

Sentencia T-448/18

Referencia: Expediente T-6.674.947

Demandante: Procuraduría 115 Judicial II Penal de Florencia (Caquetá), agente oficioso de la menor de edad ADGV

Demandados: Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) y otros

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido el 22 de febrero de 2018 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante la cual declaró improcedente la tutela en estudio y, por consiguiente, revocó la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Caquetá, Sala Única de Decisión, mediante la cual se había accedido a las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

Aclaración preliminar. Esta Sala adopta como medida de protección a la intimidad de la menor de edad involucrada en este proceso la supresión de los datos que permitan su identificación, razón por la cual su nombre y el de los demás miembros de su familia serán remplazados. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de esta Corporación, a las autoridades judiciales de instancia y a aquellas vinculadas al trámite, guardar estricta reserva respecto a su identificación¹.

1. Solicitud

El 8 de noviembre de 2017, la Procuraduría 115 Judicial II Penal de Florencia (Caquetá), a cargo del Procurador Javier Andrés Carrizosa Camacho, en calidad

¹ Sentencia T-119 de 2016, reiterada en la Sentencia T-735 de 2017.

de agente oficioso de la menor de edad ADGV, presentó acción de tutela por considerar lesionados los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de su agenciada, debido a que fue víctima de un delito de violencia sexual y, sin embargo, se celebró y aprobó un *preacuerdo*, cambiando el tipo penal de *acto sexual con menor de 14 años a acoso sexual agravado*. La demanda se presentó contra quienes firmaron el acta de preacuerdo y contra el Juez que lo avaló, esto es, la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensora del procesado, quien fue condenado en el proceso penal HMV, el representante de la víctima y contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá).

2. Fundamentos de la demanda

2.1. Elementos fácticos relevantes

2.1.1. Según lo manifestado por el Ministerio Público, la señora MAVN, madre y representante legal de la menor de edad ADGV, el 22 de septiembre de 2015 denunció al señor HMV, en atención a que este, siendo docente de la Institución Educativa Niña del Carmen de la Vereda el Diamante del municipio del Paujil (Caquetá) donde la niña estudiaba, en septiembre de 2015 “*dio comienzo a los tocamientos en sus partes íntimas*”, a pesar de que para entonces ella tenía 8 años de edad y cursaba 2º de primaria.

2.1.2. Ante la denuncia, la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), el 9 de noviembre de 2016, presentó escrito de acusación y el 11 de mayo de 2017 formuló acusación contra el señor HMV por el delito de “*acto sexual con menor de 14 años agravado*”, con fundamento en lo siguiente:

*“Al parecer en septiembre de 2015 se dio comienzo a los tocamientos que ejercía el señor (HMV) profesor de la institución educativa Niña del Carmen de la Vereda el Diamante, de El Paujil Caquetá, sobre la menor de iniciales ADGV de 9 años de edad, hechos que se adecuan a la conducta punible de Acto Sexual abusivo con menor de catorce años, (HMV), tenía conocimiento que estaba realizando Acto sexual con su alumna que tiene menos de catorce años y quiso su realización, (HMV) lesionó sin justa causa la libertad, integridad y formación sexual de ADGV, (HMV) al momento de cometer la conducta tenía la capacidad de comprender la ilicitud de este acto sexual y tenía la capacidad de determinarse frente a esta ilicitud, ADGV era consiente que la conducta realizada era prohibida y a éste le era exigible respetar la integridad, libertad y formación sexual de la menor ADGV. // Por los hechos anteriormente señalados la Fiscalía General de la Nación representada por la fiscalía 17 seccional formula en contra del señor (HMV), cargos por el punible **acto sexual con menor de catorce años agravado** (...)”, artículos 209 y 211.2 del Código Penal.²*

² El material probatorio que fundamentó la acusación fue el que se enuncia a continuación:

“1. Informe único de noticia criminal en formato FPJ-2 de septiembre 22 de 2015.

2 Informe investigador de campo en formato FPJ-11 de fecha noviembre 5 de 2016, suscrito por Asblidy Pulido Pinilla (entrevista forense).

2.1.3. Sin existir material probatorio adicional o diferente al que sustentó la acusación, el 28 de agosto de 2017, se realizó un preacuerdo entre la Fiscalía mencionada y el para entonces procesado, en el cual se decidió cambiar el tipo penal de “acto sexual con menor de 14 años agravado” al de “acoso sexual agravado”. En este documento se señala lo siguiente:

*“El acusado señor (H MV), identificado con c.c. No. (...) de El Paujil, manifiesta que es su deseo libre, voluntario e informado, allanarse a los cargos por la conducta de **acoso sexual** (artículo 210 A CP), con circunstancias de agravación punitiva (art. 211, numeral 2) en calidad de autor a título de dolo. // Preacuerdo que la Fiscalía Diecisiete Delegada ante los jueces penales del circuito celebra y acepta, atendiendo a los elementos materiales probatorios, evidencia física y demás medios de convicción con que cuenta a la fecha, los cuales se han recaudado debida y oportunamente, considerando así mismo y, salvo mejor criterio, que no se desconocen o quebrantan las garantías fundamentales y derechos procesales de las partes // En consecuencia, procese (sic) a **preacordar la conducta de acoso sexual (art. 210A)** con circunstancias de agravación punitiva (art.211 numeral 2º) en calidad de autor, a título de dolo, frente a las circunstancias enunciadas y con base en los medios de convicción que se ha aportado y hacen parte de la presente investigación. // Es así, que la pena a imponer por la conducta penal objeto de acusación está tasada entre 1 y 3 años, equivalentes a 12 y 36 meses de prisión. Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación que aumenta las penas anteriormente citadas 1/3 parte a la 1/2 por lo que las penas quedaran finalmente en sus límites mínimo y máximo de 16 a 72 meses de prisión y que las partes acuerdan como pena definitiva la de 24 meses de prisión, atendiendo las circunstancias de atenuación punitiva reconocidas **por carecer de antecedentes penales, además que con la aceptación de cargos se evita la injusta sindicación a terceros**”. (Resaltado propio).*

Este documento fue firmado por la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensora del procesado, el señor H MV y el representante de la víctima.

2.1.4. Seguidamente, el 31 de agosto de 2017, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), aprobó el preacuerdo y dictó Sentencia Anticipada en la cual se decidió: “**Primero. Condenar anticipadamente a**

3. CD que contiene la entrevista forense.

4. Informe investigador de campo en formato en formato FPJ-11 de fecha noviembre 4 de 2015, suscrito por el (señor) Juan Carlos Morales Rodríguez (CTI).

5. Entrevista que rinde MAVN de fecha 9 de octubre de 2105.

6. Informe de visita detallada de consulta del procesado.

7. Copia de la cédula de ciudadanía del procesado.

8. Reseña dactilar del procesado.

9. Entrevista informal que rinde la menor ADGV de fecha 21 de septiembre de 2015 ante comisaría de Familia, suscrita por doctor Carlos Andrés Leal Cuellar.

10. Valoración médico legal practicada a la menor de fecha 21 de septiembre de 2015, suscrita por el doctor Edgar Sismey Campo Olea.

11. Copia de la tarjeta de identidad de la menor víctima.

12. Orden de captura emitida en contra del procesado con número 392930.

13. Cotejo datiloscópico para identificación del procesado (se enuncia)”.

(HMV) de condiciones civiles y personales ya conocidas, como responsable del delito “**acoso sexual agravado**” a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión acorde con lo discurrido anteriormente; **Segundo**. CONDENAR igualmente al señor (HMV) a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas **por el término de la pena principal**. Para tal efecto, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 462, numeral 2º del C.P. (Ley 906 de 2004), según las consideraciones precedentes; **Tercero**, no hay lugar a pena por perjuicios (...).”

2.1.4. El señor HMV fue dejado en libertad Auto Interlocutorio No. 397 del 7 de marzo de 2018 por disposición del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y Florencia (Caquetá), por “*pena cumplida*”. Disposición efectiva a partir del 14 de marzo de 2018.

2.2. Fundamento jurídico

La Procuraduría 115 Judicial II Penal de Florencia (Caquetá) en cuanto a la procedencia de la acción de tutela indicó que se encuentran cumplidos los requisitos generales y específicos. En relación con los primeros, advirtió que (i) se trata de un asunto de relevancia constitucional por involucrar la protección del artículo 44 de la Constitución Política, atinente al interés superior del menor; (ii) en el proceso penal se agotaron las vías judiciales; (iii) la audiencia de verificación de preacuerdo se llevó a cabo alrededor de 2 meses antes de la presentación de la tutela; (iv) los hechos están identificados y se restringen a la improcedencia de la celebración del preacuerdo; y (v) la providencia cuestionada no es una sentencia de tutela. En relación con las causales específicas, alegó que se incurrió en el defecto sustantivo pues no es posible celebrar preacuerdos cuando la víctima es menor de edad y se trata de los delitos consagrados en el Título IV del Código Penal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.

Señaló que el sujeto pasivo de la demanda, justifica la realización del preacuerdo en una Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 27 de febrero de 2014 (Radicado 72092). Sin embargo, alega que esta providencia no resulta aplicable en atención a que se fundamentó en una situación fáctica y jurídica distinta. Explicó que en ese caso se dejó sin efectos una sentencia que había improbadado un preacuerdo en el que se cambió el título del delito, pero debido a que el Juez de conocimiento para ello hizo una valoración probatoria, asumiendo la competencia de la Fiscalía³.

En adición, destacó que esa misma Corporación, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, mediante Sentencia del 28 de julio de 2016 (Radicado 86993), advirtió que, a diferencia del asunto anterior (Fallo del 27 de febrero de 2014 (Radicado 72092), en un nuevo caso puesto en su consideración, no se estudiaba

³ Es decir, el fallo no se dictó “*desconociendo la prohibición expresa que establece el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, sino amparado la potestad que posee el ente acusador para calificar los hechos materia de investigación*”.

la competencia para definir el tipo penal, sino que se exigía la mera aplicación del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006⁴.

Aunado a lo anterior, el Ministerio Público destacó la Sentencia T-794 de 2007, en la cual la Corte, en un caso de idénticos elementos fácticos, declaró nulo el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado por desconocer la prohibición de celebrar preacuerdos en delitos sexuales cuando la víctima es menor de edad.

Siguiendo lo anterior, precisó que en el caso bajo estudio se adelantó la formulación de imputación y, posteriormente, de acusación, por el delito de “*acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado*” y, en esa medida, la imputación jurídica fue congruente desde el inicio del proceso hasta la acusación. Por consiguiente, la variación del tipo penal no obedeció a un ajuste de legalidad ni a una nueva valoración del fiscal que atendiera a nuevos elementos materiales probatorios allegados legalmente, sino a la simple decisión de las partes para terminar el proceso.

Finalmente, advirtió que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha considerado que el juez debe aceptar el preacuerdo presentado por la Fiscalía salvo que desconozca las garantías fundamentales, lo cual opera cuando, entre otros, el fiscal desconoce las expresas prohibiciones de que trata la Ley para conceder descuentos.

3. Pretensiones

Solicita que se ordene la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, así como del principio de prevalencia del *interés superior del menor de edad* que le asiste a la niña ADGV y, en consecuencia, se declare la nulidad del preacuerdo celebrado el 28 de agosto de 2017 entre la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), el señor H MV, su defensa y el representante de la víctima, así como de la Sentencia mediante la cual este fue aprobado, dictada el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá). En contraste, exige la aplicación de la prohibición determinada en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006.

4. Pruebas relevantes

El Ministerio Público allegó copia de los siguientes documentos:

- Escrito de acusación del 9 de noviembre de 2016 y Acta de Audiencia de Formulación de Acusación del 11 de mayo de 2017, presentada por la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá)

⁴ Puntualmente, el Ministerio Público resalta que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “*no se trata de una intromisión en la facultad constitucional que posee la Fiscalía (...), solo se trata de que el procesado fue imputado y acusado por el delito de Acto Sexual Abusivo con menor de 14 años agravado y solo en virtud de la celebración de un preacuerdo la conducta se le degradó a Acoso Sexual Agravado*”.

contra H MV por el delito de “*acto sexual con menor de catorce años agravado*” (Cuaderno 1, folios 12 al 16).

- Acta de preacuerdo del 28 de agosto de 2017, firmada por la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensa, el señor H MV y el representante de la víctima (Cuaderno 1, folio 17 al 20).

- Sentencia Anticipada dictada el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), mediante la cual se aprobó el preacuerdo (Cuaderno 1, folio 21).

5. Trámite procesal y oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela correspondió por reparto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Caquetá, Sala Única, el cual, mediante Auto del 14 de noviembre de 2017, admitió la demanda y corrió traslado a los demandados.

