasprilla –Directora de la Alianza Iniciativa de Mujeres Colombiana por la Paz, coadyuvan la solicitud de amparo, por las razones que a continuación se resumen:

Los intervinientes aseguran que en los casos de violencia contra las mujeres, el Estado tiene un deber especial de diligencia. En su sentir, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado debe “vigilar la situación social mediante la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas.” Además, debe adelantar investigaciones adecuadas y con sensibilidad de género; recaudar todas las pruebas necesarias para determinar la ocurrencia de los hechos por medio de expertos y preservar las evidencias; en materia de pruebas de resistencia de la violencia, evaluar las evidencias en conjunto y en el contexto en el que ocurrieron los hechos; y tener en cuenta la cultura de la víctima y el contexto en el que se produjo la violencia.

A continuación, sostienen que la falta de diligencia en los procesos en los que se investigan actos de violencia contra las mujeres es común en Colombia, como lo han destacado varios organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

También hacen una relación de los derechos de las víctimas en el proceso penal acusatorio y afirman que en el caso de los niños víctimas de violencia sexual, el Estado debe ser especialmente diligente, no actuar de manera discriminatoria y considerar su situación de indefensión frente a este tipo de delitos.

Concluyen que en este caso la autoridad demandada **(i)** ha realizado actos discriminatorios en contra de la niña víctima, como negar la adopción de medidas de protección a su favor, asumir una actitud pasiva en la indagación y someter el avance de la investigación a la declaración revictimizante de la niña; **(ii)** ha omitido su deber de comunicación con las víctimas y ha obstaculizado su derecho a acceder a la administración de justicia; **(iii)** ha propiciado la dilación injustificada de la práctica de pruebas; **(iv)** ha omitido su deber de protección de la niña; y **(v)** ha omitido su deber de investigar con debida diligencia.

4.3.3 Organización Women’s Link Worldwide

Andrea Liliana Parra Fonseca, abogada de la organización Women’s Link Worldwide, coadyuva la solicitud de amparo; sus argumentos se resumen a continuación:

La interviniente sostiene que, en virtud del artículo 93 constitucional, la jurisprudencia y la doctrina emitida por instancias internacionales cuya función es monitorear el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por Colombia son una pauta interpretativa que debe observar la Corte Constitucional. Además, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, los tratados internacionales deben ser interpretados con criterios sistemáticos y teleológicos, no solamente gramaticales o literales.

Con fundamento en estas consideraciones, solicita a la Corte tener en cuenta los tratados internacionales ratificados por Colombia que establecen obligaciones para los estados partes relacionados con la debida protección de las víctimas de violencia sexual, así como los pronunciamientos de los órganos encargados de su monitoreo. Algunos de esos instrumentos son: la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 19), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”. También recuerda que a la luz de estos instrumentos, el Estado colombiano puede ser declarado responsable por la omisión de investigación y procesamiento de delitos cometidos contra menores de 18 años; tal omisión constituye en sí misma una violación de los derechos humanos de las víctimas.

La interviniente también hace referencia al ejemplo europeo y relata que en el sistema europeo de derechos humanos se ha reconocido en diversas ocasiones el deber de los estados de llevar a cabo investigaciones efectivas y de procesar a los perpetradores de violencia sexual en contra de menores de 18 años. Esta obligación se ha consignado, por ejemplo, en el Convenio Europeo para la Protección de los Niños contra Explotación y Abuso Sexual, en el que además se dispone que los estados deben “(…) <u>limitar al máximo el número de entrevistas con los menores, asegurando que éstas se realicen en entornos tranquilizadores, con profesionales formados para tal fin</u>” (subraya original).

Para terminar, afirma que en el caso bajo estudio, las autoridades colombianas han cometido fragantes violaciones de las obligaciones internacionales del Estado, en particular, al “exigir el testimonio de una niña de 3 años para efectos de procesar penalmente al acusado”. Esta exigencia, a juicio de la interviniente, “(…) ha resultado en una demora

injustificada claramente violatoria de la dignidad de la menor y de sus derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

4.3.4 Comisión Colombiana de Juristas

Gustavo Gallón Giraldo, director y representante legal de la Comisión Colombiana de Juristas, coadyuva la demanda, por las siguientes razones:

Recuerda que los niños son sujetos de especial protección a la luz de la Constitución de 1991 y el derecho internacional de los derechos humanos.

También señala que, a nivel internacional, la violencia sexual contra las mujeres es considerada un acto de tortura basado en género. En este sentido se han pronunciado tanto el Comité de seguimiento de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, como el Relator Especial sobre la tortura de las Naciones Unidas.

Finalmente, hace referencia a los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la violencia sexual contra las mujeres y a las pautas fijadas por la Corporación para practicar y valorar pruebas en el marco de los procesos en los que se investigan eventos de violencia sexual contra mujeres y niñas.

Con fundamento en estas consideraciones, la Comisión Colombiana de Juristas concluye que “(…) en el presente caso el Estado ha incumplido con sus obligaciones para con la niña [YYY] pues no ha existido un trato digno y respetuoso hacia ella, lo que se evidencia en que se le ha privado del acceso a un recurso judicial efectivo, siendo sometida a un proceso judicial lento que no parece garantizar sus derechos, ha sido sometida a un trato desconsiderado que ha implicado una segunda victimización, no se han tenido en cuenta los hechos en el contexto en que ocurrieron y no se han hecho consideraciones especiales sobre la edad de la niña al momento de los hechos o sobre el tiempo que ha transcurrido desde entonces”.

4.3.5 Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Annika Dalen, investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), apoyan las pretensiones de la tutelante y solicitan a la Corte pronunciarse sobre las condiciones bajo las cuales un fiscal está llamado a imputar en casos de violencia sexual. También afirman que, en el caso bajo estudio, el fiscal acusado cuenta con los elementos necesarios para imputar y que, por tanto, es su deber hacerlo. Sus argumentos son los siguientes:

En primer término, sostienen que en el nuevo sistema penal acusatorio, la imputación no es una mera potestad del fiscal, sino que, bajo ciertas condiciones, en virtud de la prevalencia del principio de legalidad en la investigación penal, se convierte en un deber. Aseguran: “Cuando se investigan hechos de violencia sexual, dicho deber surge desde el mismo momento en el que el Fiscal logra reunir los elementos materiales probatorios que permitan contar con pruebas admisibles que sean suficientes para satisfacer los estándares probatorios que existen para este tipo de procesos y suponer que el imputado es autor de la conducta punible investigada”.

En segundo término, hacen una relación de los estándares probatorios que –en su concepto- deben guiar a las autoridades judiciales que conocen de casos de violencia sexual. De un lado, indican que las pruebas violatorias de los derechos fundamentales de las víctimas no pueden ser tenidas en cuenta dentro del proceso penal, por ejemplo, aquellas pruebas dirigidas a indagar el comportamiento anterior social o sexual de la víctima. De otro lado, aseguran que en virtud de la dificultad de probar la violencia sexual, la prueba indiciaria y el testimonio de las víctimas –especialmente de los menores de 18 años- han comenzado a cobrar un valor fundamental en los procesos penales. Sin embargo, anotan los intervinientes, dadas las secuelas y consecuencias de la violencia sexual en la salud y la vida de las víctimas, es natural que en este tipo de casos los testimonios no sean siempre completos y totalmente coherentes, sin que ello desvirtúe su contenido. Por último, afirman que la evidencia física no es esencial en este tipo de caso, pues en muchas ocasiones la violencia no deja huellas como espermatozoides, fluidos u otros materiales biológicos, y tampoco conduce a la lesión del himen de la mujer. En este sentido, expresan: “(…) tampoco podría eximirse de responsabilidad al procesado solamente porque el himen de la mujer víctima se encuentre intacto, pues la penetración pudo haber sido incompleta, o el himen dilatable”.

Con base en estas consideraciones, los intervinientes aseguran que, en el caso concreto, la Fiscalía demandada cuenta con el material probatorio necesario para imputar, “(…) en particular si se tiene en cuenta que la finalidad de esta actuación es comunicar a una persona su calidad de imputado, cuando el fiscal infiere razonablemente que es autor de una conducta punible. Para la imputación no debe entonces tenerse por probada la responsabilidad, pues esta es una función del juicio”. Agregan que en casos de violencia sexual, el paso del tiempo “(…) se convierte en un posible factor de impunidad, pues los niños tienden a reprimir el recuerdo de los hechos ocurridos en su más temprana infancia. Por ello llevar a cabo la imputación de manera pronta en un caso como éste, constituye incluso una garantía de acceso a la justicia, que es un derecho que tiene garantías reforzadas tratándose de víctimas menores de edad, que se encuentran en condiciones particulares de vulnerabilidad”.

4.4 OTROS DOCUMENTOS ALLEGADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

El 14 de mayo de 2010, la apoderada de la parte demandante allegó al despacho los siguientes documentos:

4.4.1 Copia del derecho de petición que presentó el 16 de febrero de 2010, ante la Fiscalía 234 Seccional, con el fin de solicitar **(i)** la realización de una adecuada investigación de acuerdo con los estándares nacionales e internacionales, y **(ii)** la realización de entrevistas a las siguientes personas: Clemencia Ruiz, abuela de la niña tutelante, Derly Marcela Espinosa, médico pediatra de la IPS Cafam, Olga Lucía Poveda, trabajadora social adscrita a la IPS Cafam, y Lucila Alarcón, psicóloga de la IPS Cafam (fol. 77 a 78 C. Ppal).

4.4.2 Copia del derecho de petición presentado el 11 de marzo de 2010, con el fin de reiterar la solicitud formulada el 16 de febrero del mismo año (fol. 79. C. Pal.).

4.4.3 Copia del oficio emitido el 12 de marzo de 2010, por Fiscalía 234 Seccional, mediante el cual aseguró que **(i)** no existía justificación para que la madre de la niña no hubiera permitido la valoración psicológica que había sido decretada para el 9 de noviembre de 2009, **(ii)** "(…) se libró orden de policía judicial de fecha 20 de Agosto de 2008, recibiendo informe ejecutivo de fecha 11 de Septiembre de 2008, (…) donde allegó las entrevistas judiciales de CLEMENCIA RUIZ DE PRIETO, [XXX], se solicitó de la pediatra de CAFAM el concepto médico; lo mismo de la psicóloga clínica LUCILA ALARCON DE LOZANO, y a la trabajadora social de CAFAM DIANA MERCEDES BARRERA." (fols. 80 y 81 C. Ppal.).

4.4.4 Copia del derecho de petición formulado el 23 de marzo de 2010, ante la Fiscalía 234 Seccional, mediante el cual se reiteraron varias solicitudes y se expresaron argumentos en contra de lo manifestado por el despacho demandado en el oficio del 12 de marzo de 2010. En particular, la apoderada expresó: "(…) no hay claridad respecto a la efectiva obtención del concepto médico ni de la realización de entrevistas judiciales a la *pediatra (sic) de CAFAM, la psicóloga clínica LUCILA ALARCÓN, ni la trabajadora social de CAFAM DIANA MERCEDES BARRERA*, ésta última respecto de quien su nombre, no concuerda con la identidad registrada en la historia clínica" (fols. 82 a 84 C. Ppal.).

4.4.5 Copia del oficio dictado el 8 de abril de 2010, por la Fiscalía 234 Seccional, mediante el cual **(i)** reiteró que ya se habían practicado entrevistas a Clemencia Ruiz, Diana Mercedes Barrera y XXX, y que se había recibido el informe de la psicóloga Lucia Alarcón de Lozano; y **(ii)**

libró orden de policía judicial para realizar entrevista a Olga Lucía Poveda (fol. 85 C. Ppal).

5 CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO

5.2.1 XXX, en representación de su hija menor de 18 años, interpuso acción de tutela contra la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Integridad y Formación Sexuales de Bogotá, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la niña a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, a la protección especial de los niños y las niñas, al acceso a la justicia y a vivir una vida libre de violencia, debido a que el despacho ha incumplido su deber de adelantar la investigación con debida diligencia y se niega a formular cargos contra el padre de la niña, dentro de la investigación que se adelanta en su contra por el delito de acto sexual abusivo contra menor de catorce años, pese a que –afirma- dentro del expediente obra evidencia suficiente de su responsabilidad. En particular, la tutelante alega las siguientes irregularidades:

En primer lugar, afirma que la Fiscalía se niega a darle valor a evidencias fundamentales como **(i)** al dictamen de los médicos que examinaron a la niña en la IPS Cafam el día de los hechos, y **(ii)** al testimonio que la niña rindió ante la psicóloga y la trabajadora social de la misma IPS.

En segundo lugar, indica que el despacho demandado se niega a decretar pruebas fundamentales para establecer la responsabilidad del investigado, como **(i)** el testimonio de los médicos de la IPS Cafam que prestaron atención médica a la niña el día de los hechos y **(ii)** el testimonio de la abuela de la niña, a quien ésta contó lo sucedido**.**

En tercer lugar, sostiene que, de manera irregular, la Fiscalía quiere darle prelación al dictamen de medicina legal sobre el dictamen de los médicos de la IPS Cafam que examinaron a la niña el mismo día de los hechos, pese a que en Colombia no existe un sistema de tarifa legal en materia probatoria y es posible acudir a peritos particulares.

En cuarto lugar, aduce que bajo el argumento de que aún no cuenta con el testimonio directo de la niña, la Fiscalía quiere someterla a una nueva entrevista, sin tener en cuenta los perjuicios en términos de dignidad e integridad que un nuevo interrogatorio podría causarle, en especial teniendo en cuenta que se halla bajo tratamiento psicológico para superar lo ocurrido. A juicio de la actora, una nueva entrevista contribuiría a la revictimización de la niña.

En quinto lugar, la accionante argumenta que la Fiscalía se niega a admitir pruebas de referencia dentro de la investigación, pese a que la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que en este tipo de delitos y en este tipo de casos es posible admitirlas teniendo en cuenta **(i)** el paso del tiempo y **(ii)** que la violencia sexual es un evento similar al secuestro y a la desaparición forzada para efectos de la aplicación del artículo 406 de la Ley 906 de 2004.

Por último, asevera que el despacho acusado ha dilatado injustificadamente la investigación; por ejemplo, resalta que la práctica de entrevista judicial con perito forense se llevó a cabo aproximadamente siete meses después de la formulación de la denuncia.

