

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP6986-2020

Radicado N° 111337

Acta 159

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

A S U N T O

Se pronuncia la Sala en relación con la impugnación presentada por el accionante J. R. P., contra el fallo proferido el 19 de junio de del año en curso, por una Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante el cual le negó el amparo deprecado, en protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad y la dignidad humana de su hija XXX, presuntamente vulnerados por la Fiscalía 11 Seccional URI de Duitama (Boyacá).

Al trámite se vinculó al Procurador encargado de la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, al Defensor de Familia de Duitama, a la Fiscalía 10ª Seccional de Duitama, a la Policía Judicial SIJIN, al Instituto de Medicina Legal de Duitama, al Procurador Judicial 165 Judicial en lo Penal, a Miguel Ángel Ruge Panqueva y a S. L. R. P..

A N T E C E D E N T E S

Hechos, fundamentos y pretensiones de la acción e intervenciones.

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional, las pretensiones de la parte accionante y las respuestas vertidas al interior del diligenciamiento, fueron reseñados por el A-quo constitucional, de la siguiente forma:

1.2.- Los fundamentos fácticos en los que se basó la solicitud de amparo por parte del padre de la menor fueron los siguientes:

- Indicó que su hija A.E.R nació el 10 de febrero de 2009, cuenta con once años de edad y ha sido víctima de abuso sexual por parte de su tío materno MIGUEL ÁNGEL RUGE PANQUEVA, desde la edad de ocho años.
- Señaló que en distintas ocasiones la menor le manifestó a su progenitora la señora S. L. R. P. sobre aquellos sucesos acaecidos con su tío, haciendo ésta caso omiso a dichas declaraciones de la menor.
- Refirió que al enterarse de tal situación interpuso la respectiva denuncia penal a principios de año ante la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, la cual le correspondió conocerla a la FISCALIA 11 URI SECCIONAL DUITAMA bajo el radicado 15238 600 213 2020 00068, señalando que desde aquel momento no se realizó actuación alguna por parte de la referida entidad contra el denunciado, persona que se encuentra en el entorno familiar de la menor por lo cual teme que continúe abusando de ésta.
- Adujo que no existe razón de orden legal para que la FISCALIA omita hacer procedimiento alguno disminuyendo los daños ocasionados a su hija, debido a que el tío de la menor se encuentra en libertad lo que representa un peligro para la sociedad y la menor.
- Señaló que se encuentra en un estado de indefensión al no contar con el apoyo ni las herramientas legales para hacer justicia, pese al tipo de prevalencia dado jurisprudencialmente a este tipo de denuncias por tratarse de una niña menor de 14 años. Indicando que el agresor puede estar cometiendo acceso carnal abusivo o actos

sexuales con otros menores cuando era un deber del Estado a través de Fiscales y Jueces adoptar medidas para restablecer los derechos de los menores.

(...)

2.1 INFORME DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

2.1.1 INFORME RENDIDO POR LA FISCALIA 11 URI DUITAMA

-Señaló el convocado, que el escrito de tutela estaba fundamentado en hechos contrarios a la verdad procesal, debido a que El 19 de abril de 2020, se presenta a la URI el señor J. R. P. y se estaba adelantando una investigación y existían otros medios judiciales para llegar a la materialización de la justicia. Refiriendo que la entidad accionada fue respetuosa de la Constitución y la Ley.

-Indicó que por ser un delito de índole sexual con una víctima menor de edad, se activaron los actos urgentes derivados del caso, realizando el día 19 de abril diversas actuaciones dentro de las tareas investigativas como lo fueron: un reporte de iniciación por caso urgente; recibir la denuncia del padre de la víctima; determinar la edad de la presunta víctima; realizar las tareas de identificación y plena individualización del presunto implicado; levantar la tarjeta dacadactilar; solicitar antecedentes jurídico-penales del implicado; solicitar una valoración médico legal sexológico forense de la presunta víctima del delito y poner en conocimiento del ICBF y de la Defensora de Familia la denuncia recibida.

-Refirió que, al contar únicamente con la denuncia al implicado, se le imposibilitaba solicitar una orden de captura tan solo con el dicho del denunciante, por lo cual una vez evacuados los actos urgentes de la URI se remitió el caso a la Fiscalía competente a fin de que esta adelantara la respectiva investigación.