5.1. La Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales de Circuito de Puerto Rico (Caquetá), mediante correo electrónico remitido el 16 de noviembre de 2017, contestó la acción de tutela. En relación con la procedencia, señaló que fueron agotados todos los medios de defensa judicial sin que la Procuraduría hiciera ningún pronunciamiento; adicionalmente, no evidencia ningún perjuicio irremediable, puesto que contra el acusado se dictó sentencia condenatoria, la cual hizo tránsito a cosa juzgada; aunado a ello, no se cumple con el requisito de inmediatez, debido a que el proceso inició en septiembre de 2015 y la Procuraduría no adelantó ninguna actuación en el proceso, a lo que agrega que transcurrieron “*4 meses*” entre la Sentencia de aprobación del preacuerdo y la presentación de la tutela. Igualmente, afirmó que no se incurrió en ninguna irregularidad procesal debido a que la menor de edad ADGV ante “*la psicóloga adscrita al CTI de la Fiscalía General de la Nación que le realizó la entrevista forense, de la cual se dejó registro fílmico, con toda naturalidad manifiesta que ella expresó su consentimiento frente a los hechos que se le enrostran judicialmente a (H MV), que nunca existió una penetración por virtud de la cual se materializa la conducta señalada en el artículo 208 CP (acceso carnal abusivo con menor de catorce años⁵) y que no existió ningún tipo de presión o de violencia material ejercida sobre ella, para lograr el acercamiento alcanzado*”. (Resaltado y subrayado propio).

En ese sentido, señaló que debido a la inexistencia de material probatorio con fuerza vinculante respecto al delito por el que se formuló la acusación, la Fiscalía tuvo que variar la adecuación típica. En esa medida indicó que el 28 de agosto de 2017, “*luego de recibida la solicitud de preacuerdo presentada por el defensor técnico del procesado y, atendiendo a que aún no se ha presentado*

⁵ El delito por el cual fue acusado el señor H MV no fue el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, sino por el delito de acto sexual abusivo agravado con menor de 14 años y, con el preacuerdo, fue cambiado a acoso sexual agravado.

escrito de acusación⁶, se realiza la modificación del cargo endilgado al procesado (con base en los EMP y EP con que contaba ya la Fiscalía de conocimiento y no de manera caprichosa, como lo ha querido hacer ver el actor, pues con base en el material recaudado hasta ese momento no era posible sostener una teoría del caso orientada a probar el punible de Actos Sexuales con Menor de catorce años)” (negrilla y resaltado propio).

Adicionalmente, indicó que en su criterio no se vulnera el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, debido a que el cambio de la conducta no se hizo con el fin de generar beneficios penales para rebajar la pena, sino que tuvo que variarse el tipo penal debido a la “*prueba sobreviniente*”, es decir, la mencionada entrevista forense del 5 de noviembre de 2015. Aunado a ello, a la condena por el delito de “*acoso sexual*” se adicionó la circunstancia de agravación punitiva (art. 211.4 CP), en esa medida, el ejercicio de las competencias de la Fiscalía para celebrar preacuerdos (art. 250 CP y 114 de la Ley 906 de 2004) “*a la postre redundaría en beneficio de la propia víctima, que vería reducidos los términos de permanencia frente a los estrados judiciales*”.

5.2. La Defensora Pública del señor H MV, Jenny Fernanda López Castillo, por medio de escrito presentado el 17 de noviembre de 2017, solicitó negar las pretensiones. Reiteró lo manifestado por la Fiscalía en relación con la procedencia y agregó que no se contraviene el artículo 44 Superior atinente al interés superior del menor de edad, pues el asunto se concentra en el artículo 29, debido proceso, dado que “*el actor central no es el menor sino el acusado*”. Adicionalmente, alegó que el preacuerdo realizado se acoge a la realidad fáctica evidenciada con la entrevista forense realizada ante la Psicóloga adscrita al CTI de la Fiscalía General de la Nación. Así, reiteró que no existieron elementos probatorios que tuvieran fuerza vinculante frente al delito consistente en el *acto sexual abusivo* y, por ende, se acogió el allanamiento propuesto y se impuso condena por el delito de *acoso sexual*, al que se agregó la agravación punitiva de que trata el artículo 211.4 del Código Penal. Proceder que, en su criterio, demuestra que no se trató de un beneficio sino de la simple terminación anticipada del proceso y, en esa medida, no se desconoció el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006.

Agregó que realizar el preacuerdo es potestativo de las partes, sin embargo, de este se generan efectos vinculantes, inclusive para el juez, en esa medida la formulación de la imputación y el escrito de acusación son potestativos, exclusivos y excluyentes de la Fiscalía, adelantados a partir de los elementos fácticos y jurídicos con base en los cuales se desarrolla el programa metodológico, la teoría del caso y la actividad probatoria. Y adicionalmente, en concordancia con la Fiscalía indicó que se trata de un beneficio para la víctima quien “*vería reducidos los tiempos de permanencia frente a los estrados judiciales, que por virtud del allanamiento a cargos, evitaría su comparecencia al juicio oral y de paso evitaría ser revictimizada*”.

⁶ El escrito de acusación fue presentado el 9 de noviembre de 2016 y la Formulación de Acusación se celebró el 11 de mayo de 2017.

5.3. El representante de la víctima en el proceso penal, señor Iván Francisco Ortiz Rojas, por medio de escrito radicado el 17 de noviembre de 2017, solicitó negar las pretensiones. En concordancia con lo manifestado por la Fiscalía y la defensora del señor H MV, criticó la ausencia de la Procuraduría a lo largo del proceso e, insistió, en que esta no allegó ningún elemento probatorio que permitiera constatar sus afirmaciones.

Advirtió que no se vulneró el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, en la cual, a su parecer, no se prohíben los preacuerdos sino la reducción de la pena. Agregó que ante este tipo de negociaciones únicamente resulta posible apelar la decisión de aprobación cuando existan serias o evidentes vulneraciones a las garantías fundamentales de las víctimas. No obstante, *“la entrevista con la psicóloga forense evidenciaba que el condenado no realizó tocamientos sino que le hacía propuestas indecentes acorde a su cargo y edades”* (negrilla fuera de texto). Por ello, la Fiscalía no contaba con pruebas que permitieran constatar la existencia de un acto sexual abusivo. En todo caso, no se quitó o eliminó el agravante y se impuso la pena correspondiente.

Igualmente, señaló que *“la representante legal, señora (MAVN), estuvo enterada de esta situación y prueba de ello es que no manifestó su inconformidad a través de recurso alguno por sí misma ni a través del suscrito. A ella si la asesoré y me comunicó vía celular (...), que lo más le interesaba era que lo condenaran y lo separaran de la planta docente, cuestión que sí aconteció (...)”* (resalta la Sala). Añadió que para las víctimas lo más relevante es la reparación simbólica y la no concesión de beneficios, en esa medida no inició incidentes de reparación integral.

5.4. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), por medio de escrito allegado el 20 de noviembre de 2017, solicitó negar las pretensiones de la demanda. Señaló que si bien, en principio, el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 *“prohíbe la celebración de preacuerdos cuando las víctimas sean menores, así como de otros beneficios o subrogados penales”*, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, mediante la Sentencia del 27 de febrero de 2014 (Radicado 72092) abrió la posibilidad de realizar este tipo de preacuerdos cuando por medio de estos se cambiara el tipo penal, consideraciones que no implican la directa rebaja de pena. Es decir, siguiendo dicha providencia, la norma *“no prohíbe la celebración de preacuerdos sino que los autoriza, con la misma limitación que como si fuera otro tipo de delito”*.

Afirmó que la Fiscalía es el *“dueño de la tipificación que sobre una conducta punible haga una persona cuando va a imputarle un cargo”*, igualmente, tiene potestad de llegar a un preacuerdo en desarrollo de lo cual puede, entre otros, eliminar cargos, adecuar la conducta a otra manera, o proceder a la readecuación típica. Explicó que si bien en aplicación del principio de congruencia se exige identidad entre la imputación y la acusación, lo cierto es que la naturaleza del proceso penal permite que con base en la investigación realizada y el material probatorio recaudado, modificar la calificación jurídica de los hechos. En ese sentido, manifestó que los cambios son procedentes en los mismos términos en

que podrían hacerse en el trámite ordinario y, adicionalmente, advirtió que existe coincidencia entre el tipo penal y los hechos acaecidos.

En relación con el alcance del control de los preacuerdos por el Juez de conocimiento, indicó que es esencialmente formal, le corresponde, por consiguiente, realizar el estudio del cumplimiento de las formas dispuestas en el ordenamiento jurídico para realizar el preacuerdo y, en todo caso, cuando se evidencie que se está incurriendo en una de las prohibiciones de la Ley para realizar el mismo, puede dejar de aprobarlo y, para ello, debe presentar los argumentos correspondientes adecuadamente sustentados.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISAS

1. Primera instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Única, por medio de Sentencia del 5 de diciembre de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda. Manifestó que la tutela cumple con los requisitos de procedencia generales, debido a que (i) el asunto tiene relevancia constitucional, por estar comprometidos los derechos fundamentales de la menor de edad agenciada; (ii) la demanda fue presentada 4 meses después de que fue dictado el Fallo; (iii) el agente oficioso identificó razonablemente la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de la menor de edad con respecto a la irregularidad procesal y su incidencia en el proceso; (iv) fueron debidamente relatados los hechos; y(v) no se trata de una tutela contra providencia judicial.

En relación con la *subsidiariedad* indicó que, si bien que a lo largo del proceso no se agotaron los recursos procedentes, prevalece la protección de los derechos de los menores de edad. Conforme con la Sentencia T-518 de 2014 “*el juez constitucional podrá revisar tales decisiones cuando se evidencie la configuración de alguna de las causales de procedencia del amparo*” y, en el asunto bajo revisión, estima que se incurrió en el defecto sustantivo por desconocer el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, conforme con el cual, siguiendo la Sentencia T-794 de 2007, frente a delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad, no resulta posible acceder al preacuerdo, “*cuando por la vía consensuada se varía el tipo penal de delito enrostrado al acusado, por uno más benévolo en cuanto a la pena a imponer.*”

Lo contrario, afecta la justicia bajo una pretensión de celeridad y agilidad, a pesar de la desprotección y revictimización de los niños, pues se trata de delitos de alto impacto contra los derechos humanos y derechos fundamentales, que involucran escenarios “*en donde el desequilibrio de poder, temor y vulnerabilidad de las víctimas es evidente*”. Bajo ese entendido, declaró la configuración del defecto sustantivo, concedió el amparo del derecho y dejó sin efectos las actuaciones surtidas a partir del “*Auto del 31 de agosto de 2017*”, en procura de que se rehaga la actuación en cumplimiento de la Ley 1098 de 2006.

2. Impugnación

El **Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá)**, el 13 de diciembre de 2017, presentó apelación contra el fallo de primera instancia con fundamento en la ausencia de legitimación por activa de la Procuraduría y atendiendo al límite que, en su criterio, tiene la prohibición consignada en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006.

Respecto a lo primero, indicó que el Procurador estaba facultado para presentar la demanda cuando “*surgiera un asunto de relevancia constitucional, (y) (...), siempre y cuando se observe una determinación contraria y grosera a la constitución y a la Ley*”. Seguidamente, advirtió que la legitimación estaba en cabeza del representante de la menor de edad (quien también fue demandado en la tutela) y del Personero Municipal, quien fue debidamente notificado y, sin embargo, no actuó en el proceso, en consecuencia, “*(o)bviar tales formas en las actuaciones judiciales o administrativas preestablecidas, impide alegar el desconocimiento del derecho sustancial reclamado, ya que se estaría sustentando la frustración del interés perseguido en la propia culpa o negligencia*”.

Seguidamente, advirtió que “*el demandante en tutela no es titular, ni del derecho presuntamente consulado, como tampoco de la acción, pues incurre en errónea interpretación de la Constitución (art. 44), la ley (Ley 906 de 2004 art. 351- ley 1098 de 2006, art 199 numeral 7), la jurisprudencia dominante (Sentencia T-72092, entre otras) (sic) y sus funciones (art. 277 numeral 7- art. 111 ley 906/2004)*”. Criterios formales que en su concepto fueron desconocidos, y agregó que, en todo caso, no demostró la imposibilidad del titular de ejercer la defensa de sus propios intereses.

A continuación, sostuvo que la Sentencia dictada obedeció a la autonomía e independencia judicial, así como al principio de celeridad y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, por ende, cuestiona el hecho de que mediante la tutela haya sido demandada, a pesar de que esa acción es excepcional y atenta contra el principio de seguridad jurídica.

En relación con los requisitos generales de procedencia, señaló que no se cumplen por cuanto: (i) el presente caso es “*relativamente relevante constitucionalmente*” pues los intereses realmente comprometidos son los de un adulto y, en el proceso penal no se disminuyó la pena como consecuencia del preacuerdo sino que se cambió el tipo penal y advirtió que esta “*maniobra es legítimamente reconocida y admitida por la Corte Suprema de Justicia*”; (ii) en relación con la subsidiaridad, indicó que el Personero, quien estaba legitimado para actuar, no actuó en el proceso a pesar de que fue notificado y el Procurador tiene competencia en relación con los Jueces Penales del Circuito de Florencia y no de Puerto Rico (Caquetá); (iii) en cuanto a la inmediatez, manifestó que no se cumple porque no hay justificación para la presentación tardía de la demanda; (iv) la irregularidad procesal tampoco se cumple debido a que el preacuerdo permite la variación jurídica. Agregó que si bien los delitos cometidos contra la integridad de los menores de edad son de alto impacto, lo cierto es que este calificativo no es ajeno en relación con los procesados “*dada la conmoción,*

perturbación y efervescencia que causa en la opinión pública tales delitos, la protección de las garantías fundamentales de los procesados –presuntamente inocentes- puede resultar menguada debido a presiones sociales exógenas al proceso judicial”; (v) en lo atinente a la identificación de los hechos, sostuvo que no *“alcanzó para demostrar que conculcación (sic) en sede de tutela alegada haya sido desatendida en la oportunidad procesal destinada para ello”*; en esa medida, advirtió que (vi) la única causal que se cumple es que no se trata de una tutela contra tutela.