5.2.2 La Fiscalía 234 Seccional de Bogotá guardó silencio en el trámite de la demanda. Por su parte, el padre de la niña aduce que no es cierto que haya cometido la conducta por la que se le investiga y que la acusación de la madre se basa solamente en el resentimiento que le tiene.

5.2.3 En este orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si la autoridad demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de la niña tutelante al debido proceso, a la igualdad, a un recurso judicial efectivo, a la dignidad, a la verdad, a la justicia, a la protección especial de los niños y las niñas y a no ser objeto de ninguna forma de violencia, entre otros, debido a las actuaciones y omisiones que se le imputan dentro de la investigación que adelanta contra el padre de la niña por la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo contra menor de catorce años.

5.2.4 Para resolver estas preguntas y teniendo en cuenta que el presente caso evidencia la intersección del género y la edad como factores de vulnerabilidad frente a un posible evento de violencia sexual, la Sala abordará los siguientes temas: **(i)** el derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de ninguna forma de violencia, especialmente de violencia sexual; **(ii)** la violencia sexual contra las niñas y mujeres como una vulneración de otros derechos fundamentales; **(iii)** las obligaciones del Estado para realizar los derechos de las niñas víctimas de violencia, especialmente de violencia sexual**;** y **(iv)** los derechos específicos de las niñas víctimas de violencia sexual dentro del proceso penal.

5.3 EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A NO SER OBJETO DE NINGUNA FORMA DE VIOLENCIA

El artículo 44 superior reconoce que los derechos de los niños son fundamentales y les otorga un lugar privilegiado en el ordenamiento constitucional.[1] En particular, esta disposición, además de consagrar derechos de los niños como a la integridad física y a la salud, resalta la obligación del Estado, la sociedad y la familia de proteger a los niños "(…) contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos."

A partir del artículo 44 de la Carta, en concordancia con los artículo 19-1[2], 34[3], 35[4] y 36[5] de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible afirmar la existencia en nuestro ordenamiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de ninguna forma de violencia, especialmente de violencia sexual. El reconocimiento de este derecho se fundamenta además en la importancia que un entorno de crianza respetuoso y exento de violencia tiene para la realización de la personalidad de los niños y para el fomento de ciudadanos sociales y responsables que participen activamente en la comunidad local y en la sociedad en general.[6]

Ahora bien, según el artículo 19 de la Convención, la violencia es "(…) toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo." Aunque en el lenguaje corriente la violencia hace referencia usualmente al daño físico intencional, para efectos de la aplicación de la Convención, como precisó

---

[1] De acuerdo con el artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño, es niño toda persona menor de 18 años.

[2] Este precepto dispone: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo"

[3] Este artículo establece: "Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:
a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos."

[4] Este precepto establece: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma."

[5] Esta disposición señala: "Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar."

[6] Ver Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", Doc. CRC/C/GC/13 del 18 de abril de 2011. Parr. 14. Agrega el Comité: "(…) la aplicación del artículo 19 es una estrategia fundamental para reducir y prevenir todas las formas de violencia en las sociedades, "promover el progreso social y elevar el nivel de vida", y fomentar "la libertad, la justicia y la paz en el mundo" para una "familia humana" en la que los niños tengan un lugar y un valor igual al de los adultos (preámbulo de la Convención)". En esta observación también se explican las razones por las cuales la violencia pone en grave peligro la supervivencia de los niños y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 13, comprende también formas de violencia no físicas y no intencionales, como el descuido o trato negligente[7], y los malos tratos psicológicos[8]. Además, según el Comité, la frecuencia y la gravedad del daño tampoco son requisitos previos para establecer la existencia de violencia, de modo que cualquier castigo corporal es una forma de violencia.

La violencia sexual en particular, entendida como abuso y explotación sexual, para el Comité comprende hipótesis como: “a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial”, lo cual cobija cualquier actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este último tiene derecho a la protección del derecho penal. “b) La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial. c) La utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños. d) La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos) y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado.”[9]

Para proteger al niño de la violencia, de conformidad con la Convención, el Estado tiene la obligación de adoptar “(…) todas las medidas

---

[7] El Comité entiende que es descuido o trato negligente, “(…) no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello. El concepto incluye:
a) El descuido físico, que ocurre cuando no se protege al niño del daño[7], entre otras cosas por no vigilarlo, o se desatienden a sus necesidades básicas, por ejemplo de alimentación, vivienda y vestido adecuados y de atención médica básica;
b) El descuido psicológico o emocional que consiste, entre otras cosas, en la falta de apoyo emocional y de amor, la desatención crónica del niño, la "indisponibilidad psicológica" de los cuidadores que no tienen en cuenta las pistas y señales emitidas por los niños de corta edad y la exposición a la violencia y al uso indebido de drogas o de alcohol de la pareja sentimental;
c) El descuido de la salud física o mental del niño, al no proporcionarle la atención médica necesaria;
d) El descuido educativo, cuando se incumplen las leyes que obligan a los cuidadores a asegurar la educación de sus hijos mediante la asistencia escolar o de otro modo, y
e) El abandono, práctica que suscita gran preocupación y que en algunas sociedades puede afectar desproporcionadamente a los niños nacidos fuera del matrimonio y a los niños con discapacidad, entre otros”. *Cfr*. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, Doc. CRC/C/GC/13 del 18 de abril de 2011. Parr. 20.

[8] El Comité los define de la siguiente forma: “El concepto de violencia mental, (…) se describe a menudo como maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional, y puede consistir en:
a) Toda forma de relación perjudicial persistente con el niño, como hacerle creer que no vale nada, que no es amado ni querido, que está en peligro o que solo sirve para satisfacer las necesidades de otros;
b) Asustar al niño, aterrorizarlo y amenazarlo; explotarlo y corromperlo; desdeñarlo y rechazarlo; aislarlo, ignorarlo y discriminarlo;
c) Desatender sus necesidades afectivas, su salud mental y sus necesidades médicas y educativas;
d) Insultarlo, injuriarlo, humillarlo, menospreciarlo, ridiculizarlo y herir sus sentimientos;
e) Exponerlo a la violencia doméstica;
f) Someterlo a un régimen de incomunicación o aislamiento o a condiciones de detención humillantes o degradantes, y
g) Someterlo a la intimidación y las novatadas de adultos o de otros niños, en particular por medio de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC) como los teléfonos móviles o Internet (la práctica llamada "acoso cibernético").”

[9] *Cfr*. Parr. 25.

legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas", las cuales deberán "(…) comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial."

En término del Comité de los Derechos del Niño, estas obligaciones se concretan en "(…) 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." Del contenido de estas medidas en el contexto específico de la violencia sexual se ocupará la Sala más adelante.

5.4 LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS NIÑAS CONLLEVA LA VULNERACIÓN DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

La violencia contra los niños también tiene un componente de género; como resaltó el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 13, por ejemplo, las niñas suelen estar más expuestas a violencia sexual en el hogar, mientras los niños es más probable que sufran agresiones en el sistema de justicia penal.

Ahora bien, teniendo en cuenta la perspectiva de género y otros factores sociales, como contextos de conflicto, la violencia sexual contra las niñas, además de lesionar su derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia, puede llegar a constituir también una vulneración de otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad sexual, a la igualdad, a la integridad, a la seguridad personal, a la vida y a la salud, entre otros; por ello es proscrita por múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer[10] y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)[11]. Además, como ha indicado el Comité encargado del seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)[12], esta Convención, al proscribir la discriminación contra las mujeres, también condena la violencia como forma de discriminación.[13] A continuación se

[10] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993

[11] Aprobada el 9 de junio de 1994, incorporada por la Ley 248 de 1995 y ratificada el 15 de noviembre de 1996.

[12] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982.

[13] El Comité en su Observación General No. 19 asegura: "6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia

examinan otros derechos de las niñas que pueden llegar a ser violados con ocasión de la violencia sexual:

5.4.1 La violencia sexual como violación de la libertad y formación sexual

El título IV del Código Penal tipifica varias formas de violencia sexual bajo el nombre de "delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales". Algunos de estos tipos son el acceso carnal violento, el acto sexual violento, el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, el acceso carnal abusivo con menor de catorce años y los actos sexuales con menores de catorce años. Con la tipificación de estas conductas, el legislador buscó garantizar la libertad y formación sexuales como derechos y bienes jurídicos fundamentales que ameritan la protección del Estado incluso desde el derecho penal como última ratio de la acción estatal.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido la libertad sexual como "(…) la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para autodeterminarse y autorregular su vida sexual."[14] Además, como también ha señalado la Corte Suprema, la libertad sexual comprende el derecho a disponer del cuerpo en materia sexual.[15] Por otra parte, esta misma corporación se ha referido a la "formación sexual" como a la "(…) facultad optativa de determinarse en el futuro en materia sexual".[16]

Como indicó esta Corporación en la **sentencia C-285 de 1997**[17], el tránsito hacia la consagración de la libertad sexual como bien jurídico tutelado –y no la honra como anteriormente ocurría- parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad y de la imposibilidad de imponer una concepción específica de la moral y la sexualidad. La Corte expresó:

> "En relación con el bien jurídico protegido en los 'delitos sexuales' la legislación ha tenido significativas variaciones: inicialmente, la protección se refirió a *la honestidad*, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las

dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia."

[14] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de septiembre de 2005, proceso 10672.
[15] Ibídem.
[16] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de julio de 2008, proceso 29117.
[17] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

> prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; más recientemente, se viene considerado que el bien jurídico protegido es *la libertad sexual*, criterio que parte del reconocimiento parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida ésta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. (…)
>
> A la luz de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones.
>
> (…)
>
> La violación, cualquiera sean los sujetos que intervienen en el hecho, supone privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico. La sanción de las conductas de violación parte del reconocimiento del derecho a disponer del propio cuerpo, y constituyen un mecanismo tendente a garantizar la efectividad del mismo.”[18]

El reconocimiento de la libertad sexual como bien jurídico tutelado en los eventos de violencia y agresiones sexuales supone entonces el reconocimiento de que **(i)** las personas tienen derecho a manifestar libremente sus decisiones en materia sexual y **(ii)** la sexualidad es una expresión positiva del libre desarrollo de la personalidad.[19]

Adicionalmente, concebir la violencia sexual como un atentado contra la libertad significa trasladar el centro del reproche a la inexistencia o la imposibilidad –como en el caso de los menores de 18 años- de dar consentimiento autónomo, independientemente del tipo de violencia o

[18] En esta sentencia al Corte declaró inexequible el artículo 25 de la Ley 294 de 1996, por cuanto señalaba una pena menor para los delitos sexuales cuando ocurrían dentro del matrimonio. Para la Corte “[l]a libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución (art. 17). Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular.”

[19] Ver Adela Asua Batarrita, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales. En: *Genero, violencia y derecho.* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009. P.p. 101-135.

coacción que se emplee para llevar a cabo la agresión[20]. En la **sentencia C-674 de 2005**[21] la Corte explicó lo siguiente al respecto:

> "Resulta en esta materia relevante destacar que el maltrato sexual tiene distinta connotación según se trate de conductas entre adultos, o eventos en los que haya participación de menores, en la medida en que, entre adultos, la afectación del bien jurídico se produce, fundamentalmente, por la ausencia de consentimiento, al paso que, tratándose de menores, el ordenamiento se orienta a la proscripción general de toda conducta de índole sexual por incapacidad de consentir. De allí se desprende una diferencia en la configuración de los tipos penales y en la extensión de los mismos, de modo que, para las conductas que tienen lugar entre adultos se tiende a describir de manera más precisa las conductas que, en ausencia de consentimiento, son objeto de reproche penal, mientras que tratándose de menores, el enunciado tiende a ser más comprensivo."

En resumen, la violencia sexual atenta contra los derechos a la libertad y formación sexuales de las víctimas, en tanto limita su posibilidad de autodeterminarse sexualmente, es decir, de decidir sobre su comportamiento y su propio cuerpo en materia sexual, con repercusiones incluso hacia el futuro.

5.4.2 La violencia sexual como una forma de discriminación contra las niñas y mujeres

El artículo 13 constitucional, además de reconocer el derecho fundamental a la igualdad tanto en su faceta formal como material, proscribe cualquier tipo de discriminación por razones de sexo, entre otros criterios. Esta prohibición es reiterada por varios instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos de Niño, el artículo 2 de la CEDAW y el artículo 6.a de la Convención de Belem do Pará.

Específicamente, el artículo 2 de la CEDAW proscribe la discriminación contra la mujer, la cual es definida por el artículo 1° como "(…) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades

[20] Esto implica el reconocimiento de que la falta de consentimiento puede deberse no solamente al uso de violencia física sino también de otras formas de coacción.
[21] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

Varios instrumentos y organismos internacionales, así como algunos sectores de la doctrina indican que la violencia sexual contra las niñas y las mujeres puede ser una forma de discriminación por razones de “sexo”, cuando la agresión se utiliza como un instrumento de humillación y lesión contra las niñas y mujeres por ser mujeres; como una herramienta de poder y dominación.

Esta concepción se puede apreciar, por ejemplo, en la definición de violencia que se encuentra en el artículo 1° de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer: “(…) todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”; violencia que según el artículo 2 de la misma Declaración comprende, entre otros actos:

> “a) La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
>
> b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
>
> c) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”

La violencia sexual como forma de discriminación también está presente en la Convención de Belem do Pará, de conformidad con la cual la violencia contra la mujer es “(…) cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (artículo 1°), la cual abarca la violencia física, sexual y psicológica:

> “a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor

comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra." (Artículo 2)

En el mismo sentido, la Recomendación General 19 del Comité de la CEDAW reconoce expresamente que "[l]a violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, **constituye discriminación**, como la define el artículo 1 de la Convención" (negrilla fuera del texto).[22]

En este orden de ideas, la violencia sexual contra las niñas y mujeres, cuando es cometida precisamente por razón del sexo de la víctima o aprovechando la vulnerabilidad de que se deriva de su sexo en ciertos contextos sociales, constituye una violación del derecho a la igualdad, como lo reconocen numerosos instrumentos y organismos internacionales.