-Señaló que el demandante no podía pretender que con su sola denuncia procedieran a solicitar una captura cuando aún no contaban con los elementos materiales probatorios que fundamentaran la responsabilidad del presunto autor del ilícito, indicando que lo anterior no resultaba ético ni legal, menos aún cuando el riesgo de la reiteración o el peligro para la menor víctima ya había cesado, porque la niña estaba alejada de ese entorno y se encontraba conviviendo con su padre.

-Adujo que, al iniciarse el proceso con prevalencia, con acto urgente y primacía de los derechos de la menor, la investigación se estaba adelantando ante la FISCALIA 10 SECCIONAL, lo anterior preservando el debido proceso, los derechos y demás garantías de todas las partes. Por lo cual mencionó que como entidad accionada no había vulnerado ningún derecho fundamental ni de la menor víctima ni del accionante, ya que se estaba adelantando la indagación.

-Refirió que para el caso, la acción de tutela no era procedente debido a la existencia de otros medios de defensa judicial para ventilar el mismo, tal como lo era el proceso penal. Advirtiendo que frente a cualquier desacuerdo en atención a las actuaciones adelantadas las mismas se debían ventilar dentro del proceso penal solicitando lo pertinente del caso. Para lo cual el accionante debió indagar primero en qué Fiscalía se encontraba el caso para averiguar qué había pasado con el mismo.

- Señaló que en ciertos eventos resultaba improcedente la acción de tutela, tal como pasaba en el caso sub judice donde al sentir de este no se había vulnerado ningún derecho fundamental y por el contrario se habían respetado los derechos y garantías de la menor víctima y del denunciante. Indicando a su vez que conforme al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela no se podía utilizar esta para solicitar una orden de captura de un indiciado.

-Arguyó que el accionante no se encontraba en condición de indefensión o inferioridad,

respecto de las entidades accionadas puesto que se venía actuando en defensa de los intereses de su menor hija, sin restricción alguna, que el accionante en el escrito de tutela, no aportó la más mínima prueba que indicara la violación de alguno de sus derechos fundamentales o los de su menor hija.

-Solicitó declarar por improcedente la acción de tutela denegando las pretensiones en atención a la falta de un fundamento fáctico, jurídico y probatorio que respaldara los hechos relacionados por el accionante dentro de la misma.

2.1.2 CONTESTACIÓN DE LA PROCURADURIA 26 JUDICIAL PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, LA ADOLESCENCIA, LA FAMILIA Y LAS MUJERES.

- Refirió que el caso a dilucidar era si el Fiscal 11 URI de Duitama había adelantado de manera pronta, efectiva y eficaz la acción penal atendiendo la edad de la víctima y el delito cometido contra esta, o si por el contrario había desatendido los derechos de la menor.

- Manifestó que, conforme al marco de la Convención de los Derechos del Niño, se establecieron cuatro principios rectores que permitían su interpretación y a través de los cuales se hacían visibles y exigibles todos sus derechos. Tales principios fueron el de no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el derecho a la participación.

- Indicando que para el caso se debía prestar atención al principio del interés superior del niño y el derecho a la vida libre de violencias, los cuales debían ser reconocidos a la niña sin que interfiriera negligencia alguna pues estos resultaban ser prioritarios en su atención en tanto que la titular de los mismos era una persona menor de edad que se encontraba en minoridad de los catorce años situación que daba mayor relevancia al caso.

-Refirió que de cara a la acusación realizada contra la Fiscalía al asignársele el caso y no haber adelantado actuación alguna, resultaba ser una circunstancia que debía verificarse

por parte del fallador. Como quiera que de resultar cierto se estaría lesionando los derechos fundamentales de la menor víctima del injusto y además eso conllevaría a compulsarle copias para que se investigara al funcionario que tenía la imperiosa necesidad de proteger a la víctima menor de edad.

- Señaló que no se podía perder de vista que por la omisión en el actuar diligente del funcionario tal como se dijo en la tutela era que el señalado victimario seguía ubicado en la casa de la menor. Circunstancia que le irrogaba de manera permanente y continua una lesión a la estabilidad emocional y ponía en permanente riesgo a la menor de ser nuevamente víctima de la misma conducta ilícita o de cualquier otra.

- Afirmó que en el caso ameritaba que se accediera al pedimento que se hacía por vía de tutela y se protegiera los derechos de la menor que era víctima del delito que se puso de conocimiento ante la Fiscalía. Lo que implicaba que se impartieran ordenes sobre lo pedido en el escrito de tutela o las que consideraran procedentes para la salvaguarda de los derechos conculcados por la Fiscalía.