Seguidamente, indicó que no se incurrió en el defecto sustantivo, puesto que el cambio del tipo penal fue estudiado y, con el cambio no se constató ninguna irregularidad ni violación del derecho de defensa. Explicó que si bien *“se trata de un delito en el que es víctima una persona adolescente menor de catorce años, en el que existe la prohibición de dicha figura, conforme lo expone el art. 199 de la Ley 1098 de 2006”*, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia varió una interpretación exegética al respecto *“a un concorde con una interpretación más humana”*. En esa línea, el juez de conocimiento tiene un límite ante los preacuerdos sobre delitos sexuales que implica no inmiscuirse en el *nomen iuris* seleccionado por el ejercicio de la acción penal. Proceder que es concordante con la naturaleza de un sistema de naturaleza acusatorio y permite la disminución de la carga y la moral judicial. En esta misma línea, anotó que los derechos de los menores de edad no son absolutos y, por ende, no se podía fallar en contra de los hechos probados con el material probatorio obrante en el expediente.

Igualmente, indicó que diferentes despachos del país han accedido a la variación de la conducta punible a través de la degradación de la misma y, por ello, debió vincularse a todos los jueces de circuito que hayan incurrido en esa práctica y presentarse acciones de tutela contra todas las sentencias dictadas bajo el mismo proceder.

En atención a lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, declarar la falta de legitimación por activa o *“declarar la nulidad de todo lo actuado incluso desde el auto admisorio de la tutela por falta de vinculación a los demás Jueces Penales del Circuito de Florencia (Caquetá) y Juez Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, así como a los Fiscales Seccionales Delegados ante esos Despachos Judiciales, Defensores Públicos o de Confianza y apoderados de víctimas en los que se haya emitido sentencias por “preacuerdos” en delitos sexuales”* (Negrillas fuera de texto).

3. Segunda instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 22 de febrero de 2018, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones. Advirtió que no es cierto lo señalado por el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) con respecto a que la Procuraduría no esté legitimada para actuar, puesto que el artículo 277 CP establece que una de las funciones del Ministerio Público consiste en *“interponer las acciones que considere necesarias”* en procura de vigilar el

cumplimiento de la Constitución, las Leyes, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad.

Sin embargo, indicó que no se evidencia que se haya incurrido en la vulneración de los derechos fundamentales alegados debido a que, en su criterio, el proceso se adelantó conforme a los postulados previstos en la Ley 906 de 2004, puesto que (i) tanto el procesado como la víctima estuvieron bien representados; (ii) no es cierto que se hayan agotado las vías para impedir que el preacuerdo genere efectos jurídicos, dado que no se probó que el Ministerio Público hubiese asistido a la Audiencia del 31 de agosto de 2017; (iii) aunado a ello, no agotó los recursos a lo largo del proceso ni se hizo presente en el mismo y, por ende, no puede en sede de tutela alegar lo que el mismo “*cohonestó*”, ahora cuando el fallo contra el cual se presenta la demanda está en firme; señaló que (iv) la tutela no es una acción para revivir términos vencidos o para purgar la desidia de sujetos procesales y añadió que (v) la decisión fue dictada por el juez competente y fundamentada fáctica y jurídicamente, bajo una interpretación lógica y razonable, por ende, en respeto del juez natural, no puede el juez constitucional imponer su propio punto de vista.

En cuanto a la interpretación del accionante y por el juez de primera instancia sobre el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, advirtió que en este no se establece una “*prohibición expresa*” para realizar un preacuerdo, pues lo que se regula de manera clara en la norma es que no procede ninguna rebaja de pena “*por el hecho de celebrarse, “preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado y acusado*”. En el presente caso, en su criterio, lo que ocurrió fue que la Fiscalía, en ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución Política y 114 de la Ley 906 de 2004, le “*endilgó*” al acusado la conducta punible de acoso sexual agravado y, con base en esta, se determinó el cálculo de la pena, lo que no evidencia en su consideración que se haya concedido rebaja de pena u otro beneficio.

III. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN DE TUTELA

1. Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador, mediante Autos del 17 de mayo y 11 de julio de 2018, en procura de aclarar los elementos fácticos que motivaron la tutela y lograr un mejor proveer, solicitó diferentes elementos probatorios.

1.1. La *Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá)*, por medio de oficios del 28 de mayo y 23 de agosto de 2018, manifestó que el material probatorio tenido en cuenta para el proceso penal consistió en “*algunos EMP (Elemento Material Probatorio) y EF (Evidencia Física), entre los que se encuentra la entrevista forense a la menor víctima (2015/11/5), en la que esta indica que solamente en una ocasión fue objeto de asedio por parte del indiciado (...), pero luego entra en contradicción cuando asevera que otra ocasión le tocó sus partes íntimas, cuando estaba en el aula de clase, en horario académico*”. (Resalta la Sala)

Sin embargo, se generó un cambio en el funcionario de la Fiscalía y, en esa medida, quien empezó a ejercer la función en abril de 2017 como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), sin embargo “*al momento de llegar a la audiencia de formulación de acusación (11/05/17) pude evidenciar que la fiscalía no contaba con suficientes elementos de juicio como para sustentar en audiencia de juicio oral los cargos que le habían sido imputados al señor (HMV)*”.

Igualmente, remitió al Despacho copia de diferentes documentos correspondientes al expediente, de los cuales se resalta los siguientes:

- Denuncia presentada el 22 de septiembre de 2015 por la señora MAVN, madre de la menor de edad agenciada, ante la Policía Judicial por el delito de “*actos sexuales con menor de catorce años*”. La denunciante señaló que, alrededor del 18 de septiembre de 2015, cuando su hija se encontraba cursando 2º de primaria, en la Institución Niña del Carmen de la Vereda el Diamante, le generó preocupación por notarla extraña. Manifiesta que en el Colegio tienen un acuerdo consistente en que cada madre asiste a la institución un día determinado para cocinar y, en el día que le correspondió, pudo hablar con el señor HMV, para entonces profesor del plantel educativo, quien le manifestó que “*en todos los colegios que trabajó le daba dinero a las niñas por estar con él*”. Por ende, inmediatamente sospechó sobre lo que le pasaba a su hija. Relató que, a través de uno de los compañeros, tuvo conocimiento de que en la clase del 18 de septiembre de 2015, por instrucción del señor HMV tenían que “*hacer un jardín, a unos niños los mandó a limpiar y otros a recoger abono y que (ADGV) no se encontraba con ellos que estaba con el profesor (HMV)*”. Conociendo esta situación le preguntó a la menor nuevamente el motivo de su bajo estado de ánimo, quien asustada le pidió llorando que no la regañara y le manifestó que “*el profesor (HMV) la encerraba en la pieza de ese señor y le tocaba las partes íntimas y besarla (sic) en la boca y el profesor le mostraba las partes íntimas y también me decía que eran varias veces que ese señor se la llevaba a la pieza y que ella le tenía miedo a ese señor porque la amenazara (sic) que no me fuera a contar nada*”. (Cuaderno 1, folios 42 a 44).

- *Informes de investigador de campo FPJ 11* del 4 y 5 de noviembre de 2015, por medio de los cuales se da cuenta de la *entrevista* a la señora MAVN realizada el 9 de octubre de 2015. En este documento se mencionan los mismos datos de la denuncia. A ellos agregó que, posteriormente, el profesor intentó comunicarse mediante el celular, sin embargo, en una oportunidad en la cual contestó la menor de edad, ella tomó el celular, le preguntó el motivo de la llamada, el señor HMV procedió a colgar, y no volvió a llamar. Y reiteró que en la conversación que sostuvo con el procesado en la Institución educativa, este manifestó que “*él les daba plata a las niñas de edades entre 12, 13, 14 y 15 años, para que estuvieran con él*”.

- *Informe de Investigador de Campo FPJ 11* del 5 de noviembre de 2015, por medio del cual se da cuenta de la *entrevista forense* realizada a la menor de edad agenciada del 9 de octubre de 2015. Según este documento, a la niña ADGV se le mostró una fotocopia con una figura anatómica de una niña para que escriba

las partes del cuerpo con los nombres que ella conoce y se le pregunta si le ha pasado algo en alguna de las partes del cuerpo. A esta pregunta respondió afirmativamente, por lo cual se le solicitó que hablara sobre ello, y respondió lo siguiente: “(...) *el profe comenzó a decirme que si lo quería y como tiene el pelo largo que le hiciera moñas, un día me besó pero no le dije nada a mi mamá. // Un viernes, que a él le gustaba mucho el jardín, dijo que llevara matas entonces repartió así que Yeferson, Maicol y Raúl que desbarataran la gallera y que hicieran otra cosa y los otros Jaider, Kerly, Esneider y Fernando allá en la huerta, pero a mí no me nombre (sic), entonces le dije: “yo”. Respondió “usted para mí. // Entonces comenzó, que, que (sic) me traía del pueblo. Le respondía que nada. Entonces de ahí comenzó a tocarme las partes íntimas y comenzó a decirme que le tocara las partes íntimas de él pero yo no se las tocaba y el (sic) se ponía bravo (...) no me calificaba los cuaderno a veces porque no iba a la pieza (...) él me decía que fuera a la pieza porque vivía en la escuela”*. Posteriormente, se le solicitó que indique en la fotocopia cuál parte del cuerpo le tocó el profesor, a ello indicó que “*la vagina*” y precisó que “*ese tocamiento fue por fuera de la ropa*”. (Cuaderno 1, folios 76 al 79).

- Copia de *entrevista informal*, realizada el 21 de septiembre de 2015, por el Psicólogo de la Comisaria de Familia a la menor de edad ADGV. En esta entrevista, la menor de edad reiteró la misma información que había suministrado. Agregó que otra compañera había sido víctima del mismo acto, quien en principio se rehusó, pero con posterioridad “*ella se fue dejando lentamente hasta que ella ya no se le esquivaba*”. (Cuaderno 1, folio 83).

- Copia de *valoración médico legal* del 21 de septiembre de 2015, realizada en la Empresa Social del Estado Sor Teresa Adele, de la niña ADGV. En las conclusiones se precisó: “*lesiones: ninguna; secuelas: por establecer se solicita cita con psicología; conclusión: DX: 1. Niña con peso y talla bajo para su edad; 2. No se encuentran evidencias de lesiones en genitales externos; 3. Esquema de vacunación completa*”. (Cuaderno 1, folio 84).

- Copia de 3 mensajes remitidos al celular, presuntamente, de la señora MAVN, en los cuales se señala lo siguiente: “*miércoles, 26 de abril de 2017, 7:11 pm Doña (MAVN) me permito informar que la audiencia de (HMV) se programó para el 11 de mayo de 2017*”; “*martes, 15 de agosto de 2017, 10:55 am: muy buenos días señora (MAVN) para informarle que el día de mañana 16 de agosto se realizará audiencia de libertad de vencimiento de términos en el caso contra (HMV) para contar con su oportuna asistencia a las 2:30 de la tarde en el Juzgado 3º Penal Municipal en la ciudad de Florencia*”; “*Lunes, 28 de agosto de 2017: 10:07 am muy buenos días doña (MVN) para informarle que el día de hoy 28 de agosto se realizara audiencia de preacuerdo en el caso contra (HMV), para contar con su oportuna asistencia a las 2:30 de la tarde en el Juzgado circuito de puerto rico*” (Resaltado propio).

1.2. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), por medio de Oficios del 28 de mayo y del 15 de agosto de 2018, solicitó negar la acción de tutela. Para el efecto, reiteró sus consideraciones sobre la falta de legitimación por activa por parte del Ministerio Público y agregó que “*si quería*

ejercer su función como Ministerio Público en esta comprensión territorial debió mediar autorización del Procurador regional para así desplazar la actuación de quien funge como tal en el municipio multicitado”.

De forma consecutiva, insistió en que la Corte Suprema de Justicia desde el 2014 “*abrió la posibilidad de que en delitos de naturaleza sexual puedan ser objeto de terminación anticipada*”. En esa medida, señaló que la correcta interpretación del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 no prohíbe los preacuerdos cuando se cambia el delito sino cuando se hacen acuerdos que implican la rebaja de pena. Insistió en que al juez le corresponde un análisis formal pero no material en el marco del sistema acusatorio, pues lo contrario implica que este pierda imparcialidad y formule su propia teoría del caso y no acoger dicha interpretación implicaría “*tener que agotar un juicio oral cuando las evidencias allegadas no demuestran un **acceso** carnal sino uno diverso*”.