5.4.3 La violencia sexual como una forma de tortura e incluso como un crimen de lesa humanidad

Por último, siguiendo la argumentación sobre la violencia sexual como una forma de discriminación en contra de las mujeres, varios doctrinantes y organismos internacionales también sostienen que la violencia sexual puede asimilarse a una forma de tortura, un crimen de lesa humanidad e incluso como genocidio cuando hace parte de una estrategia para destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Además, en contextos de guerra, la violencia sexual –tanto contra mujeres como contra hombres- es empleada como un mecanismo de control del enemigo y de ejercicio de poder. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha

[22] Ver también la Plataforma de Acción de Beijing, la cual reconoce que "[l]a violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo" *Cfr*. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, "Declaración y Plataforma de Acción de Beijing", 15 de septiembre de 1995. Párrafo 118. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caos González y otras (Campo Algodonero) vs. México, concluyó que la violencia –incluida la violencia sexual- que habían sufrido las mujeres asesinadas en Ciudad de Juárez y que se acusaba a México de no haber prevenido e investigado debidamente, representaba una forma de violencia por razones de género, es decir, violencia ejercida contar las víctimas por el hecho de ser mujeres. La Corte expresó: "231. Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belem do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez."

sostenido que "(…) en el derecho internacional, bajo determinadas circunstancias, la violación constituye además tortura"[23] cuando es empleada con fines de persecución política. Esta forma de entender el problema fue también reconocida por esta Corporación en la **sentencia T-453 de 2005** –cuyos antecedentes se resumen más adelante, en la que se explicó lo siguiente: "(…) en la definición de la competencia de los Tribunales Internacionales Ad hoc para Yugoslavia y Ruanda, la violación sexual se incluyó como uno de los crímenes contra la humanidad, y bajo algunas condiciones, como un acto de tortura o de genocidio." [24]

Por tanto, la violencia sexual, cuando es empleada como una herramienta para la aniquilación de un grupo por razones étnicas, raciales o religiosas, entre otras, vulnera además la dignidad de las víctimas y constituye una forma de tortura e, incluso, de genocidio.[25]

5.5 OBLIGACIONES CORRELATIVAS DEL ESTADO PARA REALIZAR LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA, ESPECIALMENTE DE VIOLENCIA SEXUAL

Como consecuencia de la gravedad de la violencia -en particular la sexual- y la afectación de múltiples derechos, el Estado ha adquirido varias obligaciones a nivel internacional, particularmente cuando las víctimas son niños y mujeres. A continuación la Sala resume algunos de los estándares internacionales en la materia tanto para el caso de los niñas como de las mujeres:

5.5.1 En primer lugar, el Estado tiene la obligación de **abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra las niñas y las mujeres** (artículos 4.b de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y 7.a de la Convención de Belem do Pará).[26] Esto significa que el Estado es responsable por todo tipo de violencia que es ejercida por sus agentes.

---

[23] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 53/01, (caso 11.565, hermanas Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez vs. México, 2001) aseguró que "en el derecho internacional, bajo determinadas circunstancias, la violación constituye además tortura. La CIDH así lo ha afirmado en el caso de una mujer que fue vejada y hostigada por su presunta participación en un grupo armado disidente". Párr. 47

[24] Ver también a Franke, quien sostiene que en casos como el conflicto en la antigua Yugoslavia, el empleo de la violencia sexual como una herramienta de tortura y humillación de civiles constituye un crimen de lesa humanidad contrario al derecho internacional humanitario. Ver Katherine M. Franke, "Los usos del sexo", *Revista de estudios sociales* 28 (2007): 16. Por su parte, el Relator Espacial de la ONU sobre tortura definió las violaciones como una forma especialmente traumática de tortura. Ver también "Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment, in Particular: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment". Reporte del Relator Especial, Mr. Nigel S. Rodley, remitido de conformidad con la Resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Documento E/CN.4/1995/34.

[25] Entender la violencia sexual desde esta perspectiva implica que la existencia de "deseo erótico" no es un determinante del tipo penal, ya que las agresiones sexuales pueden ser impulsadas por propósitos diversos, en este caso, por un propósito de destrucción o aniquilación de un grupo.

[26] El artículo 2.d de la CEDAW dispone que los estados partes deben "Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación", prohibición que comprende también la violencia contra las mujeres en tanto una forma de discriminación.

5.5.2 En el marco de las obligaciones de protección y garantía de los derechos, el Estado debe **actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y las niñas, y reparar a las víctimas** (artículos 4.c de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y 7.b Convención de Belem do Pará). Como señala el Comité de la CEDAW**,** este deber implica que los estados partes son responsables no solamente por las agresiones realizadas por agentes estatales, sino también de las agresiones que provienen de agentes privados, si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedirlas.[27] En particular, este deber comprende una serie de responsabilidades en cabeza de los estados, como las que a continuación se enuncian:

5.5.2.1 A nivel de **prevención**, el artículo 4.f de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer dispone que los estados deben "[e]laborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia", mientras el literal h del mismo artículo resalta la importancia de destinar suficientes recursos para prevenir y eliminar la violencia contra la mujer.[28] La Declaración también hace referencia a medidas educativas y de divulgación dirigidas a hacer visible el problema (artículo 4.h y ss).

La Asamblea General de las Naciones Unidas señala además que los estados deben poner en marcha estrategias, formular políticas y difundir información "(…) con miras a promover la seguridad de la mujer en el hogar y en la sociedad en general, incluidas estrategias específicas de prevención del delito que reflejen la realidad de la vida de la mujer y tengan presentes las necesidades propias de la mujer"; así como promover una política activa y manifiesta que incorpore un criterio de equidad entre los sexos en la formulación y ejecución de todas las políticas y programas en materia de prevención del delito y justicia penal[29]. Específicamente, la

[27] En su Observación General No. 19, el Comité de la CEDAW afirma: "(…) los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas." La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de otro lado, afirmó en el caso Campo Algodonero: "(…) las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía." González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. Párr. 280.

[28] La CEDAW contempla medidas más generales de prevención que también deben tener repercusión en la erradicación de la violencia contra las mujeres, como medidas dirigidas a "a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (artículo 3).

[29] Ver Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 52/86 "Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer". A/RES/52/86 del 2 de febrero de 1998.

Asamblea ha exhortado a los estados para que, entre otras medidas de prevención, **(i)** "[e]stablezcan y pongan en práctica programas pertinentes y eficaces de educación pública y de toma de conciencia del público destinados a prevenir la violencia contra la mujer"[30]; **(ii)** "[d]esarrollen programas multidisciplinarios y en pro de la igualdad de los sexos en entidades públicas y privadas que participan en la eliminación de la violencia contra la mujer, especialmente mediante el enlace entre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los servicios especializados en la protección de mujeres que sean víctimas de violencia"[31]; **(iii)** "[e]stablezcan programas de divulgación destinados a las personas declaradas culpables o a los posibles infractores, con el fin de promover la resolución pacífica de los conflictos, la regulación y el control de la agresividad y la modificación de las actitudes con respecto a las funciones y las relaciones de los sexos"[32]; **(iv)** "[e]stablezcan programas de divulgación y ofrezcan información a mujeres y en particular a aquellas que hayan sido víctimas de violencia, sobre la función de los sexos, los derechos humanos de la mujer y los aspectos sociales, de salud, jurídicos y económicos de la violencia contra la mujer"[33]; **(v) "**[c]reen y divulguen información sobre las diferentes formas de violencia contra la mujer y sobre la idoneidad de los programas existentes para hacer frente a ese problema"[34]; **(vi)** "[a]poyen las iniciativas de las organizaciones que buscan la igualdad de la mujer y de las organizaciones no gubernamentales para aumentar la toma de conciencia sobre la cuestión"[35]; y **(vi)** a través de los medios de comunicación, realicen "(…) campañas de toma de conciencia por parte del público"[36], entre otras medidas.

En el ámbito regional, la Convención de Belem do Pará obliga a los estados a diseñar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer o su integridad (artículo 7.d). Otras medidas preventivas relacionadas con actividades de educación y divulgación son señaladas en el artículo 8.

En concordancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los estados **(i)**"[d]esarrollar programas educativos para las y los ciudadanos, desde una etapa formativa y temprana, para promover el respeto de las mujeres como iguales y el reconocimiento de sus necesidades particulares como mujeres, así como el respeto de sus derechos a la no violencia y a la no discriminación"; **(ii)** "[f]ortalecer las

[30] *Cfr*. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 52/86 "Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer". A/RES/52/86 del 2 de febrero de 1998. P. 11.
[31] *Cfr*. Ibídem. P. 11.
[32] *Cfr*. Ibídem. P. 11.
[33] *Cfr*. Ibídem. P. 11.
[34] *Cfr*. Ibídem. P. 11.
[35] *Cfr*. Ibídem. P. 11.
[36] *Cfr*. Ibídem. P. 11.

políticas de prevención de actos de violencia y discriminación contra las mujeres, mediante un enfoque integral, que abarque los sectores de justicia, educación y salud, y que aborde las distintas manifestaciones de la violencia y los contextos en que ésta ocurre"; **(iii)** "[i]mplementar medidas y campañas de difusión destinadas al público en general sobre el deber de respetar los derechos de las mujeres en materia civil, política, económica, social, cultural, sexual y reproductiva; los servicios y recursos judiciales disponibles para las mujeres que han experimentado la violación de sus derechos; y las consecuencias jurídicas para los perpetradores"; y **(iv)** "[d]iseñar e implementar recursos judiciales de naturaleza cautelar, sencillos, rápidos y accesibles, que puedan funcionar como un remedio idóneo y efectivo, para prevenir situaciones de violencia contra las mujeres", entre otros.[37]

Para el caso específico de los niños, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General 13, llama la atención sobre la necesidad de que la prevención se concentre en la erradicación de los factores de riesgo, como la pobreza y en la discriminación basada en estereotipos de género, y sea acompañada de un sistema integrado, cohesivo, interdisciplinario y coordinado, así como de políticas e infraestructuras públicas sostenibles, programas diseñados con la participación de los niños y alianzas entre todos los sectores de la sociedad, incluidos los propios niños, las ONG y los medios de comunicación.[38] Además, aunque el Comité las aborda como obligaciones independientes, vale la pena resaltar aquí el deber de los estados de diseñar e implementar medidas para facilitar la **identificación** y **notificación** de los factores y eventos de violencia, tales como el diseño de indicadores de riesgo, programas de orientación dirigidos a quienes están en contacto con los niños y niñas sobre cómo interpretar dichos factores, líneas telefónicas gratuitas para denunciar casos de violencia, etc.[39]

5.5.2.2 En materia de **investigación**, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos se viola el deber de debida diligencia cuando la respectiva investigación no se lleva a cabo de manera inmediata, exhaustiva, seria e

[37] *Cfr* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007. P.p. 125-126.

[38] Por su parte, Paulo Sérgio Pinheiro, experto independiente de las Naciones Unidas en violencia contra los niños, señala que las medidas de protección deben ser especialmente preventivas, es decir, los estados deben atacar las causas de la violencia, entre las que se encuentran la pobreza, las inequidades de género y económicas, el desempleo, etc. Además, los estados deben luchar por transformar las actitudes sociales que condonan o normalizan la violencia contra las niñas como los estereotipos sobre los roles de los sexos, la aceptación del castigo corporal y de prácticas tradicionales lesivas de la integridad, crear mecanismos de rendición de cuentas para evitar la impunidad, entre otras medidas. Ver Reporte del experto independiente Paulo Sérgio Pinheiro sobre violencia contra los niños, remitido de conformidad con la Resolución de la Asamblea General 60/231. Agosto de 2006.

[39] El Comité sostiene que la creación de un mecanismo de notificación supone: "a) el suministro de información adecuada para facilitar la presentación de quejas; b) la participación en investigaciones y actuaciones judiciales; c) la elaboración de protocolos adaptados a las diferentes circunstancias, y su amplia difusión entre los niños y la ciudadanía en general; d) la prestación de los correspondientes servicios de atención a los niños y las familias, y e) la formación y la prestación de apoyo permanente al personal encargado de procesar la información recibida por los sistemas de notificación." Ver párr. 49.

imparcial; esta obligación comprende, por tanto, el deber de ordenar, practicar y valorar pruebas fundamentales para el desarrollo de la investigación.[40] Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisa que la debida diligencia exige **(i)** adelantar una investigación oportuna, completa e imparcial; **(ii)** "[f]ortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres a través de investigaciones criminales efectivas, que tengan un seguimiento judicial consistente"[41]; **(iii)** "(…) garantizar una capacitación efectiva en materia de derechos de las mujeres, de todos los funcionarios públicos involucrados en el procesamiento de casos de violencia contra las mujeres (…) con el fin de que apliquen las normas nacionales e internacionales para enjuiciar estos delitos en forma adecuada, y para que respeten la integridad y la dignidad de las víctimas y sus familiares"[42]; **(iv)** "(…) institucionalizar la colaboración y el intercambio de información entre las autoridades responsables de investigar los actos de violencia y discriminación"[43]; y **(v)** "[d]iseñar protocolos para facilitar y fomentar la efectiva, uniforme y transparente investigación de actos de violencia física, sexual y psicológica, que incluya una descripción de la complejidad en las pruebas, y el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada, que incluya pruebas científicas, psicológicas, físicas y testimoniales" [44], entre otros.

Para el caso específico de agresiones contra niñas, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General 13, llama la atención sobre la necesidad de que las investigaciones estén "(…) a cargo de profesionales calificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello" y que la investigación obedezca "(…) a un enfoque basado en los derechos del niño y en sus necesidades" y siempre tenga en cuenta la opinión del niño.[45]

5.5.2.3 Respecto de la obligación de **sanción**, la Recomendación General 19 del Comité de la CEDAW sobre Violencia contra la Mujer, en concordancia con el artículo 4.d de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer[46], recuerda que los estados deben adoptar medidas legales

[40] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. Párr. 289 y ss.
[41] *Cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007. P. 124.
[42] *Cfr*. Ibídem. P. 124.
[43] *Cfr*. Ibídem. P. 125.
[44] *Cfr*. Ibídem. P. 125.
[45] *Cfr*. párr. 51. El Comité agrega: "Se han de adoptar procedimientos de investigación rigurosos pero adaptados a los niños para identificar correctamente los casos de violencia y aportar pruebas a procesos administrativos, civiles, penales o de protección de menores. Se ha de extremar la prudencia para no perjudicar al niño causándole ulteriores daños con el proceso de investigación. Con ese fin, todas **las partes tienen la obligación de recabar las opiniones del niño y tenerlas debidamente en cuenta.**" (negrilla fuera de texto).
[46] Esta disposición indica que los estados deben: "Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación

que prevean sanciones penales y recursos judiciales para que las víctimas puedan realizar sus derechos y sean oídas por las instancias judiciales. A esto agrega la Asamblea General de las Naciones Unidas que los estados deben **(i)** "(…) velar por la estricta observancia de aquellas normas de sus códigos y leyes y procedimientos relativos a la violencia contra la mujer, a fin de que el sistema de justicia penal persiga todos los actos criminales de violencia contra la mujer y les dé la respuesta que corresponda" y **(ii)** revisar, evaluar y enmendar sus políticas y prácticas en materia de condenas, a fin de que se cumplan, entre otros, el objetivo de que todo infractor responda de sus actos de violencia contra una mujer.[47] La Asamblea también exhorta a los estados para que alienten y asistan a las víctimas en la formulación de sus demandas judiciales y durante el respectivo proceso.