- Por último, solicitó vincular al Procurador Judicial Penal con sede en Santa Rosa de Viterbo, señalando que quien ejercía funcional y misionalmente el Ministerio Público en la ciudad de Duitama ante la Fiscalía accionada era el Procurador 165 Judicial en lo Penal.

2.1.3 INFORME RENDIDO POR LA DEFENSORA DE FAMILIA CAROLA DEL PEÑA CASTAÑEDA

- Preciso que por parte de la Defensoría de Familia del ICBF CZ se había dado inicio al proceso de restablecimiento de derechos de la menor por ser una presunta víctima de delito en contra de un integridad personal y sexual con base en la solicitud que realizó la policía de infancia y adolescencia el día 19 de abril del año en curso.

- Indicó que el caso fue conocido por la doctora JENNY ALEXANDRA GONZALEZ CAMARGO quien junto con la psicóloga de turno adelantaron diligencia de verificación de derechos en

favor de la niña tomando como medida provisional la custodia y cuidado de la menor en cabeza del progenitor de la misma.

-Expresó que se le comunicó de la apertura del proceso de restablecimiento de derechos de la menor a los padres de la misma y al Personero Municipal. En igual sentido señaló que se adelantó una remisión para atención médica y psicológica requerida por la menor a la EPS MEDIMAS.

-Narró que se remitió una solicitud para la vinculación al proceso psicoterapéutico en la ASOCIACION CREEMOS EN TI conforme a lo establecido en la Ley 1098 de 2006 y Ley 1878 de 2018.

2.1.4. CONTESTACION POR PARTE DE LA FISCALIA 10 SECCIONAL.

Indica que dicha acción es impertinente e improcedente, cuando se cuestiona el desarrollo procesal que emana de una denuncia penal por el presunto delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

Afirma que con respecto a la denuncia interpuesto por el señor JONATHAN R. P., surtió su trámite como acto urgente ante la FISCALIA ONCE URI y la que fue asignada el 21 de abril a ese ente acusador.

Afirma que La asignación de la actuación radicada con el número 152386000213202000068, si bien es cierto hace alusión a un delito sexual del que se dice es víctima la menor AERR, de sexo femenino y de 8 años de edad, por parte de su tío materno el acá indiciado MIGUEL ANGEL RUGE PANQUEVA, y tras el adelantamiento de los actos urgentes, genera que tras el programa metodológico que esta delegada realiza y con ello la impartición de órdenes a policía judicial, tendientes a determinar la existencia del delito como primera acción investigativa, soportada en EMP, EF e ILO que permitan, realizar esa adecuación típica, para complementarla con la potencial responsabilidad penal, para

posteriormente lograr la determinación de una inferencia razonable de autoría que nos dé la posibilidad de realizar, si es del caso, la solicitud de la expedición de una orden de captura ante un juez de control de garantías y una vez aprehendido el presunto agresor sexual, si iniciar las audiencia de formulación de legalización de captura, formulación de imputación y de imposición de medida de aseguramiento. Todo ello bajo el imperio del principio de legalidad y debido proceso.

Enfatiza que no puede invocarse una tutela para pedir que se ordene la captura del presunto responsable cuando existe un procedimiento penal que debe agotarse en término, espacio y requisitos legales en etapas procesales previstas para ello.

Aunado a lo anterior, nos encontramos frente a una pandemia mundial generada por el CORONAVIRUS que al tocar a nuestro país, el poder ejecutivo en cabeza del señor presidente tuvo que determinar a través de decretos una serie de prohibiciones y suspensiones entre otras, las de términos en la rama judicial, de contera, ello afecta la normal actividad procesal. Que no puede obligarse a los investigadores a realizar tareas cuando se protege el derecho a la vida de todos los conciudadanos por el aislamiento obligatorio, luego las labores de campo general una limitación, hecho que afecta el desarrollo procesal. Ello como excepción pero de obligatorio cumplimiento.

Que no se están vulnerando los derechos fundamentales invocados por el accionante, por el contrario, se está dando cabal cumplimiento a los mandatos de orden constitución y legal.

Insiste que la acción incoada es improcedente como quiera que en el presente caso, al accionante no se le han conculcado los derechos por él referidos, menos a la menor víctima como quiera que el proceso sigue su curso normal, bajo el imperio de la legalidad con ello tornando la acción de tutela carente de objetividad, por lo que solicita se despache de manera desfavorable a las pretensiones de la parte accionante.