1.3. El Procurador 115 Judicial II Penal de Florencia por medio de oficio enviado el 7 de junio de 2018, pidió nuevamente el amparo de los derechos fundamentales de la niña ADGV. Sobre la legitimación por activa, manifestó que en el Municipio de Puerto Rico (Caquetá) la representación del Ministerio Público se ejerce por el Personero Municipal, no obstante, la representación de esa entidad ha tenido grandes dificultades “*hasta el punto de haber sido removido el Procurador Judicial adscrito a dicha municipalidad por amenazas y el Personero Municipal asesinado el 24 de abril de 2017*”, en consecuencia, “*este procurador asumió el conocimiento de los presentes hechos por ser Procurador Judicial adscrito ante los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia Caquetá, siendo estos juzgados los que vigilan la ejecución de la pena de todos los condenados del departamento del Caquetá*”. Bajo ese entendido, afirmó que le resultaba imposible asistir a las audiencias celebradas ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico.

Sobre el asunto de fondo, advirtió que “*es un proceder recurrente de la Fiscalía 17 Seccional de Puerto Rico y del Juzgado Promiscuo del Circuito de dicha municipalidad, celebrar y aprobar preacuerdos en casos de abuso sexual infantil, degradándolos a acoso sexual agravado*”. Puso de presente 2 procesos en los que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (radicado 96135 del 30 de enero y 96138 del 15 de febrero de 2018), tuteló los derechos de la víctima al encontrar probada una “*vía de hecho*”, en casos con iguales elementos fácticos que el presente y advirtió que eventualmente era posible cambiar el tipo penal ante elementos probatorios nuevos, cosa que en dichos casos no ocurrió. A lo anterior, adicionó que a él, como funcionario del Ministerio Público, los padres de familia de la víctima en el segundo caso estudiado por la Alta Corporación le manifestaron que el *modus operandi* de la Fiscalía consiste en “*nombrar un apoderado judicial sin informarle a las víctimas sobre los alcances del preacuerdo, más aun cuando son de extracción rural con baja ilustración*”.

2. Despacho comisorio de notificación y vinculación de la representante legal de la menor de edad

Por medio de Auto del 11 de julio de 2018 se dispuso la vinculación y notificación de la señora MAVN, representante legal de la menor de edad ADGV, por medio de despacho comisorio, debido a la ausencia de dirección exacta para remitir este documento.

La vinculación y notificación se llevó a cabo el 17 de julio de 2018 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Paujil (Caquetá). En respuesta, la representante legal, primero, manifestó su aquiescencia respecto de la acción de tutela presentada por el Procurador 115 Judicial II Penal de Florencia (Caquetá), como agente oficioso de su hija, y manifestó que su actuación permite que los hechos por ella denunciados no queden impunes.

Refirió que estuvo pendiente del proceso adelantado en la Fiscalía accionada, no obstante, no le fue brindada ninguna información, únicamente tuvo conocimiento de la orden de captura librada contra el señor H MV, por lo cual ella informó de su paradero y, con esta intervención, dicha orden pudo hacerse efectiva. Aunado a ello, puso en conocimiento que no le fue nombrado representante de víctimas sino después de un tiempo de iniciado el proceso, cuando fue designado para el efecto el abogado Iván Francisco Ortiz, a quien no conoce personalmente, y tuvo una constante mala disposición para atenderla vía telefónica. Puntualmente, indicó que *“fueron dos o tres veces que me contestó, y solo me decía que el caso iba bien”*.

En relación con el preacuerdo, explicó que no tuvo conocimiento oportuno de la audiencia en la cual se celebró, que este no le fue consultado y, en todo caso, se encuentra inconforme con la situación derivada del mismo. Señaló que: *“jamás me di cuenta sobre esa audiencia, no sabía que iban a hacer un preacuerdo y que lo iban a dejar libre”*. Precisó que le fue remitido únicamente un mensaje de texto al celular, citándola a audiencia *“pero ese mensaje me llegó como dos días después que había sido una audiencia de las que hacían porque las aplazaban, pero era porque yo mantenía llamando, pero cuando fui me dijeron que ya había pasado”*.

Adicionalmente, advirtió que el señor H MV ha sido denunciado en el pasado por circunstancias similares, e insistió su inconformidad con el proceso. Afirmó: *“me siento muy desilusionada con esto, a mi hija le pasó y ya se sabe que a varias le ha pasado porque ese profesor tiene varias demandas y no hacen nada, él siempre hace esas cosas con las alumnas, cosas que no quiero volverlas a nombrar”*.

3. El Representante de la víctima en el proceso penal, señor Iván Francisco Ortiz Rojas, mediante Oficio del 28 de julio de 2018, en respuesta a lo manifestado por madre de la niña ADGV, alegó que la asesoría y la asistencia a las víctimas o usuarios en las audiencias realizadas en los diferentes despachos judiciales son funciones que debe cumplir de acuerdo con su *“disponibilidad de tiempo”*, y pone en consideración que ello le implica un constante desplazamiento entre 5 municipios al norte del Departamento de Caquetá.

Explicó que, a pesar de ello, intentó contactarse con la representante legal de la agenciada, sin embargo, la señal no permitió establecer comunicación. Adicionalmente, los usuarios de la Defensoría del Pueblo están sujetos al Formato de Derechos y Obligaciones (formato SD-PO2-F18), en el cual se establece que el servicio de “*representación judicial a las víctimas*” es retirado según el “*literal H: por no actualizar permanentemente la información relacionada con mi domicilio y el teléfono, y en caso de cambio informarlo inmediatamente*”. En desconocimiento de lo anterior, según indicó, la usuaria cambió el número de celular sin informar de esa situación.

En atención a ello, señaló que “*el deber y obligación de ubicarla y notificarla*” fue asumido por la Fiscalía y el Juzgado de conocimiento. “*El suscrito no lo podía hacer dada la lejanía y riesgo de llegar hasta la zona vereda (sic) distante donde reporta el domicilio la usuaria (...)*”. Y, en todo caso, la señora MAVN “*me llamó una sola vez a mi anunciado celular (...) dos días después de realizarse la Audiencia de Aprobación de Preacuerdo, es decir, el día 02 de septiembre de 2017*”.

Aunado a ello, en relación con el **preacuerdo**, indicó que en la Fiscalía “*decidieron a último momento cambiar la decisión de hacer una Audiencia Preparatoria de una Aprobación de preacuerdo*”. En este sentido, explicó lo siguiente: “*a mi correo personal (...) se me notificó desde el 31 de julio de 2017 a las 10:07 am por parte del Juzgado de Conocimiento la citación a una Audiencia Preparatorio del Juicio Oral (y nunca a un preacuerdo) para llevarse a cabo el día 28 de agosto de 2017 a las 3:00 pm, y el día 28 de agosto de 2017 a las 9:38 am solicité autorización para asistir desde la Cárcel del Cunday en la Sala Virtual de Audiencias a lo que se respondió concediendo mi petición pero no se pudo hacer por fallas en la conexión y porque el Fiscal junto con la Defensora modificaron la actuación elaborando un Acta de preacuerdo que finalmente se aprobó solo hasta el 31 de agosto de 2017*”. (Resaltado propio).

Refirió que una vez leyó el Acta de preacuerdo, consideró que con los elementos materiales probatorios no se podría generar una condena por “*acto sexual abusivo*” sino por “*acoso sexual agravado*”. Por ende, sostiene que el señor HMV “*fue condenado sin beneficios o subrogados y fue separado de la docencia*”. Y, si este obtuvo su libertad, ello no es una situación que dependa de su resorte o responsabilidad disciplinaria ni penal.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de la Sala Quinta de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Legitimación

2.1. Legitimación activa

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política cualquier persona puede acudir a la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, *“(p)or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, determina que: *“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”*. Adicionalmente, en el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, conforme con el artículo 44 de la Constitución Política, *“cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”*. Exigencia que con mayor razón les corresponde hacerla a los funcionarios públicos quienes deben velar por el cumplimiento de este mandato constitucional.

Siguiendo una lectura armónica de estas normas, la Corte Constitucional ha flexibilizado el cumplimiento de estos requisitos ante demandas presentadas en favor de menores de edad, considerando además su condición de vulnerabilidad, por estar en etapa de formación. En esa línea, ha insistido en que debe darse prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal, sin que puedan primar interpretaciones excesivamente formalistas en el estudio de la procedencia. Consideración de mayor alcance ante víctimas de delitos sexuales⁷, por el alto impacto de estos delitos en sus derechos constitucionales.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en un caso con similares elementos fácticos al ahora estudiado y siendo el accionante y el juzgado demandado los mismos que en la presente causa, refiriéndose al Ministerio Público, señaló que *“si este considera que la celebración del preacuerdo, quebrantó derechos de la menor de edad víctima, se encuentra obligado acudir a las acciones a que haya lugar, para el restablecimiento de los mismos”*⁸. Es decir, en criterio de ese Tribunal, la Procuraduría accionante no estaba facultada sino obligada a presentar la tutela. A lo que agregó que *“la asistencia o no del Representante del Ministerio Público a la audiencia donde se aprobó el preacuerdo y se emitió la sentencia, en nada desdibuja lo anterior, pues lo cierto es que no puede asimilarse el interés que recae en el procesado, la defensa y el apoderado de víctimas, al de la función de intervención del representante del Ministerio*

⁷ Sentencia T-718 de 2017.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sala de Decisión de Tutelas n° 1, MP Fernando León Bolaños Palacios, (STP1009-2018)

Público, como «garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales»⁹¹⁰.

Incluso, en el caso ahora estudiado, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, como juez de segunda instancia, advirtió que no es cierto lo señalado por el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) sobre la falta de legitimación, puesto que el artículo 277 CP establece que una de las funciones del Ministerio Público consiste precisamente en “*interponer las acciones que considere necesarias*” en procura de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las Leyes, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad. Motivo por el cual, se procedió al estudio de fondo del caso bajo análisis.

En el presente caso, la Sala encuentra cumplido el requisito de legitimación en la causa, por cuanto, primero, siguiendo el artículo 44 Superior, cualquier persona podía exigir “*el cumplimiento y la sanción de los infractores*” frente a la presunta vulneración o amenaza de sus derechos; segundo, se trata de una menor de edad víctima de un delito sexual, residente en el sector rural y de escasos recursos económicos y, por consiguiente, no se puede exigir el cumplimiento de los requisitos de procedencia con el mismo formalismo que en otros casos. Tercero, el Procurador accionante es un funcionario público quien por mandato constitucional y legal debe velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, puntualmente, el artículo 277.7 CP establece como una de sus funciones “*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*”. Cuarto, ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la menor de edad como consecuencia del preacuerdo, la Procuraduría no solo estaba facultada sino obligada a presentar la demanda. Quinto, la falta de asistencia de la Procuraduría a las audiencias, según esta entidad informó y no fue controvertido por las partes, obedeció a circunstancias de fuerza mayor derivadas del fallecimiento del Personero Municipal. Y, sexto, la representante legal de la menor de edad, alegó un escrito a esta Sala manifestando su “*gratitud*” hacia la Procuraduría accionante por haber presentado la demanda, promoviendo la protección de los derechos fundamentales de su hija, los cuales también alegó vulnerados como consecuencia de la actuación procesal desplegada en el asunto demandado.

Aunado a lo anterior, no resulta posible imponer ninguna carga procesal adicional a la agenciada, menos si se tiene en cuenta su condición de vulnerabilidad. En estas condiciones, exigir rigorismos formales para negar la procedencia de la demanda en estudio carece de todo sustento constitucional y resulta ostensiblemente desproporcionado y arbitrario. Se recuerda que las formas son un medio para alcanzar los derechos no para obstaculizarlos.

2.2. Legitimación por pasiva

⁹ Artículo 111 Ley 906 de 2004 «Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento: 1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales: (...)»

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sala de Decisión de Tutelas n° 1, MP Fernando León Bolaños Palacios, (STP1009-2018)

Según lo establecido en los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o un particular, en aquellos casos en los que, por ejemplo, la solicitud de tutela sea presentada por quien se encuentra en situación de subordinación con respecto a estos. En cualquier caso, se debe atribuir la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

La Sala determina cumplido este requisito por cuanto la demanda se presentó contra la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensora pública del procesado, Jenny Fernanda López Castillo, el señor HMY, condenado por el delito de acoso sexual agravado como consecuencia del proceso bajo estudio. Lo anterior, en la medida en que fueron las partes del proceso penal que, presuntamente, condujo a la vulneración de los derechos fundamentales de la menor de edad agenciada. Particularmente, respecto a la Fiscalía y al Juzgado demandados debe recordarse que por ser entidades públicas tienen una especial condición de garante frente a estos derechos y según el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 la tutela procede contra las acciones u omisiones de toda autoridad pública. En cuanto al representante de la víctima, se le atribuye haber incurrido en un ejercicio indebido de sus funciones y, como consecuencia, se advierten también vulnerados los derechos de la menor de edad. Frente al procesado y su defensora, se advierte que son particulares frente a los cuales procede la tutela al haber sido parte del proceso penal y suscribir el preacuerdo que se alega nulo, sumado a que fueron interesados directos en el sentido del fallo dictado por el juez de conocimiento en el sentido de aprobar o no el preacuerdo. Por ende, tienen interés directo en el resultado del presente proceso constitucional. Sobre este último punto debe recordarse que *“la legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”*¹¹. En esa medida, se debe conformar, como sucedió en el presente caso, el sujeto pasivo por las personas naturales o jurídicas que incurrieron en la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, primero, por ser los presuntos responsables de dicha situación y, segundo, en respeto de su derecho de defensa y contradicción.