En este punto vale la pena también destacar la Observación general 13 del Comité de los Derechos de Niño, en la que se resalta que las medidas legislativas deben incluir el presupuesto y las medidas necesarias para garantizar la observancia de las normas que se expidan.[48]

5.5.2.4 A nivel de **reparación**, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha exhortado a los estados para que **(i)** pongan "(…) legalmente a disposición de los tribunales una gama completa de medidas y sanciones que permitan proteger a la víctima, a las demás personas afectadas y a la sociedad contra futuros actos de violencia" con fines de no repetición, y **(ii)** cerciorarse "(…) de que las mujeres que hayan sido víctimas de violencia reciban, por vía oficial y extraoficial, una reparación rápida y justa del daño sufrido, incluido el derecho a reclamar restitución o compensación de la persona declarada culpable o del Estado".[49]

Varios instrumentos internacionales se refieren además a medidas específicas de **rehabilitación** para las niñas y mujeres víctimas de cualquier forma de violencia. Por ejemplo, el artículo 4.g de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer indica que los estados deben "[e]sforzarse por garantizar, en la mayor medida posible (…) que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y sicológica". Por otro lado, el Comité de la CEDAW recomienda a

nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos".

[47] Ver "Estrategias y medidas prácticas modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal". Documento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución A/RES/52/86 del 2 de febrero de 1998.

[48] Ver parr. 40.

[49] *Cfr*. Ibídem. P. 8

los estados **(i)** establecer o apoyar "(…) servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento"; y adoptar "medidas de protección, entre ellas refugios, asesoramiento, rehabilitación y servicios de apoyo para las mujeres que son víctimas de violencia o que se encuentren en peligro de serlo".[50] El artículo 8.f de la Convención de Belem do Pará, por su parte, dispone que los estados de forma progresiva deben "ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social".

5.5.2.5 Adicionalmente, la debida diligencia impone a los estados **adoptar reformas legales y administrativas dirigidas a eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer –incluida la violencia de cualquier tipo- y a fortalecer los esquemas de protección**. En este sentido, desde sus primeros artículos, la CEDAW dispone que los estados partes deben **(i)** "[c]onsagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; **(ii)** "[a]doptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer", lo cual comprende medidas contra la violencia como forma de discriminación; **(iii)** "[a]daptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer"; y **(iv)** "[d]erogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer" (artículo 2 –a, b, f y g). En concordancia con la CEDAW, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha instado a los estados a que evalúen su legislación y sus principios, procedimientos, políticas y prácticas legales vigentes en materia penal, a fin de determinar si tienen un efecto negativo en la mujer y, de ser así, modificarlos para que la mujer reciba un trato imparcial.[51] También debe resaltarse la

[50] *Cfr*. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 19 de 1992.

[51] Ver Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 52/86 "Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer". A/RES/52/86 del 2 de febrero de 1998. P. 2. En esta resolución se aprueba además el documento "Estrategias y medidas prácticas modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal", mediante el cual se exhorta a los estados a que:

"*a*) Revisen, evalúen y enmienden periódicamente sus leyes, códigos y procedimientos, especialmente su legislación penal, para cerciorarse de su utilidad y eficacia en lo que respecta a la eliminación de la violencia contra la mujer y supriman toda disposición que permita o condone la violencia contra la mujer;

b) Revisen, evalúen y enmienden su legislación penal y civil, dentro del marco de sus ordenamientos jurídicos nacionales, para cerciorarse de que todos los actos de violencia contra la mujer están debidamente prohibidos y, en su defecto, adopten medidas al respecto;

c) Revisen, evalúen y enmienden su legislación penal, para cerciorarse de que:

i) A las personas que sean llevadas ante los tribunales por delitos violentos, o declaradas culpables de delitos violentos se les pueda restringir la posesión, el uso y la propiedad de armas de fuego, con arreglo a su derecho interno;

Plataforma de Acción de Beijing en la que se exhorta a los estados para que promuevan "(…) nuevas leyes cuando sea necesario y reforzar las vigentes en que se prevean penas para los miembros de la policía o de las fuerzas de seguridad o cualquier otro agente del Estado que cometa actos de violencia contra la mujer en el desempeño de sus funciones; revisar las leyes vigentes y adoptar medidas eficaces contra los responsables de esos actos de violencia". [52]

A nivel regional, la Convención de Belem do Pará reitera que los estados deben tomar todas las medidas apropiadas, incluidas las de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos, así como prácticas jurídicas o consuetudinarias tolerantes con la violencia contra la mujer (artículo 7.c, e, g). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la obligación de incluir normas penales, civiles, administrativas y de otra naturaleza necesarias para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y las niñas y reparar a las víctimas comprende la adopción de medidas integrales, entre las cuales se encuentran un marco jurídico adecuado de protección que tenga aplicación efectiva[53] y asegure que sus eventuales violaciones sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa. Así mismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los estados de la región **(i)** "[r]eformar el contenido del marco jurídico existente destinado a proteger los derechos de las mujeres, tanto civil como penal, con el fin de armonizarlo con los principios consagrados en la Convención Americana, la Convención de Belem do Pará y la CEDAW, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos"; **(ii)** "[i]mplementar la legislación nacional y las políticas públicas existentes destinadas a proteger a las mujeres contra actos de violencia y discriminación, y sus consecuencias en materia política, económica, y social y asignar suficientes recursos y la correspondiente reglamentación para asegurar su implementación efectiva en todo el territorio nacional"; e **(iii)** "[i]dentificar y crear indicadores y sistemas interinstitucionales de vigilancia sobre la implementación de la legislación y las políticas destinadas a prevenir y erradicar los efectos de la violencia y la discriminación contra las mujeres" [54], entre otras recomendaciones.

5.5.3 En tercer lugar, los estados deben garantizar a las víctimas **acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos**. En este sentido, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer señala la obligación

---

ii) Con arreglo a su derecho interno, se pueda prohibir o impedir a toda persona que hostigue, intimide o amenace a las mujeres."

[52] *Cfr.* Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, "Declaración y Plataforma de Acción de Beijing", 15 de septiembre de 1995. Párrafo 124.o.

[53]. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. Párr. 258.

[54] *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007. P. 129.

de los estados de dar a las víctimas mecanismos de acceso a la justicia que les permitan reclamar un "resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido".

Por su parte, la Convención de Belem do Pará reitera que los estados deben **(i)** "establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos" (artículo 7.f); y **(ii)** "establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces" (artículo 7.g).

De forma similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los estados, entre otras medidas, **(i)** "[d]iseñar una política estatal integral y coordinada, respaldada con recursos públicos adecuados, para garantizar que las víctimas de violencia tengan un acceso pleno a una adecuada protección judicial para remediar los hechos sufridos, y que los actos de violencia sean adecuadamente prevenidos, investigados, sancionados y reparados"[55]; **(ii)** "[c]rear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica, con el objeto de garantizar que todas las mujeres tengan un acceso pleno a una tutela judicial efectiva ante actos de violencia"[56]; e **(iii)** "[i]ncrementar el número de abogados de oficio disponibles para mujeres víctimas de violencia y discriminación" [57], entre otros.

Finalmente, como ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la debida diligencia y la adopción de recursos judiciales efectivos exigen el **fortalecimiento de la capacidad institucional** de las instancias judiciales, el Ministerio Público y la policía, las cortes y tribunales, y los servicios de medicina forense, en términos de recursos financieros y humanos, para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres.

5.6 DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS NIÑOS Y LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL DENTRO DEL PROCESO PENAL

Como se indicó en apartes previos, una de las medidas que deben adoptar los estados para dar cumplimiento a los compromisos internacionales frente a las víctimas de violencia sexual es la tipificación de tales conductas como delitos para que sean sancionadas por medio del derecho penal. Así, en el caso colombiano, el Código Penal tipifica varios delitos

[55] *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007. P. 123.
[56] Ibídem. P. 126.
[57] Ibídem. P. 126.

contra la libertad, integridad y formación sexuales (Título IV del Código Penal) en cumplimiento de dichas obligaciones.[58] Estos delitos se clasifican en tres grupos: los delitos de violación, los cuales exigen el uso de la violencia o el poner a la víctima en incapacidad de resistir; los delitos abusivos, que comprenden las agresiones contra menores de 14 años o personas en incapacidad de resistir, y el acoso sexual; y los de proxenetismo, los cuales penalizan la obtención de beneficio económico con la violencia sexual ejercida por otros. Adicionalmente, se tipifica el delito de violencia intrafamiliar, el cual, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-674 de 2005, subsume las agresiones sexuales que no se encuadren dentro de los tipos del Título IV del Código Penal, cuando se manifiestan de manera violenta en los ámbitos físico o psicológico.

Además de la tipificación de dichas conductas, la concepción misma del proceso penal ha cambiado y hoy en día es también considerado un espacio de protección de las víctimas. Tal protección, como se indicó en la **sentencia T-458 de 2007**[59], se concreta en el reconocimiento de una serie de derechos, algunos específicos para víctimas especialmente vulnerables como los niños y las mujeres en ciertos contextos. En tanto el presente caso evidencia una intersección entre factores de vulnerabilidad generados por el sexo y la edad de la tutelante, la Sala también considera importante presentar brevemente estos derechos y su alcance.

5.6.1 Derechos específicos de los niños víctimas de violencia en el proceso penal

La normativa interna, la jurisprudencia constitucional y varios organismos internacionales han sentado importantes directrices que deben guiar los procesos judiciales penales en los que los niños intervienen como víctimas y testigos, con la finalidad de promover la realización de sus derechos. Estas directrices deben orientar no solamente el trámite del proceso, sino también las decisiones que se adoptan en materia de decreto y práctica de pruebas -como exámenes médicos y testimonios, así como la actitud de las autoridades, las partes y todos los que intervienen en el proceso. Particularmente, vale la pena destacar las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y las interpretación de estas directrices elaborada por Unicef y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc), que pese a no ser parte del bloque, ofrecen guía importantes desde la doctrina internacional experta en la materia. Estos documentos, junto con la jurisprudencia constitucional, han

[58] Los artículos 138 a 141 del Código Penal también tipifican varias formas de violencia sexual dirigidas contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario. Otras medidas legislativas se hallan en la Ley 1257 de 2008 que introduce disposiciones para la sensibilización, prevención y sanción de distintas formas de violencia y discriminación contra la mujer.
[59] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

reconocido varios principios y derechos de los niños en el marco del proceso penal, como el principio de interés superior del niño y los derechos a un trato digno, a la participación, a la información y a ser oídos, y a recibir una asistencia eficaz, entre otros, cuyo contenido y alcance a continuación se resumen:

5.6.1.1 El principio **de interés superior del niño** es recogido en los artículos 44 de la Carta, 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 6, 8, 9, 18 y 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia, entre otros. De acuerdo con este principio, que surge de la caracterización jurídica de los niños como sujetos de especial protección debido a su especial vulnerabilidad, las autoridades y a los particulares tienen la obligación de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos del niño y, en caso de conflicto de derechos u otro tipo de intereses, deben favorecer sus derechos. [60]

En materia de intervención judicial, como sostiene el Comité de los Derechos del Niño, este principio supone que "(…) todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior (y el de otros niños, si existe un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia); [y que] además, hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible, en función de lo que exijan las circunstancias." En particular, el Comité llama la atención de las autoridades judiciales para que respeten las siguientes garantías:

> "a) Los niños y sus padres deben ser informados debidamente y con prontitud por el sistema judicial u otras autoridades competentes (como la policía, los servicios de inmigración o los servicios educativos, sociales o sanitarios).
>
> b) Los niños que hayan sido víctimas de actos de violencia **deben ser tratados con tacto y sensibilidad durante todo el procedimiento judicial**, teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad, su sexo, los impedimentos físicos que

[60] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la especial condición de los niños "(…) exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable". Corte Interamericana de Derechos Humanos, González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. Párr. 408. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General 13 sobre el artículo 19 de la Convención –"Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", resaltó como una de sus observaciones fundamentales que "[d]ebe respetarse el derecho del niño a que, en todas las cuestiones que le conciernan o afecten, **se atienda a su interés superior como consideración primordial, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia**, así como en todas las medidas de prevención" (negrilla fuera del texto). Doc. CRC/C/GC/13 del 18 de abril de 2011.

puedan tener y su nivel de madurez, y respetando plenamente su integridad física, mental y moral.

c) En la medida de lo posible, la intervención judicial debe ser de carácter preventivo, fomentar activamente un comportamiento positivo y prohibir los comportamientos negativos. **La intervención judicial debe formar parte de un enfoque coordinado e integrado entre los diferentes sectores, prestar apoyo a los otros profesionales en su labor con los niños, los cuidadores, las familias y las comunidades y facilitar el acceso a toda la gama de servicios disponibles de atención y protección del niño**.

d) En todas las actuaciones en que participen niños que hayan sido víctimas de violencia, debe **aplicarse el principio de celeridad**, respetando el estado de derecho"[61] (negrilla fuera del texto).