EL FALLO RECURRIDO

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia del 19 de junio último, negó el amparo deprecado, para lo cual adujo que, aun cuando es cierto que ante la Fiscalía General de la Nación se presentó denuncia por posible abuso sexual del que fuera víctima una menor de edad, lo cierto es que, conforme lo aducido por la Fiscalía 11 Seccional URI de Duitama, desde el mismo 19 de abril de 2020 se desarrollaron “los actos urgentes derivados del caso”, como determinación de la edad de la ofendida, identificación¹, individualización y arraigo del presunto infractor de la ley penal, solicitud de antecedentes penales del mismo, valoración médico-sexológico de la menor agraviada, se informó de la situación al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se realizó el informe ejecutivo de actos urgentes a la SIJIN, integrantes de este último grupo que no obtuvieron elementos que sirvieran de soporte para solicitar la captura del indiciado, lo que finalmente es lo pretendido por el accionante.

De igual manera, indicó que la Fiscalía 10ª Seccional de la misma ciudad, a quien le fue asignada la investigación, ha desarrollado las actividades necesarias para el esclarecimiento de los hechos, pese a que los mismos hacía menos de dos meses que se habían puesto en conocimiento de la entidad, no pudiéndose solicitar aún la captura, por cuanto para ello deben agotarse algunos procedimientos, que son precisamente los adelantados en este momento.

Además, el I.C.B.F. también ha actuado acorde con sus competencias y dentro de los lineamientos que le fijan las normas legales, tanto así que se llevó a cabo la verificación de derechos de la niña y se otorgó su custodia al padre.

Por consiguiente, concluyó que no se ha vulnerado garantía fundamental, como lo afirma el padre de la menor, por lo que no resulta de recibo la afirmación del accionante, atinente a que “el ente investigador no ha desarrollado ninguna actividad tendiente a investigar la denuncia por el presunto delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años”; más bien, por el contrario, “el ente acusador convocado, como las demás entidades encargadas

de la protección de los derechos fundamentales de la menor, han desarrollado las acciones propias de sus funciones tendientes a protegerle sus derechos, y en cuanto al proceso penal, debe surtir las etapas propias del mismo, atendiendo el debido proceso”.

LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por el accionante, quien argumenta que, aunque en el fallo confutado se indica que la demandada no ha vulnerado los derechos de sus hija, se desconoce que “está en juego una menor de edad que de conformidad con pronunciamientos de la Corte Constitucional merecen mayor prevalencia y protección, y no se puede cohonestar el actuar pasivo del señor fiscal, para tomar decisiones y buscar una solución de fondo frente a [su] hija que es víctima de una delito tan atroz”.

CONSIDERACIONES

Conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por un Cuerpo Colegiado de distrito judicial, cuyo superior jerárquico lo es esta Corporación.

Como es bien sabido, la acción de tutela tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata las garantías fundamentales, cuando resulten vulneradas o amenazadas por acción u omisión de las autoridades, y de los particulares en los casos que la ley regula, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

El artículo 86 de la [Constitución Política](#) consagró dicha herramienta como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de las cláusulas constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las entidades públicas o a los particulares en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

En el sub lite, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo acertó o no al negar el amparo invocado por J. R. P., al concluir que las Fiscalías 11 Seccional URI y 10 Seccional, ambas con sede en Duitama (Boyacá), habían desarrollado todas las acciones tendientes a garantizar la protección de los derechos fundamentales de la menor XXX, y que la acción penal respectiva se encuentra sujeta al debido proceso, debiéndose respetar todas las etapas que deben surtir.

Para el efecto, debe partirse del hecho que el artículo 44 de la [Constitución Política](#) establece que la vida y la salud, entre otros, son derechos fundamentales de los niños, razón por la cual la familia, la sociedad y el Estado, deben protegerlos “contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Esta disposición se encuentra en consonancia con los artículos 19-1, 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por consiguiente, el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de ningún tipo de intimidación, especialmente sexual, resulta de obligatorio cumplimiento para el Estado y la sociedad en general, para lo cual se les debe brindar un entorno de crianza respetuoso y exento de violencia, para que de esta manera logren definir su personalidad, siendo ciudadanos responsables y participativos activamente en la comunidad local y en la sociedad en general.

Para proteger al niño de la violencia, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño², el Estado tiene la obligación de adoptar “todas las medidas 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”.

Y, según el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, 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”³.