3. Problema jurídico

En virtud de los antecedentes referidos, el debate constitucional que le corresponde decidir a la Sala Quinta de Revisión se concentra en determinar si se incurrió o no en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la menor de edad agenciada, al realizar y aprobar el preacuerdo en el cual se cambió el delito de *acto sexual agravado en menor de 14 años* por el de *acoso sexual agravado*, por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces de Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la

¹¹ Sentencia T- 416 de 1997, reiterada en la Sentencia T-249 de 2018.

defensora pública, Jenny Fernanda López Castillo, el señor H MV, procesado y el representante de la víctima en el proceso penal, señor Iván Francisco Ortiz.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se estudiarán a continuación los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia; (ii) requisitos generales y (iii) especiales. Seguidamente, se estudiará el (iv) defecto sustantivo; (v) desconocimiento del precedente; el (vi) defecto procedimental absoluto y la (vii) violación directa de la Constitución Política. Respecto al asunto de fondo se analizará (viii) el interés superior de los niños, niñas y adolescentes ante delitos de violencia sexual, en desarrollo de lo cual se estudiará, primero, los lineamientos jurídicos generales del interés superior de los menores de edad; segundo, la protección especial de esta población del derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia sexual; tercero, el reconocimiento jurídico de que la violencia contra las niñas y, en especial, la violencia de carácter sexual, tiene un componente de género, acápite en desarrollo del cual se hará una breve referencia a la violencia institucional; y, cuarto, el criterio interseccional como una herramienta de hermenéutica jurídica; (ix) los preacuerdos y las negociaciones en la Ley 906 de 2004. Énfasis en la improcedencia ante actos o conductas que afecten la libertad, integridad y formación sexual de menores de edad, en desarrollo de lo cual se hará referencia, primero, a los lineamientos jurisprudenciales dictados al respecto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia; segundo, al alcance jurídico de la participación de la víctima; y, tercero, a las funciones de la fiscalía y del juez de conocimiento en este escenario. Finalmente, se resolverá el (x) caso concreto.

4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos específicamente previstos por el Legislador, y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva.

Por regla general, la tutela no procede contra las providencias judiciales en virtud de los principios de autonomía judicial y seguridad jurídica. Sin embargo, esta Corporación ha determinado a través de su jurisprudencia delimitados criterios en los cuales excepcionalmente resulta procedente, los cuales fueron sistematizados en la Sentencia C-590 de 2005, providencia judicial en la cual se especificó la existencia de límites generales y especiales. Los primeros habilitan el estudio constitucional y deben cumplirse en su totalidad; los segundos implican la procedencia del amparo, y debe cumplirse tan solo uno de ellos para que se genere la protección.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial han sido sintetizados de la siguiente manera: “*a. Que la*

cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; f. Que no se trate de sentencias de tutela.”¹²

Solamente cuando se ha constatado el cumplimiento de los requisitos generales, puede el juez constitucional entrar a determinar la existencia de alguno de los vicios que ha establecido la Corte como requisitos especiales de procedencia de la acción, a partir de los cuales se concreta la vulneración de derechos fundamentales.

Los defectos que ha señalado la Corte son los siguientes: “*a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado; y h. Violación directa de la Constitución”¹³.*

4.1. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

4.1.1. *Relevancia constitucional de la cuestión estudiada:* este requisito exige que el asunto bajo estudio involucre garantías superiores y no sea de

¹² Sentencia T-429 de 2011.

¹³ Sentencia T-360 de 2018.

competencia exclusiva del juez ordinario. En consecuencia, el juez constitucional debe justificar clara y expresamente el fundamento por qué el asunto objeto de examen es “*una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes*”¹⁴.

4.1.2. *Agotar todos los medios de defensa judicial posibles*: este presupuesto se relaciona con el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela, acorde con el cual la parte activa debe “*desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos*”.¹⁵ En todo caso, este criterio puede flexibilizarse ante la posible configuración de un perjuicio irremediable¹⁶.

4.1.3. *Inmediatez*: la acción de amparo debe presentarse en un término proporcional y razonable a partir del hecho que originó la supuesta vulneración. Presupuesto exigido en procura del respeto de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, habida cuenta que, de lo contrario, las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.

4.1.4. *Injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada*: se exige únicamente sobre las irregularidades violatorias de garantías fundamentales con la entidad suficiente para ser alegadas por vía de tutela. Aunado a ello, se excluyen las irregularidades no alegadas o subsanadas en el proceso¹⁷, a menos de que por razones de fuerza mayor no se hubiesen podido alegar.

4.1.5. *Identificación razonable de los hechos*: en la acción de tutela se debe identificar clara y razonablemente las actuaciones u omisiones que comportan la vulneración alegada. Y, aunado a ello, estos argumentos se deben haber planteado al interior del proceso judicial, de haber sido esto posible¹⁸.

4.1.6. *No se puede tratar de sentencias de tutela ni que resuelvan acciones de inconstitucionalidad o de nulidad por inconstitucionalidad*: a través de esta exigencia se busca que los procesos judiciales no se tornen indefinidamente expuestos a un control posterior. Con mayor razón si se tiene en cuenta que todas las sentencias de tutela son objeto de estudio para su eventual selección y revisión, trámite después del cual se toman definitivas¹⁹.

4.2. Requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela

En el presente caso, si bien el defecto alegado por el Ministerio Público se concentró en el *defecto sustantivo*, lo cierto es que una vez analizada la demanda, su contestación y los elementos probatorios recaudados por la Sala, resulta también relevante, en criterio de esta Corporación analizar los defectos por *desconocimiento del precedente*, el *defecto procedimental absoluto* y la

¹⁴ Sentencia C-590 de 2005.

¹⁵ Sentencia C-590 de 2005.

¹⁶ Sentencia T-924 de 2014.

¹⁷ Sentencia C-590 de 2005, ver también Sentencia T-926 de 2014.

¹⁸ Sentencia C-590 de 2005, ver también Sentencia T-926 de 2014.

¹⁹ Sentencia C-590 de 2005, ver también Sentencia T-926 de 2014.

violación directa de la Constitución Política, cuyos elementos jurisprudenciales de referencia se destacan a continuación.

4.2.1. Defecto sustantivo

La Constitución Política impone el marco jurídico al cual debe circunscribirse la actividad judicial. En consecuencia, los principios, derechos y deberes superiores constituyen el límite de la independencia y la autonomía de los operadores jurídicos. Por ende, las sentencias y demás providencias judiciales deben sujetarse “*al carácter normativo de la Constitución (artículo 4° C.P.), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2° C.P.), la primacía de los derechos humanos (artículo 5° C.P.), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.), y la garantía al acceso a la administración de justicia*”²⁰ (artículo 228 C.P.)”²¹.

Si en contravía de lo anterior, un operador judicial desconoce la Constitución o la ley, incurre en un defecto sustantivo, haciendo procedente la acción de tutela para que se corrija el error judicial. La independencia y autonomía de los jueces “*es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución (artículo 230 de la C.P.). Un juez no puede invocar su independencia para eludir el imperio de la ley, y mucho menos para no aplicar la ley de leyes, la norma suprema que es la Constitución (...)*”²².

Por consiguiente, el ejercicio del poder judicial es legítimo en la medida en que permita “*el logro eficaz de los fines propios de la organización estatal, entre los cuales se destacan, la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, la vigencia de un orden justo y el respeto de la dignidad humana (artículo 2° C.P.)*”. Incluso, en este escenario se ha llegado a determinar de manera expresa la obligación del funcionario judicial de inaplicar la ley en las circunstancias en que esta resulte contradictorias a las garantías fundamentales²³.

El defecto sustantivo puede presentarse cuando, por ejemplo, el juez: “(i) *Fundamenta su decisión en una norma que (a) no es pertinente; (b) no está vigente en razón de su derogación; (c) es inexistente; (d) se considera contraria a la Carta Política; y (e) a pesar de estar vigente y [ser] constitucional, resulta inadecuada su aplicación a la situación fáctica objeto de revisión*”²⁴; “(ii) *Basa su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto porque resulta inconstitucional o no se adecúa a la circunstancia fáctica; (iii) el fallo carece de motivación material o es manifiestamente irrazonable; (iv) presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) la interpretación desconoce Sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance y que constituyen cosa juzgada; (vi) interpreta la norma sin tener en cuenta otras disposiciones normativas aplicables*”²⁵; **(vii) desconoce la**

²⁰ Sentencias T-773 de 2011, T-1093 de 2014 y T-1048 de 2008.

²¹ Sentencia SU-050 de 2017.

²² Auto 071 de 2001.

²³ Sentencia T-637 de 2010

²⁴ Sentencia T-176 de 2015.

²⁵ Sentencia T-790 de 2010 y T-510 de 2011.

*normatividad aplicable al caso concreto; o (viii) a pesar de la autonomía judicial, interpreta o aplica la norma de manera errónea*²⁶ (Resaltado fuera de texto).

En cuanto a la indebida **interpretación o aplicación** de una norma, recientemente, en la Sentencia T-344 de 2015, reiterada en la SU-050 de 2017, se precisó que este defecto se ha presentado cuando: (a) la interpretación o aplicación, *prima facie*, no se encuentra dentro del margen de razonabilidad o proporcionalidad²⁷; (b) es adaptada una disposición de forma contraevidente o *contra legem*; (c) es evidentemente perjudicial para los intereses de una de las partes, a pesar de la legitimidad de que estos gocen²⁸; (d) es manifiestamente errada y desatiende los parámetros de juridicidad y aceptabilidad; (e) resulta injustificadamente regresiva²⁹ o contraria a la Constitución³⁰; o (f) cuando dejan de aplicarse normas constitucionales o legales pertinentes.

No cualquier interpretación o aplicación puede considerarse un defecto sustantivo. El error judicial debe ser ostentoso, arbitrario y caprichoso, en desconocimiento de lineamientos constitucionales y legales pertinentes. Esto debido a que el juez constitucional no debe ni puede definir la forma en que el juez ordinario tiene que decidir, “*pues pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto que [también] son admisibles (y) compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales*”³¹.

Así las cosas, el defecto sustantivo se configura cuando el juez “*en ejercicio de su autonomía e independencia, desborda la Constitución o la ley en desconocimiento de los principios, derechos y deberes superiores*”³². Lo cual puede ocurrir, entre otros, por la errónea interpretación o aplicación de la norma. Como puede suceder, por ejemplo, cuando se desborda el contenido de la norma y se imponen mayores barreras a las exigidas por el legislador para conceder el derecho o se desconocen normas que debían aplicarse.

4.2.2. Desconocimiento del precedente

El precedente se comprende como la sentencia o conjunto de ellas que son anteriores a un caso determinado y, debido a su pertinencia, se deben considerar necesariamente por el juez al momento de decidir un caso concreto³³. Existe precedente cuando “*(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente*”³⁴; *(ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho*

²⁶ Sentencia SU-770 de 2014.

²⁷ Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

²⁸ Sentencia T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

²⁹ Sentencia T-018 de 2008.

³⁰ Sentencia T-086 de 2007.

³¹ Sentencia SU-050 de 2017.

³² Sentencia SU-573 de 2017.

³³ Sentencia T-656 de 2011.

³⁴ Sentencia T-1317 de 2001.

*semejante al que se debe resolver posteriormente.*³⁵ Este, puede ser horizontal, cuando se trata de pronunciamientos provenientes de la misma autoridad judicial o una de igual jerarquía; o vertical si proviene de funcionarios o corporaciones de superior jerarquía. La función de unificar la jurisprudencia le corresponde a las Altas Cortes, en virtud de los artículos 234, 237 y 241 Superiores, por ser los órganos de cierre de su respectiva jurisdicción y, en esa medida, las sentencias por estas dictadas tienen mayor alcance.

La finalidad de respetar el precedente radica en la protección de los principios superiores de igualdad, buena fe (entendida como la confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado) y la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de las normas, de tal manera que ante elementos fácticos análogos, los jueces profieran decisiones semejantes³⁶. En consecuencia, el sistema jurídico ha previsto la figura del precedente, *“bajo el supuesto de que la independencia interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del derecho”*³⁷.

La interrelación entre el precedente, la igualdad, la buena fe (entendida como confianza legítima) y la seguridad jurídica

El respeto del precedente obedece, entre otros: (i) a la protección del derecho fundamental a la *igualdad* (art. 13 Constitucional), en virtud del cual resulta arbitrario resolver casos con elementos fácticos similares o análogos de manera diferente; (ii) al principio de *buena fe* (art. 86 Superior), el cual *“incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos”*³⁸; criterios a partir del cual se desarrolla la *confianza legítima*, la cual se erige a partir de expectativas favorables, que generan convicción de estabilidad sobre determinadas situaciones jurídicas que permiten reclamar el respeto de expectativas legítimas con protección jurídica; y (iii) a razones de *seguridad jurídica*, en atención a que las normas deben tener un significado estable para guiar la conducta de los seres humanos y, por ende, los jueces deben

³⁵ Sentencia T-292 de 2006.

³⁶ Sentencia C-634 de 2011.