Adicionalmente, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos", sostiene que este principio comprende los derechos a la protección y a una posibilidad de desarrollo armonioso, los cuales define así:

"i) *Protección*. Todo niño tiene derecho a la vida y la supervivencia y a que se le proteja contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el abuso o el descuido físico, psicológico, mental y emocional;

ii) *Desarrollo armonioso*. Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente armonioso y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el caso de un niño que haya sido traumatizado, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para que disfrute de un desarrollo saludable;"[62]

Finalmente, la Unicef y la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga (Undoc) y el Delito, con fundamento en las directrices del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, explican que el principio de interés superior del niño, aplicado a los procesos penales, conlleva obligaciones como **(i)** armonizar los intereses de los agresores con los de los niños, y **(ii)** en los interrogatorios a los menores de 18 años, el hacer lo posible por "(…) averiguar con qué funcionario o agente del orden se

[61] *Cfr*. Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 13 sobre el artículo 19 de la Convención – "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia",. Doc. CRC/C/GC/13 del 18 de abril de 2011. Párr. 54.

[62] *Cfr*. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas,"Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" aprobadas en la Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005. Párr. 8-c.

encuentra más cómodo el menor y designar a esta persona para que haga el seguimiento del menor durante todo el procedimiento".[63]

A nivel interno y en materia penal, la aplicación de este principio es ordenada expresamente por el artículo 192 del Código de Infancia y Adolescencia.[64] Específicamente, el artículo 193 de este código establece las siguientes pautas que se deben seguir en los procesos penales en los que los niños son víctimas:

> "ARTÍCULO 193. CRITERIOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL DE DELITOS EN LOS CUALES SON VÍCTIMAS LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE LOS DELITOS. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:
>
> 1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.
>
> 2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.
>
> 3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.
>
> 4. Decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para

[63] *Cfr*. Unicef y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc). "Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas". 2010. P. 11.

[64] "ARTÍCULO 192. DERECHOS ESPECIALES DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS. En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley."

garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución.

5. Tendrá especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación, desistimiento o indemnización integral, no se vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito.

6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.

7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

8. Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.

9. Ordenará a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.

10. Informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, 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.

11. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

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

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

5.6.1.2 Adicionalmente, como bien resalta el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, todo niño tiene **derecho a recibir un trato digno y comprensivo** en el marco de los procesos judiciales, de acuerdo con su situación personal, necesidades inmediatas, sexo, edad, nivel de madurez y, según el caso, situación de discapacidad. Este derecho conlleva, entre otras, las obligaciones de los funcionarios judiciales de **(i)** limitar las injerencias en la vida privada del niño al máximo[65], lo que significa, por ejemplo en materia de pruebas, que los exámenes forenses solamente se deben practicar cuando resulten indispensables en interés del niño[66]; y **(ii)** procurar que las entrevistas y demás aproximaciones al niño sean llevadas a cabo por personal capacitado y con el máximo respeto y rigor[67], lo que a la vez supone que los estados deben instruir a todo el personal que tiene contacto y trabaja con los niños para que favorezcan y garanticen sus derechos, y deben promover equipos multidisciplinarios para brindar atención integral desde todas las perspectivas.[68]

5.6.1.3 Los niños y sus representantes también tienen **derecho ser oídos en relación con sus preocupaciones y opiniones dentro del proceso, debe permitirse su participación en los debates y deben ser informados sobre el desarrollo y resultados del proceso**, sobre la forma cómo se practicarán las diligencias y las pruebas, sobre la disponibilidad de servicios sociales, médicos y psicológicos para la rehabilitación, sobre los mecanismos de apoyo en caso de que el niño decida denunciar o participar en el proceso, y sobre los oportunidades para obtener reparación, entre

[65] Ver Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" aprobadas en la Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005. Párr. 12.
[66] Ver Unicef y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc). "Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas". 2010. P. 19.
[67] Ver Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" aprobadas en la Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005. Párr. 13.
[68] Ver Unicef y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc). "Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas". 2010. P.p. 19 y 20.

otros.[69] Para garantizar una adecuada información y participación, las decisiones deben comunicarse a los niños de una forma que les permita entenderlas según su edad y madurez.[70]

5.6.1.4 El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas también resalta que los niños víctimas de delitos y sus familiares deben tener **acceso a asistencia de profesionales en materia jurídica, financiera, de salud, social, educativa y otros ámbitos necesarios para su rehabilitación y reinserción.** Además, los profesionales que presten servicios a los niños deben trabajar en equipos multidisciplinarios para evitar excesivas intervenciones. Específicamente, para facilitar a los niños rendir testimonio y mejorar la comunicación, el Consejo Económico y Social recomienda adoptar medidas como las siguientes:

> "a) Que especialistas en niños víctimas y testigos de delitos atiendan a las necesidades especiales del niño.
>
> b) Que personal de apoyo, incluidos especialistas y los familiares apropiados, acompañen al niño mientras presta testimonio;
>
> c) Si procede, que se nombre a un tutor que proteja los intereses jurídicos del niño."[71]

5.6.1.5 Por último y en concordancia con el derecho de los niños a recibir un trato digno, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas recuerda que los niños **deben ser protegidos de cualquier sufrimiento dentro del proceso**. De este derecho se despende la obligación de las autoridades de acompañar al niño a lo largo de todo el proceso, garantizar que los juicios "se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés del niño", realizar las investigaciones respectivas de manera expedita, introducir normas o reglamentos procesales "para acelerar las causas en las que los niños estén involucrados", utilizar procedimientos e instalaciones idóneas para los niños (como salas de audiencias modificadas, recesos durante los testimonios, audiencias en horas apropiadas para la edad del niño, etc.), limitar el número de entrevistas a las estrictamente necesarias[72], velar por que no sean interrogados por el presunto autor del delito, entre otros.

---

[69] Ver Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" aprobadas en la Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005. Párr. 19 a 21.

[70] Ver Unicef y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc). "Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas". 2010. P. 38.

[71] *Cfr*. Párr. 25.

[72] El Consejo Económico y Social recomienda lo siguiente: "Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, visitas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de video". Párr. 31. UNICEF y Undoc también recomiendan "[l]imitar en la medida de lo posible el número de entrevistas a niños dictando órdenes que garanticen la

5.6.1.6 En materia específica de violencia sexual contra niños, con base en los derechos ante resumidos, la Corte ha establecido varias pautas que deben guiar el decreto, práctica y valoración del material probatorio con miras a garantizar el interés de los niños. Por ejemplo, en la **sentencia T-554 de 2003[73],** al revisar las decisiones dictadas con ocasión de la acción de tutela interpuesta por una mujer en representación de su hija menor de 18 años, contra un fiscal, debido a que había decretado por tercera vez un examen médico ginecológico en el marco de una investigación por una presunta agresión sexual[74], la Corte recordó que en estos casos **las autoridades judiciales no deben discriminar a los niños y deben dispensarles un tratamiento acorde con su nivel de madurez y la situación de indefensión en la que se encuentren**. Especialmente, la Corte recordó a los funcionarios que deben tener en cuenta que "(…) en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor." También precisó que constituye una forma de discriminación que el funcionario "(…) dispense a la víctima [menor de 18 años] el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga."

En materia de evidencia, se señaló que el principio de interés superior del niño implica 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 al niño**" (negrilla fuera del texto). Además, para la Corte, la investigación y juzgamiento de actos de violencia sexual contra los niños también obliga al cumplimiento de algunos deberes positivos por parte de los funcionarios, así como de aquellos que ejercen funciones de Ministerio Público, como **(i)** "(…) ser particularmente diligentes y responsables de la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual"; **(ii)** "(…) informar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre la existencia de un menor que se halla en situación de peligro"; **(iii)** ordenar la recolección de elementos materiales probatorios de oficio "(…) para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuando quiera que exista una *duda razonable* derivada del análisis del

adecuada grabación de las declaraciones iniciales del menor y conceder a los testimonios grabados la misma importancia que a los testimonios directos, siempre y cuando se respeten los derechos de la defensa." P. 86.

[73] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[74] El fiscal alegaba que había ordenado el tercer dictamen, debido a que los dos anteriores habían arrojado resultados contradictorios en relación con la posible comisión del delito de acceso carnal violento. Debido a que no se había podido practicar el tercer examen, el fiscal había precluído la investigación.

acervo probatorio" y **(iv)** recolectar cada evidencia de tal forma que se respete la dignidad del niño. Sobre los deberes probatorios, la Corte explicó:

> "(…) las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, *ab initio* en beneficio de éstos y en desmedro de los derechos del menor sino que es menester, en estos casos, profundizar aún más en la investigación a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto. Lo anterior **no** significa que en casos de delitos sexuales cometidos contra menores le esté vedado al funcionario judicial aplicar el *principio del in dubio pro reo,* sino que solamente se puede apelar al mismo en última instancia, luego de haber adelantado una investigación realmente exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio."

Por último, la Corte recordó que "(…) cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores de 18 años, **adquiere además relevancia la prueba indiciaria**. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima" (negrilla fuera del texto). La Corte agregó:

> "Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, <u>la declaración de la víctima constituye una prueba esencial</u> en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. Además, y sobre este punto la Sala es enfática, no le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo "*normal*" el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de "*derecho*" sobre el cuerpo del menor" (énfasis original).

En el caso concreto, la Corte concluyó que el fiscal demandado no había vulnerado los derechos de la niña, ya que el decreto de oficio de esta prueba pericial constituía una *decisión razonable,* teniendo en cuenta la

manifiesta contradicción que existía entre los resultados que arrojaron las dos pruebas periciales anteriores. Sin embargo, la Corporación sí consideró que se había incurrido en un defecto fáctico al calificar el mérito del sumario y precluir la investigación, pues la decisión carecía del sustento probatorio necesario. Para la Corte, "(…) la funcionaria judicial dejó de practicar una prueba legalmente decretada que resultaba *determinante* para dirimir la controversia que se había planteado entre los resultados contradictorios que arrojaron dos exámenes médicos practicados a la menor AA, es decir, no se trataba de una prueba mas, que pudiese dejar de ser practicada sin que por ello se alterase la decisión judicial final. Todo lo contrario, esa prueba hubiese despejado toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del señor CC." Además, el defecto fáctico se vislumbraba en que la funcionaria había terminado por negar "(…) todo valor a las demás pruebas que reposaban en el expediente, para acordárselo solamente a un reconocimiento médico practicado sobre la menor por un médico no forense y cuyas conclusiones terminan puestas al menos en duda por otro experticio practicado con antelación y cuyos resultados fueron totalmente opuestos."

Luego, en la **sentencia T-458 de 2007**[75], la Corte insistió en la obligación del operador judicial tener en cuenta el testimonio de la víctima menor de 18 años y, en ausencia de testigos, valorarlo como un indicio de la ocurrencia de la agresión. Por esta razón, la Corporación tuteló los derechos a la dignidad, a la integridad, a la libertad sexual y al debido proceso de una joven, debido a que pese a que existía evidencia contundente de que había sido abusada sexualmente cuando se encontraba en estado de total pérdida de conciencia por consumo de alcohol, el fiscal que adelantaba la investigación ordenó cesar el procedimiento. La Corte observó serias irregularidades en la valoración que el fiscal hizo de las pruebas, lo que la llevó a declarar la existencia de un defecto fáctico. Algunas de esas irregularidades eran: **(i)** no tener en cuenta el dictamen de medicina legal que indicaba que era posible que al momento de los hechos, la joven se hallara en estado de tal embriaguez que no pudiera recordar los hechos y, especialmente, **(ii)** no tener en cuenta su testimonio en el sentido de que no podía recordar lo sucedido.

De forma similar, en la **sentencia T-520A de 2009**[76], la Corte reiteró en que **es una obligación de los fiscales oír a las víctimas e investigar a fondo las denuncias de agresión sexual en aras de hallar la verdad como un presupuesto de la justicia de la decisión.** Con fundamento en estas consideraciones, la Corte tuteló los derechos de una niña, presuntamente víctima de abuso sexual por su abuelo, debido a que el fiscal a quien había correspondido investigar la denuncia archivó del caso **(i)** sin investigar algunos hechos que daban cuenta de la comisión de un presunto delito sexual y **(ii)** sin tener en cuenta los elementos probatorios

[75] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[76] M.P. Mauricio González Cuervo.

allegados por la madre con ocasión de las diligencias que realizó por asesoría del ICBF, y a partir de que las que obtuvo pruebas psicológicas y médicas que aludían a la existencia de un presunto abuso sexual contra de la niña.[77] La Corte ordenó al fiscal demandado reabrir la indagación archivada y adelantar una investigación técnica completa, que tomara en consideración los hechos y las pruebas aportadas por madre de la niña, a fin de que dirimir la duda relacionada con la existencia de la conducta típica.

Posteriormente, en la **sentencia T-078 de 2010**[78], la Corte concluyó que la Fiscalía, al precluir la investigación contra el presunto agresor y descartar sin justificación pruebas fundamentales como el dictamen y testimonio de la psicóloga que atendió a la niña debido a las sospechas de la madre, el dictamen pericial de una psicóloga forense, el dictamen de un médico forense y el propio testimonio de la niña, habían fallado solamente de manera formal y con ello, además de vulnerar su derecho al debido proceso, había inobservado el principio de intereses superior del niño, el cual **exige dar pleno valor a los testimonios de los niños e interpretar las dudas que se presenten en el marco del proceso a favor de éstos**. La Corporación afirmó:

> "Tales apreciaciones que constituyen 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. (…)
>
> El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio *pro infans*, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.[79] En esa medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido

[77] Adicionalmente, la Dirección Nacional de Fiscalías no había reasignado dicha investigación a otro fiscal, como lo solicitaba la madre, y el Consejo Superior de la Judicatura había omitido dar respuesta oportuna a la solicitud de la madre para que se iniciara una investigación disciplinaria contra el fiscal.
[78] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[79] T-1227 de 2008

un menor deben resolverse según la regla pro infans, axioma que desecharon los fallos cuestionados."

Con fundamento en estas y otras consideraciones, la Corte tuteló los derechos al debido proceso y al interés superior de la niña tutelante, dejó sin efectos la resolución de preclusión de la investigación y, en consecuencia, ordenó **(i)** a la Fiscalía proferir una nueva resolución en la que hiciera una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en el fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica; y **(ii)** al ICBF realizar las diligencias para amparar a la niña mientras durara el proceso.