Así, 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), y, como se señala en la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁴, este deber implica que los Estados partes sean responsables por las agresiones realizadas por agentes estatales y también de las embestidas que provienen de agentes privados, si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir las⁵.

Ahora bien, 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 imparcial.

Esta obligación comprende, por tanto, el deber de ordenar, practicar y valorar pruebas fundamentales para el desarrollo de la investigación⁶. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisa que la debida diligencia exige i) adelantar una investigación oportuna, completa e imparcial, ii) “fortalecer 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”⁷, 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 se 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”⁸, iv) “institucionalizar la colaboración y el intercambio de información entre las autoridades responsables de investigar los actos de violencia y discriminación”⁹ y v) “diseñar 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”¹⁰, entre otros.

Corolario de lo anterior, es importante reseñar que en 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 interpretaciones de estas directrices elaborada por la UNICEF y la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNDOC), que pese a no ser parte del bloque, ofrecen guía importante desde la doctrina internacional experta en la materia.

Estos documentos, junto con la jurisprudencia constitucional, han 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, así como a recibir una asistencia eficaz, entre otros, cuyo contenido y alcance a continuación se resumen:

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 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 (CC T-843 de 2011).

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 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”¹¹ (negritas fuera del texto).

A nivel interno y en materia penal, la aplicación de este principio es ordenada expresamente en el artículo 192 del Código de Infancia y Adolescencia¹². Específicamente, el artículo 193 de este código establece las pautas que se deben seguir en los procesos penales en los que los niños son víctimas.

En materia específica de violencia sexual contra niños, con base en los derechos antes resumidos, la Corte Constitucional ha establecido varias nociones 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, 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, 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”¹³.

En materia de evidencia, es de aclararse 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”¹⁴.

Además, 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”¹⁵, 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 acervo probatorio”¹⁶ y iv) recolectar cada evidencia de tal forma que se respete la dignidad del niño.

Sobre los deberes probatorios, la Corte Constitucional, en la sentencia ya reseñada con anterioridad (T-554 de 2003) 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”.

Una vez explicado lo anterior, esta Sala debe indicar que realizada una revisión del caso producto hoy de estudio, se evidencia que desde el día en que fue interpuesta la denuncia por el padre de la menor XXX, contra del tío materno de la niña, por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, se activaron los actos urgentes derivados del caso, donde la Fiscalía 11 Seccional URI de Duitama, el mismo 19 de abril de 2020, realizó las actuaciones de reporte de iniciación del caso por acto urgente, recibió la denuncia del señor padre de la menor, determinó la edad de la presunta víctima, realizó la identificación, individualización y arraigo del presunto implicado, levantándose a su vez tarjeta decadactilar, anexó la copia de la cédula de ciudadanía y solicitó los antecedentes penales del indiciado.

Así mismo, ordenó la valoración médico sexológica de la niña, se puso el caso en conocimiento del I.C.B.F. por parte de la defensora de familia y se realizó el informe ejecutivo de actos urgentes, por parte de la policía judicial SIJIN.

Con base en ello, el 20 del mismo mes y año, al analizar el informe de la policía judicial,

evidenció que no existía material probatorio para solicitar la captura del presunto implicado, con lo cual remitió la investigación a la fiscalía correspondiente y encargada de adelantar la misma.

Una vez realizado lo anterior, le correspondió por reparto a la Fiscalía 10ª Seccional de Duitama continuar con la investigación correspondiente, actuaciones que se han realizado garantizando y respetando en todo momento el debido proceso, tanto de la víctima como del indiciado, por ende, esta Corporación no evidencia una dilación o alguna circunstancia que amerite la intervención del Juez en sede Constitucional, ya que es claro que las actuaciones están acordes y sujetas a lo establecido en el ordenamiento procedimental.

Adicionalmente, la defensora de familia del I.C.B.F. CZ de Duitama, señaló que se procedió a iniciar el proceso de restablecimientos de la menor en consecuencia de la solicitud que interpuso la policía de infancia y adolescencia ante ese instituto, por lo que adelantó la diligencia de verificación de los derechos de la menor y otorgó, como medida provisional, la custodia y el cuidado de la niña a su padre.