³⁷ Sentencia T-683 de 2006. Respecto al derecho a la igualdad, también ver C-816 de 2011: *“En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es a su vez expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad. El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas. Precisamente, tanto (i) la extensión administrativa de las sentencias de unificación -ordenada en la norma legal demandada- como (ii) la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas.”*

³⁸ Sentencia C-131 de 2004. La Corte estudió el artículo 51 de la ley 769 de 2002, en la cual se ordenaba la revisión técnico mecánica, que fue acusada de desconocer el principio de la buena fe, y por tanto se entró a analizar el tema, concluyendo que la norma no desconocía el principio de confianza legítima.

interpretarlas y aplicarlas de manera coherente, de forma tal que sus decisiones judiciales sean razonablemente previsibles³⁹.

En relación con este último precepto constitucional, jurisprudencialmente se ha reconocido que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos del precedente- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-⁴⁰. Independientemente de lo anterior, esta tensión debe resolverse en razón de los parámetros constitucionales que guíen el caso concreto.

En consecuencia, cuando una autoridad judicial considere necesario cambiar el precedente puede hacerlo en ejercicio de su autonomía e independencia judicial. Sin embargo, para ello debe cumplir como mínimo con dos requisitos: (i) especificar las razones por las cuales decide apartarse de la jurisprudencia en vigor; y (ii) evidenciar suficientemente que el alcance e interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Así entonces, *“para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales”*⁴¹.

4.2.2.1. Precedente constitucional

La fuerza jurídica del precedente constitucional hunde sus raíces en el artículo 241 de la Constitución Política, el cual determina que *“a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”*. En consecuencia, esta Corporación está obligada a salvaguardar la Carta Política como norma de normas⁴², en virtud de lo que se le ha reconocido competencia para definir el alcance normativo y la interpretación del ordenamiento jurídico a la luz del texto Superior.

En este sentido, se ha señalado⁴³ que el desconocimiento del precedente constitucional *“(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene*

³⁹ Al respecto, ver Sentencia SU-264 de 2015.

⁴⁰ Sentencia C-447 de 1997.

⁴¹ Sentencia T-656 de 2011.

⁴² Constitución Política, artículo 4°.

⁴³ Sentencia T-292 de 2006.

una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica”. (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, el defecto por desconocimiento del precedente constitucional únicamente puede constatarse en relación con los pronunciamientos de esta Corte⁴⁴. Se presenta cuando esta Corporación ha establecido el alcance normativo de un derecho fundamental o definido la interpretación constitucional de un precepto y, sin embargo, el juez ordinario o el contencioso administrativo, limita sustancialmente el alcance del derecho o se aparta de la interpretación constitucional⁴⁵.

Conforme con lo dicho, el desconocimiento del precedente constitucional puede alegarse en razón del desconocimiento de las decisiones emitidas con arreglo a las funciones de control abstracto de constitucionalidad; o concreto, adelantado en la revisión de decisiones de tutela, en ambos casos obligatorios. En el primer caso, debido a que la decisión asumida por la Corte Constitucional hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos *erga omnes*. Y, en el segundo, debido a que a esta Corporación le asiste el deber de definir el contenido y el alcance de los derechos constitucionales⁴⁶. En esa medida el carácter vinculante del precedente en materia de tutela, se ha determinado que lo tienen las decisiones adoptadas por la Sala Plena de esta Corporación, como por las Salas de Revisión⁴⁷.

En este sentido, se ha reprochado por esta Corporación la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, al principio de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica cuando se desconoce el precedente constitucional definido en sede de tutela, tal y como puede ocurrir cuando el demandante acude a la administración de justicia y se le imponen decisiones o actuaciones imprevistas.

4.2.3. Defecto procedimental absoluto

Por medio del defecto procedimental se vigila la protección de los artículos 29 y 228 de la Constitución Política. Se puede configurar en dos escenarios: (i) defecto procedimental absoluto, por desconocimiento de las formas del juicio; o (ii) por *exceso ritual manifiesto*, el cual se presenta cuando las normas procedimentales se erigen como un obstáculo para la protección de los derechos sustanciales.

⁴⁴ Sentencias C-590 de 2005, T-292 de 2006, T-230 de 2011 y SU-091 de 2016.

⁴⁵ Sentencia SU-091 de 2016.

⁴⁶ Sentencia T-656 de 2011. Puntualmente, se ha precisado que: “*Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior*” C-634 de 2011.

⁴⁷ Auto 131 de 2001 y 153 de 2015.

El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, como sucede ante la indebida representación judicial y la falta de notificación de las partes.

4.2.3.1. La indebida defensa técnica, se constituye en una causal de vulneración al derecho fundamental al debido proceso siempre y cuando se corrobore que (a) el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica; (b) dicha situación tiene efectos procesales relevantes; y (c) que los mismos no son atribuibles a quien la alega⁴⁸. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la obligación de garantizar a las partes un abogado es satisfecha si garantizan la presencia del mismo y el cumplimiento de las condiciones necesarias para que éste pueda cumplir a cabalidad con su función. Por lo demás, las aptitudes para conducir una defensa dependen del profesional individualmente considerado, y sus fallas son, en principio de su exclusiva responsabilidad⁴⁹.

4.2.3.2. Igualmente se incurre en este defecto cuando se deja de notificar una decisión judicial, a raíz de la cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. La notificación comprende el acto material de comunicación cuya finalidad es poner en conocimiento de las partes y terceros interesados el inicio y desarrollo del proceso judicial para que, primero, si lo estiman pertinente, acudan a los estrados judiciales a fin de defender su postura y alleguen el material probatorio que pretendan hacer valer y, segundo, para garantizar transparencia. En consecuencia, se pretende asegurar a los involucrados los derechos de defensa, contradicción e impugnación y un mecanismo para controlar el ejercicio del poder.

4.2.4. Violación directa de la Constitución Política

Todas las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales conllevan en sí mismas un quebrantamiento de la Carta Fundamental; sin embargo, esta Corte estableció una causal denominada violación directa de la Constitución, originada en la obligación que le asiste a las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual “*la Constitución es norma de normas*”. De manera que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales⁵⁰.

Esta Corporación ha sostenido que se incurre en este defecto cuando en una providencia judicial se (i) deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución. En el primer caso, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus

⁴⁸ Sentencia T-309 de 2013, T-654 de 1998 y T-544 de 2015, entre otras.

⁴⁹ Sentencia T-612 de 2016.

⁵⁰ Sentencia SU-024 de 2018.

resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. La Constitución es norma de normas y, por ende, cuando encuentre una norma incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones de la Carta con preferencia sobre las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.

En estos casos, la prevalencia del orden superior debe asegurarse aun cuando las partes no hubieren solicitado la inaplicación de la norma para el caso particular⁵¹.

5. Interés superior de los niños, niñas y adolescentes ante delitos de violencia sexual

5.1. Interés superior de los menores de edad

El *interés superior del menor de edad* es un eje central de análisis constitucional que orienta la resolución de conflictos en los que está involucrado este sensible sector de la población al que se le debe garantizar una protección constitucional especial debido a su ausencia de madurez física y mental, la cual los hace indefensos y vulnerables. Las bases jurídicas de este principio se encuentran en el artículo 44 de la Constitución Política, en el cual se determina que el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de asistirlos y cuidarlos en procura de su desarrollo armónico e integral.

En el marco jurídico internacional, es en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989⁵² donde se consolidó esta garantía⁵³. En dicho instrumento se dispuso que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”⁵⁴. Este principio “*transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad*”⁵⁵, a partir de su incorporación se abandona su concepción como incapaces para, en su lugar, reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen⁵⁶.

⁵¹ Sentencia SU-024 de 2018.

⁵² Ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

⁵³ “Aunque es la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, la que consolida la doctrina integral de protección de la niñez, incluyendo como principio orientador el interés superior de las y los niños, el primer instrumento internacional que hizo referencia a ese postulado fue la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño. Después fue reproducido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25. 2°), la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19).” T-955 de 2013, citada en la Sentencia T-119 de 2016.

⁵⁴ Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño de 1989, Artículo 3.1. Igualmente se determinó que “los Estado Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos”. Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales se dispuso que “los Estados Partes adoptarán las medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan”. Adicionalmente, se señaló que deben garantizar al máximo el desarrollo del menor de edad. Artículo 6°.

⁵⁵ T-408 de 1995.

⁵⁶ Por medio de la Sentencia T-408 de 1995 “la Corte tuteló el derecho invocado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a la menor el derecho a visitar a su madre, reclusa en prisión, ya que el padre de la menor le impedía hacerlo. Allí también se explicó lo siguiente: “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente

Legalmente, en desarrollo de este principio se incorporó al ordenamiento jurídico la Ley 1098 de 2006, *Código de Infancia y Adolescencia*, enfocada especialmente en generar garantías para que prevalezca la dignidad humana, la igualdad y se elimine la discriminación respecto a los menores de edad. Así, en el artículo 8° se establece que “*se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, **prevalentes e interdependientes***”. Dicha prevalencia, según el artículo 9° implica que toda decisión judicial que deba adoptarse respecto de este sector poblacional “*prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.*” En esa medida, “*en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales (...) se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*” (resaltado propio).

La Corte Constitucional siguiendo lo anterior ha determinado que la aplicación del interés superior del niño como principio depende de cada situación en concreto, por lo que se ha determinado que su significado “*únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular*”. Por ende, se ha considerado como un principio de naturaleza “*real y relacional*” que significa que “*sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad*”⁵⁷. Sin embargo, no se trata de un principio absoluto, por ende, si bien debe guiar a los operadores judiciales, a las entidades públicas y privadas y a la sociedad en general, se han establecido diferentes criterios para orientar su aplicación, entre ellos se vislumbran algunos de carácter fáctico y jurídico⁵⁸.

Los criterios fácticos se refieren a “*circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar*” que rodean cada caso individualmente considerado. Imponen a las autoridades y a los particulares “*la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión*”⁵⁹. Por su parte, algunos criterios jurídicos⁶⁰ son: (i) garantizar el desarrollo armónico e integral del niño⁶¹; (ii) garantizar las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales⁶²; (iii) equilibrar sus derechos y los derechos de sus familiares⁶³; (iv) garantizar un ambiente familiar apto para el

del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

⁵⁷ Sentencia T-510 de 2003. En sentido similar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-397 de 2004, T-572 de 2010, T-078 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014.

⁵⁸ Sentencia T-510 de 2003.

⁵⁹ Al respecto, revisar entre otras, las sentencias T-510 de 2003 y C-683 de 2015 y T-119 de 2016, entre otras.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ El desarrollo es armónico cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas.

⁶² Implica una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos

⁶³ “*La prevalencia de los derechos e intereses de los niños no significa que sean absolutos o excluyentes, no obstante, si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga sus derechos*”. Al respecto, revisar entre otras, las sentencias T-510 de 2003 y C-683 de 2015 y T-119 de 2016, entre otras.

desarrollo del menor de edad⁶⁴; (v) la exigencia de una argumentación contundente para la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales;⁶⁵ (vi) la *protección ante riesgos prohibidos*. La última garantía resulta de particular importancia para el presente estudio debido a que implica la protección de los menores de edad frente a condiciones extremas que amenacen el desarrollo armónico, tales como la violencia física o moral y, en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas⁶⁶.

Bajo este principio de especial trascendencia en la hermenéutica jurídica los menores de edad no solo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico.

5.2. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de ninguna forma de violencia sexual

En concordancia con el principio del *interés superior del menor* se consagra en el ordenamiento jurídico colombiano la especial protección de los niños, niñas y adolescentes frente a todo tipo de violencia y, en especial, contra la violencia sexual, conforme se desprende de una lectura armónica del artículo 44 de la Constitución Política con los artículos 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 18 y 20 de la Ley 1098 de 2006 (*Código de Infancia y Adolescencia*), y de la Ley 1146 de 2007 (*Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente*).

Según el artículo 44 Superior los menores de edad deben ser especialmente protegidos por el Estado, la sociedad y la familia “*contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*”⁶⁷. En el mismo sentido, según el artículo 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño los Estados Parte se comprometieron a adoptar medidas educativas, sociales, administrativas y legislativas de protección contra todo perjuicio o abuso físico o mental, malos tratos, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de cualquier persona que lo tenga a su cargo, incluyendo a los padres o a su representante legal.

Particularmente, en relación con la integridad personal, el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 determinó la exigencia de protección contra acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. Protección que tiene especial énfasis ante el maltrato y los abusos de toda índole por parte de personas responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, de sus padres, sus representantes legales y de los miembros de su grupo escolar, comunitario y familiar. De acuerdo con esta norma, se entiende como “*maltrato infantil*” toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o

⁶⁴ Exige que los menores deben poder desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. T-510 de 2003

⁶⁵ T-510 de 2003, T-397 de 2004, T-572 de 2010, C-683 de 2015 y T-119 de 2016.

⁶⁶ T580A de 2011.

⁶⁷ C-740 de 2008.

psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluyendo los actos sexuales abusivos, la violación y, en general, toda forma de violencia o agresión.