En la **sentencia T-1015 de 2010**[80], en un caso similar, al revisar los fallos de instancia emitidos dentro de la acción de tutela interpuesta por una madre en representación de su hija menor de 18 años, contra una fiscalía, por precluir la investigación penal que adelantaba contra el padre por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, bajo el argumento de que existían inconsistencias en el relato de la niña, la Corte sostuvo que en virtud del interés superior del niño, **los operadores judiciales deben mostrar especial diligencia en la investigación y juzgamiento de las agresiones, "utilizar plenamente sus facultades oficiosas para disminuir la brecha entre la verdad procesal y la verdad real", tener especialmente en cuenta el testimonio de los niños ante la frecuente ausencia de otros elementos probatorios,** entre otros puntos. No obstante lo anterior, la Sala de Revisión concluyó que en el caso concreto no había lugar a conceder la tutela, ya que el fiscal sí había tenido en cuenta los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional y su decisión, después de una revisión del material probatorio, resultaba razonable.[81]

Más recientemente, en la **sentencia T-205 de 2011**[82], la Corte concluyó que un juzgado penal y un tribunal superior de distrito judicial habían desconocido los derechos de tres niñas víctimas de violencia sexual, por cuanto el primero, debido al cambio de juez, declaró la nulidad del juicio

[80] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[81] La Corte explicó: "(…) la Sala estima que en este trámite se cumplió con la obligación de agotar toda la investigación antes de aplicar el *in dubio pro reo*; si bien la actividad probatoria y el impulso del proceso estuvo primordialmente a cargo de las partes, lo cierto es que en la investigación penal adelantada contra *Miguel*, el ente investigador decretó y evaluó todas las pruebas pertinentes que –razonablemente- podrían brindar elementos de juicio para adoptar una decisión ajustada a la verdad. En esos términos, la condición jurisprudencial establecida para la aplicación del *in dubio pro reo* se satisfizo en el asunto que se analiza, de manera que el cargo será rechazado."
A esto agregó: "Conclusión: las consideraciones precedentes dan pleno sustento a la tesis de la Sala y determinan el alcance de la decisión: el amparo solicitado será denegado pues, aunque las resoluciones controvertidas presentan algunos defectos concretos que han sido ampliamente expuestos en los párrafos precedentes, ninguno de ellos tiene la entidad suficiente para minar la hipótesis fáctica de las autoridades accionadas, aspecto medular del presente trámite. Por lo tanto, se confirmará el fallo de primera instancia, pero únicamente por las razones expuestas en esta providencia. "
[82] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

oral y ordenó que se repitiera junto con varias pruebas que habían sido practicas dentro del mismo, decisión que fue confirmada por el tribunal. Aunque en el curso del proceso el agresor se allanó a los cargos, por lo que ya no era necesario repetir las pruebas, la Corte decidió revocar el fallo de instancia que había denegado el amparo y, en su lugar, declarar que las autoridades demandadas sí habían vulnerado los derechos de las niñas tutelantes. Para la Corte, si bien es cierto los principios de inmediación y concentración de la prueba son fundamentales en el sistema penal acusatorio, también es cierto que en el caso concreto el nuevo juez podía haber acudido al registro técnico de lo que ya se había efectuado válidamente en el juicio oral, con el fin de no atropellar los derechos de las niñas víctimas. La Corte expresó:

> "El asunto debió haberse resuelto con acatamiento del principio *pro infans*, previendo que en eventos donde resulten contrapuestas dos prerrogativas, deberá optarse por la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad. Recuérdese que, en apropiado desarrollo de la preceptiva constitucional e internacional, el artículo 193.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), consagra que en los procesos por conductas punibles donde las víctimas hayan sido menores de edad, las autoridades judiciales no les deben generar adicionales daños" (citas suprimidas).

Por esta razón, pese a la existencia de una carencia actual de objeto, la Corte concedió la tutela y previno a las autoridades acusadas para que el lo sucesivo no volvieran a incurrir en este tipo de comportamientos.

5.6.1.7 Estas reglas han sido reiteradas por la Corte Suprema de Justicia, quien **(i)** ha resaltado la relevancia jurídica del testimonio de la víctima como prueba esencial y, en el caso de los menores de 14 años, ha explicado que el testimonio debe gozar de especial credibilidad[83]; **(ii)** ha sostenido que la confiabilidad del testimonio de las víctimas menores de 14 años no se puede descalificar bajo el argumento de que la ley procesal penal exige que se rinda bajo juramento[84], o bajo el argumento de su inmadurez mental o de su capacidad imaginativa[85]; y **(iii)** ha explicado que en tanto los delitos sexuales se suelen cometer en espacios cerrados y sin testigos, en muchos casos solamente se cuenta con el testimonio de la víctima por

5.6.2 Derechos específicos de las mujeres víctimas de violencia sexual en el proceso penal

[83] Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de enero de 2006, proceso 23706; sentencia del 30 de marzo de 2006, proceso 24468; sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso 28742; y sentencia del 19 de agosto de 2008, proceso 29740.
[84] Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de enero de 2006, proceso 23706; sentencia del 30 de marzo de 2006, proceso24468; sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso 28742; sentencia del 2 de julio de 2008, proceso 29117; y sentencia del 19 de agosto de 2008, proceso 29740.
[85] Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de julio de 2008, proceso 29117.

A nivel internacional, además de los estándares expuestos en las secciones anteriores, el artículo 4.f de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer dispone que los estados deben "(…) evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer".

Específicamente en lo que se refiere al proceso penal que se debe adelantar contra el agresor, la Asamblea General de las Naciones Unidas[86] exhorta a los estados para que, entre otras actividades, **(i)** brinden a las mujeres víctimas iguales oportunidades para rendir declaración que a los demás testigos, y adopten medidas para facilitar dicho testimonio y proteger su intimidad; **(ii)** "en todo proceso penal tengan en cuenta las pruebas de actos de violencia, malos tratos, acecho y explotación perpetrados con anterioridad por el autor del hecho"; **(iii)** faculten a las autoridades judiciales para que dicten "(…) mandatos judiciales de amparo y conminatorios, en casos de violencia contra la mujer, que prevean la expulsión del domicilio del autor de los hechos, con prohibición de todo contacto ulterior con la víctima y demás personas afectadas, dentro o fuera del domicilio, y de imponer sanciones por el incumplimiento de esas órdenes; **(iv)** "(…) tomen en consideración los riesgos de seguridad inherentes a las decisiones que conlleven sanciones no privativas de libertad o condenas semiprivativas de libertad, libertad bajo fianza, libertad condicional, o condena condicional"; e **(v)** "[i]ntroduzcan técnicas de investigación que, sin ser degradantes para las mujeres objeto de violencia y minimizando toda intrusión en su intimidad, estén a la altura de las prácticas más eficaces para la obtención de pruebas".

En materia probatoria, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de de los tribunales internacionales Ad hoc para Yugoslavia y Ruanda[87] se estableció una utilización restrictiva de la prueba de consentimiento de la víctima como defensa y, como consecuencia, la exclusión de la corroboración de la declaración de la víctima y de la posibilidad de realizar preguntas sobre su pasado sexual; además, se sostuvo que la falta de precisión en el relato de la víctima sobre hechos, detalles de los acontecimientos y fechas no pueden ser argumento para desestimar el testimonio.[88] Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso Akayesu, recordó que "[l]a violencia sexual no está limitada a la

[86] Asamblea General de las Naciones Unidas, "Estrategias y medidas prácticas modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal", documento aprobado por medio de la Resolución A/RES/52/86 del 2 de febrero de 1998.
[87] Como en la sentencia T-453 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se advierte que aunque los hechos de este caso de tutela no ocurrieron en el escenario específico de un conflicto armado ni participaron en él actores de dicho conflicto, es pertinente aludir a las normas de derecho penal internacional en la medida en que ellas ilustran la trascendencia de las reglas sobre los derechos de las víctimas de violencia sexual en el proceso penal.
[88] Ver sentencia T-453 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no impliquen la penetración ni siquiera el contacto físico".[89]

En el mismo sentido, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional[90] recogen varias reglas en materia de pruebas de la siguiente forma:

> **"Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual**
>
> En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:
>
> a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
>
> b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
>
> c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
>
> d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.
>
> **Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual**
>
> Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo."

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha indicado que **(i)** se debe dar credibilidad al testimonio de las víctimas, incluso cuando las denuncias no se hayan realizado en las primeras entrevistas con

[89] *Cfr*. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso Akayesu, 1998. Párrafo 688.
[90] Adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002.

las autoridades judiciales[91], y **(ii)** se deben considerar en conjunto las evidencias y el contexto en el que ocurre la violencia sexual.[92]

Estas reglas han sido reiteradas y profundizadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Así, en la **sentencia T-453 de 2005[93],** al examinar una acción de tutela contra un juez penal por **(i)** ordenar y practicar pruebas que se referían al comportamiento y vida personal de la víctima anterior y posterior a los hechos objeto de investigación, y **(ii)** admitir la práctica de pruebas sobre asuntos sobre los que ya existían otras pruebas científicas, así como testimonios de terceras personas sobre asuntos que no guardaban relación directa con los hechos objeto de investigación, la Corte recordó los derechos de las víctimas de actos punibles que fueron señalados en la sentencia C-228 de 2002 así:

> "(…) que los derechos de las víctimas del delito a la verdad, a la justicia y a la reparación se violan cuando en el proceso penal se adoptan decisiones que conducen a la impunidad, lo cual puede ocurrir, entre otras: (i) si se les impide solicitar el control de legalidad de las decisiones que adopten los funcionarios judiciales sobre la imposición de medidas de aseguramiento al procesado;[94] (ii) si no se les permite solicitar la revisión de sentencias judiciales absolutorias en casos de violaciones de derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario cuando un pronunciamiento judicial interno o de una instancia internacional reconocida por Colombia, constata la existencia de una prueba nueva o de un hecho nuevo no conocidos al momento del juzgamiento, o la omisión del Estado colombiano de investigar con seriedad e imparcialidad los hechos;[95] (iii)si se les restringe la posibilidad de acceder a las diligencias previas del proceso penal;[96] (iv) si se les niega el derecho a intervenir en procesos disciplinarios que se instauren por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario;[97] (v) si se impide la constitución de parte civil exigiendo requisitos o condiciones no previstos en la ley,[98] o desconociendo la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas;[99] (vi) si se precluye la investigación penal sin haber respondido a la solicitud de pruebas de la parte civil;[100] (vii)

[91] Ver caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010. Para la Corte, "(…) dicha omisión puede deberse a no contar con seguridad o confianza suficiente para poder hablar sobre lo ocurrido".
[92] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009.
[93] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[94] "Corte Constitucional, Sentencia C- 805 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett."
[95] "Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett."
[96] "Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett."
[97] "Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández."
[98] "Corte Constitucional, Sentencia T-536 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell."
[99] "Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett."
[100] "Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz."

> si se declara la caducidad de la acción civil dentro del proceso penal, sin que se reunieran los supuestos legales para aplicar la norma que lo permitía;[101] (viii) si se cumple con el deber de investigar tan sólo de manera puramente formal,[102] o sin la seriedad y rigor requeridos para la defensa de los derechos de las partes procesales.[103]"

Adicionalmente, en relación con las evidencias que se pueden practicar y valorar en los procesos penales por delitos sexuales, la Corte señaló que aquellas que se relacionan con la intimidad de la víctima únicamente pueden ser decretadas cuando en el caso concreto se superen todos los pasos del juicio de proporcionalidad. Por esta razón, en el caso concreto revocó los fallos de instancia y concedió al tutela, por encontrar que varios materiales probatorios cuya práctica había sido decretada por la autoridad accionada, como la historia clínica sobre la interrupción de un embarazo de la tutelante y declaraciones sobre su conducta y relaciones amorosas anteriores a los hechos, constituían una intromisión desproporcionada en su intimidad, razón por la cual ordenó su exclusión del acervo probatorio.[104]

La **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia** también ha fijado pautas importantes para valorar las pruebas en este tipo de casos.[105] Por ejemplo, en lo que respecta al caso bajo revisión, ha señalado que en los casos de acceso carnal **(i)** no es posible eximir de responsabilidad al presunto agresor solamente por la ausencia de rastros de espermatozoides, fluidos o ADN en el cuerpo de la víctima, ya que muchos factores pueden influir en que no se encuentren este tipo de rastros, como la penetración con elementos no corporales, el paso del tiempo o la realización del delito

---

[101] "Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño."
[102] "Corte Constitucional, Sentencia T-556 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño."
[103] "Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz."
[104] La Corte explicó lo siguiente: "Este tipo de pruebas, no aportan elementos de juicio sobre la forma como ocurrieron los hechos objeto de investigación, sino que están dirigidas a elevar cuestionamientos sobre la idoneidad moral de la víctima por su comportamiento anterior o posterior a los hechos en relaciones diferentes y con personas distintas al acusado. No están orientadas estas pruebas a un fin imperioso de la defensa. Por el contrario, buscan reproducir un prejuicio social según el cual de una mayor predisposición o experiencia sexual se puede inferir el consentimiento de la víctima a un acto totalmente distinto y separado de las relaciones que ella hubiere podido tener con sus ex-novios o amantes. Tales pruebas imponen una restricción grave del derecho a la intimidad de la víctima que resulta irrazonable y desproporcionada que distorsiona la finalidad de la investigación penal. En cuanto al medio, observa la Corte que la obtención de declaraciones y pruebas técnicas no se encuentran prohibidas por la ley. En este sentido los medios empleados no son ilícitos. Sin embargo, no existe una relación entre los medios de prueba solicitados y el fin perseguido: lograr demostrar la ausencia de responsabilidad del procesado. El comportamiento o experiencia sexual previo de la víctima, nada dice sobre su consentimiento para sostener relaciones sexuales con el acusado, ni aporta información sobre lo ocurrido el día de los hechos. Simplemente está encaminado a cuestionar la idoneidad moral de la víctima con base en prejuicios sociales. Por ello, tales cuestionamientos son innecesarios para el esclarecimiento de la verdad y desproporcionados dado que conllevan una grave intromisión en la vida íntima de la víctima, sin que aporten ningún elemento probatorio sobre lo sucedido en la relación entre la víctima y el acusado. Por lo anterior, tales pruebas deberán ser excluidas del acervo probatorio, y no podrán ser tenidas en cuenta por el juez al adoptar una decisión sobre la responsabilidad del acusado."
[105] Una relación de la jurisprudencia en la materia se puede hallar en Corporación Humanas, "Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas", Bogotá, junio de 2010.

sin eyaculación[106]; y **(ii)** tampoco es posible concluir la ausencia de responsabilidad solamente porque el himen de la víctima permanece entero, pues este hecho puede ser consecuencia de un himen dilatable o una penetración hasta el introito vaginal[107].