Por consiguiente, contrario a lo afirmado por el accionante, las Fiscalías demandadas han adelantado de manera ágil y diligente las actuaciones pertinentes para lograr el esclarecimiento de los hechos, lo que se ha enmarcado dentro de los postulados del Código de Procedimiento Penal y con apego al debido proceso, del que también es titular el sujeto pasivo de la acción del Estado, aunado a que las labores de investigación o pesquisas se han desarrollado de manera ágil y oportuna, pues recuérdese que para el momento de presentación de la demanda de tutela, habían transcurrido aproximadamente dos meses desde la formulación de la denuncia respectiva.

Lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que, según el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004, “La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar

motivadamente el archivo de la indagación”, lapso éste que apenas ha iniciado.

Ahora bien, de acuerdo con el contenido de la demanda de tutela, se advierte que el interés del accionante radica en que se disponga la captura del presunto agresor de su hija, siendo esa la manera en que cree que se hace justicia, y como ello no ha ocurrido es por lo que pregona que la Fiscalía General de la Nación “a la fecha no ha realizado actuación alguna en contra del denunciado... El estar el agresor en libertad nos genera un estado de impotencia, en el sentido que no existe razón de orden legal para que la FISCALÍA omita hacer un procedimiento y puedan disminuir los daños ocasionados a mi hija, ya que ese señor se encuentra en libertad”, de ahí que su pretensión se circunscribe a que se ordene “a la FISCALÍA 11 SECCIONAL DE DUITAMA, proceda a tomar de forma inmediata las medidas necesarias para que le restrinjan la libertad al agresor y violador de mi menor hija”.

Tal postura de R. P. no se acompasa con el contenido del artículo 297 del Código de Procedimiento Penal, pues en el mismo se establece de manera clara que la orden de captura será dispuesta por el juez de control de garantías, previa petición del fiscal, cuando obraren “motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 22117, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga”, de donde deviene que la petición por parte de la fiscalía de una orden de captura debe estar precedida de, al menos, “elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud” la posible comisión del delito, situación que solamente puede ser valorada por el representante de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con los elementos con los que cuenta, no pudiendo el juez de tutela intervenir en ello, hasta el punto de, como lo requiere el accionante, se orden al funcionario judicial proceder a librar la orden de captura.

Proceder de aquella manera no sólo desconocería los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino, además, los del juez natural y las formas

propias del juicio contenidos en el precepto 29 Superior.

Por tanto, se confirmará el fallo recurrido, máxime cuando no se observa la producción de un perjuicio irremediable conforme las características de inminencia, urgencia, gravedad y necesidad (CC T-079-2009), que permita la intervención del juez constitucional en este caso.

Finalmente, acorde con lo dispuesto en la Circular N° 006 del 16 de noviembre de 2016, proferida por el Presidente de la Sala de Casación Penal, y la Directiva N° 023 el 2017, expedida por la misma Sala en sesión del 9 de agosto de 2017, se solicitará a la Relatoría de Tutelas de esta Corporación que, para efectos de la publicidad de esta sentencia, disponga la anonimización del nombre de la menor XXX, aquí señalada como presunta víctima de un delito sexual, a efecto de preservar los derechos fundamentales de la misma, debiéndose conservar el documento íntegro en el archivo de la Corporación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo: SOLICITAR a la Relatoría de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, atendiendo a lo dispuesto en la Circular N° 006 del 16 de noviembre de 2016, proferida por el Presidente de la Sala de Casación Penal, y la Directiva N° 023 el 2017, expedida por la misma Sala en sesión del 9 de agosto de 2017, para efectos de publicidad de esta sentencia, proceda a anonimizar el nombre de la menor aquí señalada como presunta víctima de un delito sexual, debiéndose conservar el documento íntegro en el archivo de la Corporación.

Tercero: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

GERSON CHAVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Se obtuvo copia de la tarjeta decadactilar, así como de la cédula de ciudadanía.

2https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_derechos_nino.html

3 Observación General N° 13 (2011): “Obligaciones de los Estados y responsabilidades de la familia y otros agentes”.

4 Según sus siglas en inglés.

5 En su Observación General N° 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.

6 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. Párr. 289 y ss.

7 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. Párr. 289 y ss. 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.

8 fr. Ibídem. P. 12.

9 fr. Ibídem. P. 125.

10 Informe N° 168 del 17 de noviembre de 2016, de la CIDH. Caso 12.797 de Linda Loaiza López Soto y familiares, respecto de Venezuela.

11 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.

12 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.”

13 CC T-554 de 2003.

14 Ibídem.

15 Misma sentencia señalada en los dos numerales anteriores.

16 CC T-1015 de 2010.

17 “Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la posible comisión del delito.