Seguidamente, en el artículo 20 de dicha Ley se establecen los “*derechos de protección*”, entre los cuales se señala la protección contra cualquier conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de las personas menores de edad; y contra toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, entre otros. Así mismo, en el artículo 41 se establece entre las obligaciones del Estado prevenir y atender la violencia sexual y el maltrato infantil. Adicionalmente, en el artículo 44 siguiente, se establece que son obligaciones complementarias de las *instituciones educativas*, lo que incluye a directivos y docentes, establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de abuso sexual.

En el año siguiente a la expedición del Código de Infancia y Adolescencia, se expidió la Ley 1146 de 2007, “*por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente*”. En esta norma, se define a la “*violencia sexual*” como los actos o comportamientos de tipo sexual ejercidos utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor. Igualmente, se establecen diferentes disposiciones en las que se incorporan medidas de prevención, de atención en salud y de alerta temprana. Igualmente, en el Capítulo IV se incorporan medidas a tomar en el sector educativo, puntualmente, en el artículo 11 se establece que los establecimientos educativos de que trata dicha Ley deben incluir elementos para la identificación temprana, prevención, autoprotección, detección y denuncia del abuso sexual cuya posible víctima sean los estudiantes. Puntualmente, en el artículo 12 siguiente, se establece en cabeza del docente la obligación de denunciar toda conducta o indicio de violencia o abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes del que tenga conocimiento.

En consideración a lo anterior se debe garantizar la libertad, integridad y formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes y, en protección a estos, por medio de la Ley 599 de 2000, el Legislador tipificó mediante su Título IV, diferentes delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de menores de 14 años, entre estos se destacan, por ser de relevancia para el caso concreto, los actos sexuales abusivos, precisados en el Capítulo II así:

“ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. *El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.*

ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. *El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.*

ARTICULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. *El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. // Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.*

5.2.1. La violencia contra las niñas y, en especial, la violencia de carácter sexual, tiene un componente de género. Breve referencia a la violencia institucional

Las niñas tienen una protección constitucional y legal reforzada respecto a delitos de violencia sexual debido, no solo a su corta edad, sino también en consideración a su género. En el ordenamiento jurídico Colombiano se ha reconocido que *“(l)a violencia sexual, como una de las manifestaciones de la discriminación social e histórica que han sufrido las mujeres, se estructura a partir de un concepto equivocado de inferioridad biológica, percepción que termina proyectándose en varios ámbitos intersubjetivos en la sociedad.”*⁶⁸

En consideración a la gravedad de dichas conductas punibles contra la mujer se expidió la Ley 1257 de 2008 *“(p)or la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”*, en esta se establecieron una serie de derechos a favor de este sector poblacional que deben ser garantizados ante *“cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”*⁶⁹. Garantía que deben ser protegidas en los procesos administrativos y judiciales establecidos para su defensa.

Entre los instrumentos jurídicos internacionales que respaldan esta garantía se destacan 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 Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer (CEDAW) y el artículo 6.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará).

En lectura de estas disposiciones la violencia sexual contra las niñas y mujeres, cuando es cometida aprovechando la vulnerabilidad que erróneamente se predica de su sexo, en ciertos contextos sociales, constituye una violación del derecho a la igualdad y de prohibición a toda forma de discriminación⁷⁰. En consideración a lo anterior, se han establecido especiales medidas de

⁶⁸ Sentencia T-718 de 2017.

⁶⁹ Ver Sentencia T-735 de 2017.

⁷⁰ Sentencia T-843 de 2011.

prevención, investigación, sanción y reparación, así como la garantía de acceso a un recurso judicial efectivo y, bajo este entendido, el Estado y los funcionarios a este pertenecientes deben asumir sus responsabilidades con la debida diligencia, en contraste, el incumplimiento de las obligaciones que exige esta especial protección, implica que son también responsables de los delitos en que se hubiese incurrido y sus consecuencias⁷¹.

En desarrollo de esta línea, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-735 de 2017 destacó que el incumplimiento de estas obligaciones no solo implica la responsabilidad del Estado por el desconocimiento de sus funciones constitucionales y legales, sino que además genera un mensaje de tolerancia respecto a dichas conductas punibles. Lo anterior, a pesar de que la impunidad promueve la repetición de este tipo de agresiones, que pueden tornarse sistemáticas y, a la vez, generar desconfianza y temor de las víctimas a denunciar. En esa medida, se *“reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia”*.

Por consiguiente, cuando las autoridades incurren en dichas acciones u omisiones, ya sea por indiferencia o por el desconocimiento de su obligación de no discriminación, que se da, por ejemplo, cuando consideran que la violencia no es un *“problema de magnitud importante para el cual se requ(ieren) acciones inmediatas y contundentes”*, puede generar responsabilidad a cargo del Estado. En tal escenario, como advirtió Sisma Mujer en el caso estudiado en dicha providencia, se trata de una violencia potencialmente más lesiva que la perpetrada por un particular, en tanto las autoridades actúan con la legitimidad y legalidad que se deriva del ordenamiento jurídico, el cual los reconoce como autoridades públicas y, a la vez, refuerza el discurso del agresor.

⁷¹ Puntualmente, en relación con la sanción, esta Corporación ha considerado que *“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 Mujer⁷¹, recuerda que los estados deben adoptar medidas legales 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.⁷¹ 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”*. En lo que atañe a la reparación se destaca que la Convención de Belem do Pará determina 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).⁷¹ 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”⁷¹; (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”⁷¹; e (iii) “(i)ncrmentar el número de abogados de oficio disponibles para mujeres víctimas de violencia y discriminación”*, entre otros.

En esa línea, la Sala advirtió que *“los operadores judiciales, en tanto garantes de la investigación, sanción y reparación de la violencia en contra de la mujer deben ser especialmente sensibles a la realidad y a la protección reforzada que las víctimas requieren. Esto para garantizar, a nivel individual, a la denunciante el acceso a la justicia y, a nivel social, que se reconozca que la violencia no es una práctica permitida por el Estado, de forma que otras mujeres denuncien y se den pasos hacia el objetivo de lograr una igualdad real.”*

Siguiendo este marco jurídico la Corte Constitucional ha determinado que los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición, involucran al menos las siguientes garantías:

“(i) prevenir, investigar, juzgar y sancionar los delitos sexuales contra mujeres, que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de conformidad con las normas internacionales, de manera que se apliquen los principios de debida diligencia y rigurosidad, y cumplimiento de un plazo razonable; (ii) la garantía de los derechos de información y participación de las víctimas y sus familiares dentro del proceso penal, máxime cuando se trata de mujeres que se encuentran en especiales condiciones de vulnerabilidad, dada su pertenencia a algún grupo étnico, el bajo nivel de escolaridad o analfabetismo, el tratarse de personas en estado de discapacidad, y tratarse de personas en especiales o extremas condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta; (iii) la necesidad de tomar medidas cautelares frente al agresor para evitar una revictimización, tales como medidas restrictivas de la libertad, protección de la identidad de la víctima; (vi) el imperativo de tomar medidas en favor de las mujeres víctimas de violencia sexual, tales como valoración por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la atención médica física, psicológica y de rehabilitación idónea y adecuada.”⁷²

En concordancia, se ha sostenido que le corresponde al Estado, en general, y a las autoridades judiciales, en particular, como obligaciones mínimas en los procesos administrativos y judiciales atinentes a la violencia contra la mujer, las siguientes:

*“(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 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***

⁷² Sentencia T-595 de 2013.

*que afectan sus derechos; (...) (viii) guardar la debida reserva de la identidad de la víctima*⁷³; (ix) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (x) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (xi) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (xii) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (xiii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (xiv) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; y (xv) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres⁷⁴.

5.2.1.2. El criterio interseccional como una herramienta de hermenéutica jurídica

Las víctimas de violencia sexual resultan expuestas a un mayor grado de vulnerabilidad y de afectación de sus garantías constitucionales y legales cuando se enfrentan a múltiples factores de discriminación simultáneamente. Ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos⁷⁵. Concepto que se ha ido desarrollando en los casos de violencia cometidos contra la mujer, respecto de las cuales por su género, *per se* están expuesta a factores estructurales de desequilibrio en la sociedad.

La Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) puso en consideración la particular condición de vulnerabilidad de las mujeres cuando se enfrentan ante otros factores de discriminación adicionales a su género, como por ejemplo “*las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres reclusas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado*”.

En ese sentido, la ONU mediante el “*Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*”, informe del Secretario General del 2006, hizo alusión a la “*intersección de múltiples formas de discriminación*”, en los siguientes términos: “*La intersección de la dominación masculina con la raza, el origen étnico, la clase, la casta, la religión, la cultura, el lenguaje, la*

⁷³ Sentencia T-843 de 2011.

⁷⁴ Sentencia T-145 de 2017.

⁷⁵Werneck,2007.

<http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonMujer/Documentos/4.%20Interseccionalidad%20y%20violencia%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

orientación sexual, la condición de migrante o de refugiada y la discapacidad –frecuentemente denominada “interseccionalidad”– opera en muchos niveles en relación con la violencia contra la mujer. La discriminación múltiple moldea las formas de violencia que experimentan las mujeres. Determina que algunas mujeres tengan más probabilidad de ser blanco de determinadas formas de violencia porque tienen una condición social inferior a la de otras mujeres y porque los infractores saben que dichas mujeres tienen menos opciones de obtener asistencia o formular denuncias.” (Resalta la Sala).

Igualmente, en desarrollo del artículo 2º de la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el 2010, emitió la Recomendación General No. 28, reiterando que la discriminación contra las mujeres basada en el género puede ser interseccional al coincidir con otros factores de desigualdad y dicha interseccionalidad exige a los Estados adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas⁷⁶.

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de González Lluy contra Ecuador, señaló que *“ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos”*⁷⁷. En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que *“la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres”*^{78,79}. (Resaltado propio).

Igualmente, la Corte Constitucional ha reconocido que la convergencia de factores estructurales de vulnerabilidad repercute en la generación de riesgos adicionales contra la mujer, de tal manera que la combinación de los mismos

⁷⁶ Referencia en la Sentencia T-878 de 2014.

⁷⁷ Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de B.S. Vs. España, reconoció la situación de extrema vulnerabilidad de B.S., quien sufrió discriminación por género, raza, origen nacional, estatus de extranjera y su trabajo como trabajadora sexual. En el texto original, el Tribunal Europeo indicó: “In the light of the evidence submitted in the present case, the Court considers that the decisions made by the domestic courts failed to take account of the applicant’s particular vulnerability inherent in her position as an African woman working as a prostitute”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso B.S. v. España*, No. 47159/08, Sentencia de 24 de julio de 2012, párr. 62. En el mismo sentido, consultar: CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, de 20 de enero de 2007, párrs. 195 a 197; CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, de 18 de octubre de 2006, párrs. 102 a 106, y CIDH, *Informe sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití*, de 10 de marzo de 2009, párr. 90.

⁷⁸ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2 de mayo de 2011. párr. 67.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párr 288. En este caso la Corte Interamericana determinó la responsabilidad del Estado de Ecuador responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talfá Gabriela Gonzales Lluy al haber incumplido con su deber de supervisar y fiscalizar las entidades que prestan servicios de salud pues fue infectada con el virus del VIH durante una transfusión de sangre en el marco de la atención de salud pública prestada por particulares, cuando tenía 3 años de edad y la educación sin discriminación al también haber sido retirada de diferentes instituciones educativas en razón a su condición VIH positiva.

crea “una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de los factores”⁸⁰. En consecuencia, ante la “interseccionalidad, los Estados están obligados a adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas.”⁸¹ Se trata, en consecuencia, de mujeres expuestas a más de un factor de discriminación como, por ejemplo, su edad, en el caso de las niñas o adultas mayores; su situación financiera, cuando tienen escasos recursos económicos; su situación de salud física o psicológica, como sucede en el caso de quienes se encuentran en estado de discapacidad; su orientación sexual; su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas; de migrantes; de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas; de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas, afro descendientes o miembros de población Rrom; las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros.

En consideración a lo anterior, la Sala advierte que el marco jurídico internacional y nacional ha reconocido que los factores de exclusión contra las mujeres cuando concurren simultáneamente en un caso concreto, las expone a un mayor grado de vulnerabilidad y a ser agredidas por diferentes tipos de violencia, entre estas, la violencia sexual; y, muchas veces, a una indebida e inoportuna respuesta del Estado. Por consiguiente, es obligación de las autoridades, incluyendo las judiciales, responder con las medidas, necesarias y adecuadas, para lograr la protección, respeto y garantía de los derechos de las mujeres afectadas por dichas fuentes estructurales de desigualdad, en procura de contrarrestarlas y lograr la efectiva materialización de sus derechos. En esa medida, las autoridades administrativas y judiciales deben tener en cuenta para la solución de los casos concretos, además de los criterios señalados en el acápite anterior, las condiciones o el contexto al cual se encuentran expuestas las víctimas de violencia sexual, en procura de adoptar las medidas que respondan efectivamente a la interseccionalidad de los factores de discriminación.