5.7 CASO CONCRETO

5.7.1 Procedencia de la acción

La Sala estima que la acción de tutela es procedente en este caso, pro las siguientes razones:

En primer término, en este caso se encuentra acreditada tanto la legitimación activa como por pasiva, pues la tutelante es la niña que presuntamente fue víctima de una agresión sexual y quien actúa como víctima dentro de la investigación que adelanta la fiscalía demandada. A su vez, esta última es una autoridad pública y por ello, en los términos del artículo 86 de la Carta, procede la acción en su contra.

En segundo término, la tutela fue interpuesta dentro de un término razonable después de ocurridos los hechos que presuntamente han vulnerado los derechos fundamentales de la niña demandante, pues la investigación comenzó en diciembre de 2008, la última actuaciones dentro de la investigación se produjo en agosto de 2009 –cita a segunda entrevista forense de la niña- y la demanda fue presentada en octubre del mismo año.

Finalmente, la Sala observa que la tutela tiene un carácter preventivo y que, en tanto el despacho demandado aún no ha dictado una decisión de fondo, la accionante no tiene otros mecanismos judiciales de defensa a su alcance.

5.7.2 Derechos vulnerados por el despacho demandado

5.7.2.1 Como se indicó en apartes previos, el deber de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual, especialmente cuando son niños y mujeres, impone a las autoridades judiciales –incluidos los fiscales- la obligación de **adelantar las respectivas investigaciones y juicios penales con debida diligencia**. Este deber de *debida diligencia* se traduce en obligaciones concretas como **(i)** adelantar la investigación de manera oportuna y dentro de un plazo razonable; **(ii)** no tomar decisiones discriminatorias basadas en estereotipos de género; **(iii)** brindar a las

[106] En sentencia del 17 de septiembre de 2008, proceso 21691, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmó que el acceso carnal violento no "(…) depende para su consumación de huellas espermáticas, líquidos o fluidos genéticos para su estructuración." Ver las sentencias del 7 de septiembre de 2006, proceso 23790; sentencia del 23 de mayo de 2007, proceso 22203; y sentencia del 4 de febrero de 2009, proceso 26682.
[107] Ver sentencia del 7 de septiembre de 2006, proceso 23790

víctimas oportunidades para ser oídas y participar dentro del proceso, así como tomar en cuenta sus opiniones y reclamos, y adoptar mecanismos para facilitar la rendición del testimonio y para proteger su intimidad; **(iv)** dictar mandatos judiciales de amparo para evitar nuevas agresiones, así como para garantizar la seguridad de la víctima y su familia durante y después del proceso; **(v)** dar aviso a las víctimas de la liberación de los agresores; **(vi)** brindar información a las víctimas sobre sus derechos y la forma cómo puede participar en el proceso, así como orientación psicológica; **(vii)** permitir a las víctimas solicitar el control de legalidad de las decisiones que afectan sus derechos; y **(viii)** guardar la debida reserva de la identidad de la víctima.

Adicionalmente, cuando la víctima es un menor de 18 años, los funcionarios judiciales deben **(i)** armonizar los derechos de los presuntos agresores con los derechos de los niños, por ejemplo, aplicando el principio de *in dubio pro reo* en última instancia después de una investigación seria y exhaustiva; **(ii)** minimizar los efectos adversos sobre los niños que se derivan de su participación en el proceso, por ejemplo, a través de apoyo interdisciplinario; **(iii)** dar prioridad a los casos y resolverlos con celeridad; **(iv)** tratar a los niños con consideración tendiendo en cuenta su nivel de madurez y su situación de indefensión como víctimas; **(v)** permitir que los niños en todas las etapas sean acompañados y asistidos por personas de su confianza; **(vi)** informar a los niños y a sus representantes sobre las finalidades, desarrollo y resultados del proceso, resolver todas sus inquietudes al respecto y orientarlos sobre la forma como pueden ejercer sus derechos al interior del proceso; **(vii)** informar al Ministerio Público para que pueda velar por los intereses de los niños; y **(viii)** acudir el principio *pro infans* como criterio hermenéutico.

En materia específicamente de **recolección de elementos materiales probatorios**, los estándares de protección nacionales de internacionales exigen a las autoridades judiciales lo siguiente: **(i)** ordenar de oficio y recolectar los elementos probatorios que sean necesarios de manera oportuna –pues el tiempo puede conducir en estos casos a la pérdida de la evidencia, sin desconocer los derechos de las víctimas y evitando al máximo su revictimización e intromisiones indebidas en su intimidad[108], lo que incluye el deber de no someter a la víctima innecesariamente a exámenes físicos y psicológicos; **(ii)** no valorar evidencia sobre el pasado sexual de la víctima o sobre su comportamiento posterior a los hechos objeto de investigación; **(iii)** considerar de manera restrictiva los elementos probatorios sobre el consentimiento de la víctima; **(iv)** no desestimar los testimonios de las víctimas por presentar contradicciones, pues éstas son frecuentes en eventos traumáticos como la violencia sexual; **(v)** no desestimar los testimonios de las víctimas por no haber sido

[108] Esto significa que las autoridades judiciales deben evitar que en el proceso las víctimas sean humilladas o forzadas a recordar lo sucedido o a nuevas revisiones físicas en contra de su voluntad.

obtenidos en las primeras entrevistas, pues dicha omisión puede deberse, entre otras razones, a temores por razones de seguridad; **(vi)** abstenerse de desestimar una acusación de violencia sexual por no existir evidencia física de "penetración", ya que la violencia sexual no se limita a los eventos de acceso carnal –puede comprenden eventos en los que ni siquiera hay contacto físico- e, incuso, en los casos de acceso carnal, la ausencia de esta evidencia se puede deber a penetraciones hasta el introito vaginal, a un himen dilatable o al paso del tiempo que impide la obtención de muestras de fluidos, es decir, no es una regla de la experiencia que cuando no ha habido penetración o no hay fluidos como espermatozoides, no ha habido violencia sexual[109]; **(vii)** emplear técnicas de investigación eficaces, modernas y con altos estándares de sanidad; **(viii)** apreciar en conjunto la evidencia teniendo en cuenta el contexto en el que se presentó la violencia sexual; **(ix)** cuando sea necesario**,** ordenar la recolección de elementos probatorios que puedan afectar los derechos fundamentales de las víctimas después de un análisis detallado de la proporcionalidad de la medida, análisis que además debe reflejarse en la decisión respectiva; **(x)** permitir que en la práctica de exámenes físicos, la víctima esté acompañada de una persona cercana, sí así lo desea; **(xi)** prestar especial atención al testimonio de la víctima, teniendo en cuenta que en la mayoría de los eventos de violencia sexual no hay otros testigos, razón por la cual el testimonio de la víctima debe valorarse como un indicio de la ocurrencia del delito; y **(xii)** valorar los elementos probatorios allegados por la víctima o sus representantes.

5.7.2.2 En el presente caso, **la Sala advierte que el fiscal a cargo de la investigación contra el padre de la niña tutelante ha inobservado varias de estas obligaciones**, como a continuación se analiza:

En primer lugar, **en la recolección de los elementos materiales probatorios, no se han respetado los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos y por la jurisprudencia constitucional**. Primero, en la orden de la segunda entrevista, es decir, la que se programó para el 9 de noviembre de 2009, el fiscal demandado no tuvo en cuenta si casi dos años después de los hechos, esa entrevista causaría un perjuicio mayor a la niña, y en caso de que sí haya tenido en cuenta tales consideraciones, la motivación no fue debidamente expuesta en los respectivos oficios. La Sala recuerda que el fiscal tiene discrecionalidad para ordenar la recolección de los elementos materiales probatorios que considere necesarios para determinar la ocurrencia de una conducta típica; sin embargo, cuando la recolección de esos materiales

[109] Sobre la cautela que deben tener las autoridades judiciales al emplear las reglas de la experiencia, la Corte afirmó lo siguiente en la sentencia T-1015 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: "Las reglas de la experiencia pueden dar un apoyo más o menos fuerte a la hipótesis, dependiendo de si tienen origen en criterios aportados por ciencias exactas o de si provienen de ciencias sociales; del nivel de acuerdo entre los científicos, o de la existencia de evidencia que debilite su plausibilidad, en cada campo científico. Si las reglas se extraen del sentido común o de la experiencia personal del funcionario, deben observarse con recelo, pues se corre el riesgo de que no se trate de generalizaciones plausibles sino de simples prejuicios sociales."

implica afectaciones a la intimidad y dignidad de las víctimas, entre otros derechos, debe examinar la proporcionalidad de la medida y consignar sus argumentos en la respectiva orden.

Segundo, el fiscal ha ordenado la recolección e incorporación al expediente de la mayor parte de los elementos probatorios por solicitud de la apoderada de la niña, no de forma oficiosa, lo que refleja su falta de diligencia en el recaudo de la evidencia. Por ejemplo, la primera entrevista judicial realizada a la niña fue programada después de varias peticiones de su apoderada en mayo y junio de 2008 (fols. 56 y 58 C. 3). La segunda entrevista también fue decretada después de una solicitud de la apoderada de la niña radicada en febrero de 2009. De otro lado, la entrevista judicial de la trabajadora social que dialogó con la niña después de su visita a la IPS Cafam –Olga Lucía Poveda, fue ordenada hasta abril de 2010, después de dos derechos de petición presentados por la apoderada de la niña el 18 de febrero y el 23 de marzo de 2010 (fols. 77 y ss C. Ppal). Adicionalmente, la incorporación de la historia clínica –médica y psicológica- de la niña fue consecuencia de las peticiones presentadas por su apoderada el 29 de enero (fol. 11A C. 3) y 14 de abril de 2008 (fol. 25 C. 3). La recepción del testimonio de la abuela de la niña, ordenado el 20 de agosto de 2008 (ver fol. 81 C. 3), también fue producto de solicitudes de la apoderada de la niña (fol. 58 C. 3).

En segundo lugar, la Sala observa **dilación injustificada en la adopción de medidas de protección** a favor de la menor de 18 años. En efecto, en escrito allegado al despacho demandado el 13 de junio de 2008, la apoderada de la niña solicitó que se evitara el levantamiento de la orden de suspensión de las visitas por el padre –orden que había sido emitida por el ICBF- como medida de protección, teniendo en cuenta que el padre había solicitado al regulación de visitas (fol. 58 C. 3). Esta petición fue reiterada el 29 de julio del mismo año (fols. 67 a 69 C. 3). Sin embargo, la medida de protección fue adoptada hasta el 20 de agosto de 2008 (fol. 81 C. 3).

En tercer lugar, la Sala considera que **el fiscal también ha dilatado injustificadamente la adopción de decisiones de fondo dentro de la investigación a su cargo**, esto es, después de más de dos años, no ha definido si recluirá la investigación o imputará cargos.

5.7.2.3 El incumplimiento de estas obligaciones por el fiscal demandado conlleva la vulneración de los derechos fundamentales de la niña demandante al debido proceso, a la igualdad, a la verdad y a la justicia, a un recurso judicial efectivo, a la integridad, a participar y ser oída en el proceso e, incluso, a la reparación. Por esta razón, la Sala revocará los fallos de instancia y, en su lugar, tutelará los derechos fundamentales de la niña y requerirá al fiscal para que adelante la investigación conforme a los estándares señalados en esta decisión.

5.7.3 La Corte no puede ordenar al fiscal demandado que formule cargos contra el padre de la niña tutelante; sin embargo, si lo requerirá para que en la valoración de los materiales probatorios y la evidencia siga estrictamente los estándares de protección señalados en este fallo y dicte una decisión de fondo en un término perentorio

2.2.1.1. La autonomía, independencia e imparcialidad son principios rectores de la administración de justicia que materializan los principios de igualdad ante la ley –artículo 13 superior- y debido proceso –artículo 29 ibídem.[110] Además, "(…) son elementos esenciales del sistema democrático que se aseguran mediante la sujeción estricta del funcionario judicial al imperio del derecho y su aislamiento frente a presiones de otros órganos del poder público o de los particulares involucrados en procesos judiciales"[111]. Estos principios tienen fundamento no solamente en los artículos constitucionales ya citados, sino también en instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Específicamente, el principio de autonomía exige que ninguna autoridad interfiera en las decisiones que por mandato constitucional o legal corresponde a cada autoridad adoptar. Por esta razón en este caso la Sala considera que no le es dable por razones constitucionales indicar al Fiscal Seccional 234 Delegada de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual la forma como debe calificar el sumario dentro de la investigación objeto de controversia.

Sin embargo, como se indicó en la **sentencia T-1015 de 2010**[112], "(…) la autonomía del funcionario judicial, como ocurre con todos los principios constitucionales, no tiene un carácter absoluto en ese ámbito: la consagración de la sana crítica en lugar de la íntima convicción como medio de conocimiento de los hechos, la exclusión de arbitrariedad propia del estado de derecho, y la obligación de motivar los fallos, establecen estándares mínimos de racionalidad para el funcionario judicial."

5.7.3.1 Con fundamento en estos argumentos, teniendo en cuenta las limitaciones de control de legalidad de una eventual preclusión de las investigaciones[113] y en vista de varias afirmaciones realizadas por el fiscal

[110] Ver, entre otras, las sentencias C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-545 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[111] *Cfr*. Sentencia T-1015 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[112] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[113] En la sentencia T-520A de 2009**,** M.P. Mauricio González Cuervo**,** la Corte examinó la idoneidad de la acción de tutela contra la decisión de un fiscal de archivar una indagación por una posible agresión sexual contra una niña. La Corporación concluyó que la tutela era el mecanismo idóneo para asegurar la protección efectiva de los derechos a acceder a la justicia, a la intimidad, a la dignidad y a la integridad de la niña tutelante, debido a que **(i)** de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contra esa decisión no proceden recursos; **(ii)** la normativa no prevé la intervención del juez de control de garantías en estos casos y, aunque en la sentencia C-1154 de 2005 la Corte aseguró que cuando exista una discusión entre la Fiscalía y las víctimas sobre el archivo de

demandado en el curso de la investigación, las cuales preocupan seriamente a la Sala, se considera necesario **advertir al fiscal** que, al calificar el mérito del sumario, deberá ceñirse a las reglas fijadas en esta providencia y que resumen los estándares de protección de los derechos de los niños víctimas de violencia sexual sentados por la jurisprudencia nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, en la respuesta a un derecho de petición presentado por la apoderada de la niña, emitido el 29 de mayo de 2009, el fiscal demandado expresó:

> “(…) si bien es cierto en la historia clínica procedente de la Caja de Compensación Familiar Cafam, en donde la niña ha venido siendo tratada por displasia de cadera y sintomatología urinaria, documento que reposa en las diligencias, se puede constatar que en consulta por urgencia el día 27 de diciembre de 2007 a las 6:17 PM se anotó: SIN SIGNOS DE IRRITACIÓN PERITONEAL GINITUTINARIO; LEVE ERITEMA EN VULVA…’, y al día siguiente o sea el 28 de diciembre de 2007 la citada menor fue valorada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al examen genital se encontró sin lesiones, no se aprecia ningún tipo de inflamación o enrojecimiento, himen integro anular, no dilatable, diámetro del orificio natural del himen mucho menor a

---

una indagación estas últimas pueden acudir al juez de control de garantías, la intervención de este último no es del todo efectiva, pues solamente la Fiscalía puede disponer sobre el ejercicio de a acción penal. Sobre la primera razón, la Corte explicó: “(…) de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la decisión de archivar o no una indagación en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no cuenta con los recursos de reposición y apelación que se alegan. Ello se debe a que el archivo señalado es una *orden,* de las especificadas en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004 y derivada de la titularidad que tiene la Fiscalía sobre la acción penal. En tal sentido, el artículo 79 del C.P.P. no establece recursos en contra de esa determinación del funcionario judicial investigador, ni proceden expresamente los recursos ordinarios establecidos en la Ley 906 de 2004, artículo 176 C.P.P. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que aunque no es posible hacer comparaciones automáticas entre las figuras consolidadas en reglas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias establecido en la Ley 906 de 2004 guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, y en esta última, se plasman los recursos de reposición y apelación mencionados con claridad.”

En relación con la segunda razón, es decir, la ineficacia de la intervención del juez de control de garantías, la Corte precisó: “En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías para controvertir la decisión de archivo del Fiscal investigador, resalta la Sala que aunque el artículo 11(g) de la Ley 906 de 2004 indica que las víctimas tienen derecho a ello ciertamente, la sentencia C-1154 de 2005 de esta Corporación -que revisó la constitucionalidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004-, reconoció que existía la *posibilidad* de que ello ocurriera en caso de conflicto con el archivo de la indagación, aunque sostuvo también la Corte que con ello no estaba determinando un control de la actuación del Fiscal, por vía jurisprudencial a través del juez de control de garantías. (…)

(…)

3.4. Con todo, debe resaltar la Corte, que la posibilidad de acudir al juez de control de garantías es una *opción* procesal viable, que si bien puede ejercerse por los interesados en los términos descritos, carece de una regulación específica en la Ley 906 de 2004 que asegure su efectividad en la protección plena del acceso a la justicia y los derechos de los niños amenazados presuntamente en este caso.

(…)

Así las cosas, aunque el juez de control de garantías está facultado para proteger los derechos fundamentales de los involucrados en el proceso, en el caso que nos ocupa no es clara la pertinencia de su intervención para ordenar al *Fiscal Delegado 111,* de ser el caso, que realice una investigación que no ha adelantado o que entre a valorar la pertinencia de algunos hechos objeto de su conocimiento; teniendo en cuenta que dentro del sistema penal acusatorio al que pertenece, la disposición de la acción penal es de la Fiscalía.”

> la punta de un dedo indicando que no ha ocurrido penetración vaginal por miembro viril ni por dedo. Ano sin lesiones de tipo traumático, tomo y forma anal normal' pericia judicial que deja sin sustento el diagnóstico clínico rendido por el Médico de la Clínica Cafam (…) el elemento material probatorio técnico científico realizado por el Instituto de Medicina Legal, **nos permite colegir que la menor <u>no fue accedida carnalmente</u>, y en consecuencia no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 212 del C.P.**
>
> Aunado a lo anterior y como se mencionó en pretérita oportunidad en respuesta a otro derecho de petición encaminado en la misma pretensión (…) dijo la Fiscalía en esta ocasión que **no cuenta con la versión directa de la ofendida** (…).
>
> Si bien es cierto la memorista sustenta con jurisprudencia que en el caso sub judice, la menor no está obligada a dar versión sobre los hechos materia de investigación y que se debe aceptar la prueba de referencia de acuerdo a lo manifestado por la presunta ofendida a su abuela, a su progenitora y las personas que la trataron en la Clínica Cafam, pero, es que la citada jurisprudencia hace relación a la participación de la víctima en la audiencia de juicio oral, lo cual debe entenderse que para que fuera aceptada la prueba de referencia la menor debió haber rendido una entrevista judicial, para que, con el testimonio del entrevistador judicial o del perito forense poder introducir en la audiencia de juicio oral los hechos materia de debate público (…)" (negrilla fuera del texto, *cfr*. fols. 96 y 97 C. 1).

La Sala se permite recordarle al fiscal que en atención al principio de interés superior del niño y a los derechos a la verdad y a la justicia de la niña tutelante, debe indagar sobre las razones por las cuales los dos dictámenes médicos difieren, para lo cual es importante que tenga en cuenta el lapso que transcurrió entre uno y otro, así como el tratamiento médico que fue suministrado a la niña durante ese tiempo. Al respecto, en la **sentencia T-520A de 2009**[114], cuyos antecedentes ya fueron resumidos, esta Corporación sostuvo lo siguiente al resolver una controversia similar:

> "En ese sentido, cuando hay expertos de un lado sosteniendo la presunta existencia de una conducta punible y expertos del otro, señalando lo contrario, la duda debe ser resuelta constitucionalmente, en favor de los derechos del menor, de su interés superior y de su protección reforzada. La respuesta inversa, es la impunidad. Por lo tanto no se deben escatimar esfuerzos en obtener la verdad, buscando nuevas pruebas o valoraciones de

[114] M.P. Mauricio González Cuervo.

> expertos de mayor jerarquía que expliquen esas diferencias sobre la existencia o no de la conducta típica, etc."

Además, la Sala advierte que el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal no exige que la práctica de los exámenes físicos a las víctimas de violencia sexual sea realizada únicamente por peritos forenses del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses; esta disposición señala solamente que preferiblemente los exámenes deben realizarse en dicho instituto.[115]

De otro lado, preocupa a la Sala que el fiscal considere que para que exista violencia sexual, deba existir prueba de "penetración". Como ya se indicó, la violencia sexual comprende no solamente el acceso carnal, sino también otras conductas que atentan contra a libertad y formación sexuales y que, incluso en algunos casos, para su configuración no requieren contacto físico. Además, como se explicó en apartes previos, la ausencia de prueba sobre penetración no significa que algún tipo de acceso carnal no haya tenido lugar, pues la falta de esta evidencia se puede deber a penetraciones hasta el introito vaginal, a un himen dilatable o al paso del tiempo que impide la obtención de muestras de fluidos, es decir, no es una regla de la experiencia que cuando no ha habido penetración o no hay fluidos como espermatozoides, no ha habido violencia sexual.

Finalmente, la Sala le recuerda al fiscal que la versión directa de la víctima –especialmente cuando se trata de un niño- no es indispensable para la formulación de cargos, es decir, no existe una tarifa legal en la materia, de modo que su decisión al calificar el sumario debe basarse en un análisis conjunto de la evidencia física y los materiales probatorios teniendo en cuenta el contexto en el que tuvo lugar la presunta agresión. Además, como se ha reiterado en este fallo, el trato digno y considerado que debe brindarse a los niños víctimas de violencia sexual en el proceso penal impone a las autoridades la obligación de reducir las entrevistas judiciales a las estrictamente necesarias y en general el contacto del niño con el proceso, y adoptar mecanismos para que el niño se sienta cómo durante la práctica de las entrevistas, como permitir el ingreso de los padres.

---

[115] El texto de la disposición es el siguiente: "**ARTÍCULO 250. PROCEDIMIENTO EN CASO DE LESIONADOS O DE VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES.** Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.
En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.
El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud."

5.7.3.2 En adición, para que la adopción de una decisión de fondo no se siga dilatando, la Sala ordenará al fiscal demandado que en el término máximo de un mes contado a partir de la notificación de la sentencia, califique el mérito de la investigación. En consecuencia, se levantará la orden de suspensión de la audiencia de preclusión dictada el 15 de septiembre de 2010.

5.7.3.3 Finalmente, con el fin de evitar que en lo sucesivo se vuelvan a presentar las irregularidades advertidas en este caso, la Sala **exhortará a la Fiscalía General de la Nación** para que adopte mecanismos que garanticen que las investigaciones que realice con ocasión de presuntas agresiones sexuales contra niños, sean adelantadas con celeridad y prioridad, así como por funcionarios capacitados para entender las necesidades especiales de los niños y las mujeres en el proceso penal.

5.7.4 Derechos vulnerados por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses

5.7.4.1 Adicionalmente, como se indicó en apartes previos, no solamente la Fiscalía y lo jueces, sino todas la autoridades que participan en la investigación y juzgamiento de las agresiones sexuales están obligados por los estándares esbozados en secciones anteriores. En los casos en los que las víctimas son menores de 18 años, las autoridades está además obligadas a proveer a los niños un trato digno y a evitarles sufrimientos adicionales, lo que se traduce en el deber de dar prioridad a los casos, realizar las investigaciones respectivas de manera expedita, utilizar procedimientos e instalaciones idóneas para los niños (como salas de entrevistas modificadas, recesos durante los testimonios, audiencias en horas apropiadas para la edad del niño, etc.) y limitar el número de entrevistas a las estrictamente necesarias. Además, a nivel institucional, deben diseñar políticas coordinadas, promover equipos interdisciplinarios y fortalecer su capacidad de respuesta.

5.7.4.2 La Sala observa que en este caso **el Instituto Colombiano de Medicina Legal, en cumplimiento de su papel de perito forense, también incumplió varios de estos deberes**. **En primer lugar,** omitió dar prioridad al caso de la niña tutelante y tardó cerca de 4 meses en practicar la entrevista judicial decretada en febrero de 2008, pues ésta se llevó a cabo hasta el 28 de julio de 2008. Además, pese a que desde febrero de 2009 la madre de la niña venía solicitando la realización de una nueva entrevista, su práctica se programó para agosto del mismo año.

La Sala observa además que, de conformidad con la comunicación enviada a esta Corporación por la institución, la dilación en la práctica de estas diligencias era una práctica generalizada en el momento de los hechos, toda vez que, como su director resaltó, en el 2009 el tiempo de

espera para entrevistas en la regional Bogotá era de 30 a 90 días, lo que no se compadece con el trato digno que debe brindarse a los niños.

En segundo lugar, no ha obrado con debida diligencia, lo que se evidencia en que la segunda entrevista programada no se pudo practicar por errores imputables a la institución, pues envió el telegrama en el que informaba de la fecha asignada a la Fiscalía, después de que dicha fecha ya había pasado (fol. 201 C. 3), por lo que tuvo que ser reprogramada para noviembre de 2009, es decir, casi dos años después de que tuviera lugar la posible agresión.

En tercer lugar, la institución omitió dar un trato digno a la niña en la entrevista única que se pudo realizar, ya que la hizo esperar cinco horas, como afirma su apoderada, afirmación que no fue desvirtuada por el Instituto.

5.7.4.3 Para la Sala, el incumplimiento de estas obligaciones constituye una vulneración de los derechos de la niña tutelante al debido proceso y a recibir un trato digno dentro del proceso. Además, teniendo en cuenta que la dilación es una práctica generalizada en la institución que afecta los derechos de otros niños, la Sala **exhortará al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses** para que adopte mecanismos dirigidos a garantizar celeridad en la asignación de los turnos para la práctica de diligencias que involucren a niños. Además, la exhortará para que implemente medidas que garanticen la provisión de un trato digno a los niños en lo que se refiere, por ejemplo, al tiempo de espera para la práctica de diligencias y a las técnicas de entrevista.

6 DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS decretada mediante auto del 23 de abril de 2010.

SEGUNTO: REVOCAR los fallos de instancia emitidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 3 de diciembre de 2009, en la que confirmó el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, del 6 de noviembre de 2009. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales de la niña demandante al debido proceso, a la igualdad, a la verdad y a la justicia y a la reparación, a un recurso judicial efectivo, a participar y ser oída en el proceso, a recibir un trato digno, a no ser sometida a sufrimientos adicionales dentro del proceso.

TERCERO: En consecuencia, **ORDENAR** al Fiscal Seccional 234 Delegado de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual adelantar la investigación por el delito de acto sexual abusivo contra menor de catorce años contra el padre de la niña tutelante con debida diligencia y celeridad, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR al Fiscal Seccional 234 Delegado de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual calificar el mérito de la investigación en el término máximo de un mes contado a partir de la notificación de esta providencia. Para el efecto, **LEVANTAR LA ORDEN DE SUSPENSIÓN** de la audiencia de preclusión de la investigación, dictada en auto del 15 de septiembre de 2010.

QUINTO. ADVERTIR al Fiscal Seccional 234 Delegado de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual que al calificar el mérito del sumario, deberá ceñirse a los estándares de protección señalados en esta sentencia.

SEXTO. EXHORTAR a la Fiscalía General de la Nación para que adopte mecanismos que garanticen que las investigaciones que realice con ocasión de presuntas agresiones sexuales contra niños, sean adelantadas con celeridad y prioridad, así como por funcionarios capacitados para entender las necesidades especiales de los niños y las mujeres en el proceso penal.

SÉPTIMO. EXHORTAR al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que adopte mecanismos dirigidos a garantizar celeridad en la asignación de los turnos para la práctica de diligencias que involucren a niños, y para que implemente medidas que garanticen la provisión de un trato digno a los niños en lo que se refiere, por ejemplo, al tiempo de espera para la práctica de diligencias y a las técnicas de entrevista.

OCTAVO: Por Secretaría General, **LIBRAR** la comunicación a la que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General