5.3. Conclusiones

Siguiendo este marco jurídico, la Corte Constitucional ha determinado que los criterios que deben regir la protección de los derechos de los menores de edad parten de reconocer que estos tienen un interés superior frente al resto de la población, consideraciones de especial relevancia respecto a las niñas, respecto de las cuales frecuentemente la violación de sus derechos y, en especial, de sus garantías de la libertad, integridad y formación sexuales tienen una connotación de género. Con base en ello, se deben generar oportunidades y recursos necesarios para su desarrollo mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad⁸²; obligaciones que recaen sobre el Estado, la sociedad la familia y, en general, en las personas responsables de su cuidado, del cual forman parte las instituciones académicas y su respectivo cuerpo docente y

⁸⁰ Sentencia C-754 de 2015.

⁸¹ Sentencia C-754 de 2015.

⁸² Sentencia T-808 de 2006.

directivo. Dichas obligaciones son positivas y negativas, debido a que comprenden el deber de defender los derechos y tomar medidas de prevención, así como de abstenerse de incurrir en todo tipo de actos o conductas que afecten su libertad, integridad y formación sexual y su desarrollo armónico y pleno. Bajo ese entendido, se dispone su protección frente a todo tipo de acto o conducta que implique maltrato infantil⁸³ y violencia sexual⁸⁴, incluyendo todo perjuicio, malos tratos, daño, sufrimiento o abuso físico, sexual o psicológico y, en general, todo tipo de conductas que atenten contra su dignidad humana. Derechos que tienen un alcance superior en aquellos casos en los que exista una relación de indefensión, desigualdad derivado de una relación de poder entre la víctima y el agresor. Ante delitos de connotación sexual las víctimas tienen derecho a la investigación, sanción y reparación, en desarrollo de lo cual se debe garantizar su participación y se debe propender por la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Finalmente, cuando la víctima de violencia sexual se encuentra expuesta a diferentes factores de discriminación, debe tenerse en cuenta, para analizar y resolver el caso concreto, que dicha interseccionalidad las expone a mayores condiciones de vulnerabilidad y, por consiguiente, se deben asumir las medidas, adecuadas y necesarias, para una efectiva protección.

6. Lo preacuerdos y las negociaciones en la Ley 906 de 2004. Énfasis en la improcedencia ante actos o conductas que afecten la libertad, integridad y formación sexual de menores de edad

La Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal regula en los artículos 348 a 351 del Título II, Libro III, los “*preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*”. Normas que exigen una lectura sistemática con el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, según el cual “*(n)o procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004*”.

Los preacuerdos y las negociaciones constituyen una forma de terminación anticipada del proceso penal. Comprenden un consenso entre el Fiscal y el imputado o acusado, como consecuencia del cual se suprime parcial o totalmente el debate probatorio y argumentativo y genera un tratamiento jurídico y punitivo menos severo a cambio de que el procesado acepte hechos relevantes frente a la ley penal y renuncie a un juicio oral y público, claro está, de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada⁸⁵. En esa medida, se trata de “*verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso*”⁸⁶. El juez está autorizado para dictar sentencia finalizando el proceso antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas, por resultar innecesarias debido a la aceptación por parte del procesado de los hechos materia de investigación y de su responsabilidad como

⁸³ Ley 1098 de 2006, artículo 18.

⁸⁴ Ley 1146 de 2007, artículo 2°.

⁸⁵ Sentencia C-694 de 2015.

⁸⁶ Sentencias T-091 Y T-966 de 2006 y C-372 de 2016, entre otras.

autor o partícipe de los mismos, logrando de esa manera la mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de la justicia⁸⁷.

El Legislador previó los preacuerdos y las negociaciones con al menos cuatro finalidades, a saber: (i) humanizar la actuación procesal y la pena; (ii) lograr la eficacia del sistema y, en esa medida, obtener pronta y cumplida justicia; (iii) propugnar por la solución de los conflictos sociales que genera el delito; (iv) propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y (v) promover la participación del imputado o acusado en la definición de su caso (artículo 348 Ley 906 de 2004). Las oportunidades para celebrar preacuerdos entre el fiscal y el acusado son al menos dos: (i) desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación (artículo 350 de Ley 906 de 2004); y (ii) entre el periodo comprendido entre que es presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (artículo 352 de Ley 906 de 2004).

En sus distintas etapas procesales estos mecanismos judiciales, no pueden constituir una renuncia del poder punitivo del Estado ni tampoco le reconocen un carácter dispositivo para adelantar los procedimientos. Se deben respetar los límites establecidos en la Constitución y en la ley. Bajo ese entendido, existen algunos casos en los cuales no resulta procedente la realización de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado, entre estas, el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006. El Código de Infancia y Adolescencia marcó un cambio significativo respecto a los delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales cuando el sujeto pasivo son los niños, niñas y adolescentes, debido a que se limitaron los beneficios y subrogados penales a favor del agresor⁸⁸. Entre estas medidas, se estableció que ante tales delitos “*(n)o procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.*” (Destaca la Corte) **En esa medida, la norma expresamente señala que no resulta admisible la rebaja de pena derivada de los artículos 348 a 351 del Código de Procedimiento Penal.**

En consecuencia, ante delitos contra la libertad, la integridad y formación sexuales, entre estos, los actos sexuales, “*no deben permitirse ese tipo de negociaciones entre el fiscal y (los imputados o) acusados*”⁸⁹. Sostener lo contrario, contradice el fin último de la justicia puesto que bajo la pretensión de celeridad y agilidad del proceso, se genera la desprotección y revictimización de las víctimas, consideración de especial atención si se tiene en cuenta que se trata de menores de edad que han sido expuestos a una grave condición de vulnerabilidad por el desequilibrio, poder y temor que se ha causado.

⁸⁷ Sentencia C-425 de 1996.

⁸⁸ Sentencia T-794 de 2007: Entre otros se estableció que ante estas situaciones “no se otorgará el beneficio de la casa por cárcel, no procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad, ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la libertad condicional, el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, ni procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado.”

⁸⁹ Sentencia T-794 de 2007.

Es en lectura de lo anterior que debe analizarse la procedencia de los preacuerdos y las negociaciones y, conforme con una interpretación armónica de este marco jurídico, se deben adelantar las funciones en cada etapa procesal penal por Jueces y Fiscales quienes no pueden dejar de lado el interés superior del menor y, al contrario, deben garantizarlo.

6.1. Lineamientos jurisprudenciales

6.2.1. Corte Constitucional

Ante el desconocimiento del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, esta Corporación por medio de la Sentencia T-794 de 2007 amparó la protección al debido proceso y declaró la existencia de un defecto sustantivo, en consecuencia, declaró la nulidad del preacuerdo celebrado para que el proceso se inicie nuevamente con base en los términos señalados en dicha Ley. Específicamente se consideró que *“se presentó un defecto sustantivo en el preacuerdo realizado por la Fiscal y los imputados, toda vez que la Fiscal 23 de Manizales no dio aplicación al numeral 7°.del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia y en consecuencia la norma aplicable al caso fue claramente desconocida y no tenida en cuenta inicialmente por la Fiscalía y luego por el Juez Séptimo Penal del Circuito al momento de dictar sentencia y quien hubiera podido anular el proceso desde la elaboración del preacuerdo.”*

Seguidamente, se consideró que el cumplimiento de los mandatos constitucionales de los funcionarios que actúan en las etapas procesales de investigación y juzgamiento, deben orientarse por el interés superior del menor, ya sea porque este se encuentre en condición de víctima o victimario, en consideración al alcance de la especial protección que les asiste. En esa línea, se indicó que los funcionarios judiciales y, en general, las autoridades públicas deben proteger de manera prevalente a este sensible sector de la población contra *“toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”*⁹⁰ y, bajo este entendido, se advirtió que no se tazonaron razonablemente los perjuicios y, en contraste, el único fin del acuerdo fue la *“celeridad del proceso y la descongestión de la justicia.”*⁹¹

En ese entendido, incluso se determinó en los casos de abusos sexuales que *“cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto **dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la***

⁹⁰ Sentencia T-794 de 2007.

⁹¹ Sentencia T-794 de 2007.

Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.”⁹² (Resaltado propio).

En concordancia, en la Sentencia T-718 de 2015, la Corte Constitucional señaló que uno de los mecanismos mediante los cuales el Estado colombiano ha buscado proteger los derechos de los menores de edad, en cumplimiento de los compromisos internacionales, se concreta en la Ley 1098 de 2006, de la cual se resalta la protección especial frente a los delitos cometidos contra la libertad, integridad y formación sexual y, en esa medida, en la providencia se destacó la prohibición de celebrar preacuerdos. Así, *“tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, la Constitución y los tratados internacionales imponen no solo la prevalencia de los derechos de los niños, sino la obligación de adoptar medidas para lograr la efectiva protección en todos los ámbitos, incluso en el penal cuando los infantes son víctimas de delitos, lo cual necesariamente se traduce en la imposición de sanciones más severas (y) la limitación o prohibición de que el autor de la conducta penal acceda a subrogados penales, preacuerdos (...)*”⁹³.

6.2.2. Corte Suprema de Justicia

Según lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, en el control que el juez de conocimiento realice sobre el preacuerdo debe verificar que no se incurra en la vulneración de garantías fundamentales. Sin embargo, también ha advertido que el juez debe respetar la naturaleza del sistema penal acusatorio y, en esa medida, no puede improbar un preacuerdo por el simple hecho de considerar que el tipo penal era diferente al determinado por la Fiscalía. Situación diferente se presenta, según esa Corporación, cuando el Fiscal realizó un preacuerdo en desconocimiento de los límites que el ordenamiento jurídico le impone o cuando dicho ente investigador varía el tipo penal sin justificación jurídica para el efecto, eventos en los cuales ha determinado que el juez no puede aprobar lo acordado.

Así, en la Sentencia dictada por **la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 27 de febrero de 2014, Sala de Decisión de Tutelas No. 1 (radicado 72092)**, esa Corporación consideró indebido el ejercicio de funciones del juez de conocimiento en atención a que este funcionario realizó una valoración probatoria del material recaudado por la Fiscalía y, con base en ello, determinó incorrecto el título penal definido en el preacuerdo⁹⁴. La Corte advirtió que en el sistema penal acusatorio el juez de conocimiento solamente puede realizar un examen formal de dicha negociación sin que le sea permitido verificar aspectos de fondo. Lo contrario, implicaría desconocer la competencia de la Fiscalía, entidad que debe agotar una investigación idónea y postular una pretensión punitiva adecuada con la que se espera reestablecer el equilibrio quebrantado con la comisión del delito. En ese mismo sentido, se indicó que la Fiscalía *“debe abordar su función de manera rigurosa con el fin de acometer*

⁹² Sentencia T-554 de 2003.

⁹³ Sentencia T-718 de 2015.

⁹⁴ Señaló que *“la participación criminal a tribuida debía ser por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y no por el de acoso sexual”*, con fundamento en lo cual se negó a aprobar el preacuerdo.

*un despliegue preciso y atinado de la acción penal, para lo cual el Estado ha de brindarle herramientas tendientes a una intensa preparación y solvencia en el tema dentro de parámetros concatenados de política criminal, bajo la égida de criterios **uniformes responsables y pertinentes** con ese cometido, **siempre verificando los requerimientos y las necesidades reales de las víctimas en coherencia con tales directrices**” (Resaltado propio). Igualmente, señaló que el proceder del Juzgado de conocimiento quebrantó el principio de imparcialidad, el cual también era una garantía procesal para el procesado. Consideraciones con fundamento en las cuales determinó vulnerado el derecho constitucional al debido proceso y, bajo ese entendido, dejó sin efectos la sentencia que había improbadado el preacuerdo.*

Posteriormente, esa Corporación mediante la misma Sala de tutelas que resolvió la Sentencia del 27 de febrero de 2014 (Radicado 72092), a través de la **Sentencia del 21 de julio de 2016 (Radicado T 00960)**, confirmó un fallo en el cual se improbó un preacuerdo por inaplicación del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006. La Corte determinó que las consideraciones del funcionario judicial fueron razonables y ajustadas al ordenamiento jurídico. Puntualmente, determinó que el Tribunal accionado sostuvo que el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe las rebajas punitivas por aceptación de cargos, cuando se tratan de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra los niños, niñas y adolescentes. Igualmente, advirtió que resulta errado sostener que *“la Corte Suprema de Justicia en el **proceso 72.092** aceptó preacuerdo en caso de delito sexual cometido contra menores de edad, y (que) ello obliga a concluir que es procedente hacerlo en el caso que nos ocupa. Al respecto se debe expresar que en modo alguno (...) (se) ha aceptado en ese ni otro proceso que se puede hacer rebajas de pena como consecuencia de aceptación de cargos cuando se procede por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Solo la lectura superficial del proveído citado por el impugnante puede llevar a esa errada e ilegal conclusión.”* (Resaltado propio). Con punto a lo cual precisó que mediante dicha providencia la Corte *“no avaló preacuerdo que implicara rebaja de pena, sino la exclusiva y excluyente potestad de la Fiscalía de calificar jurídicamente los hechos.”*

Seguidamente, dicha Corporación, por medio de la **Sentencia del 28 de julio de 2016 (radicado 86993)** estudió un caso en el cual antes de que se procediera a los alegatos de conclusión la Fiscalía celebró con el procesado un preacuerdo cambiando el título penal (de acto sexual abusivo con menor de 14 años a acoso sexual). El juez de conocimiento improbó el acuerdo por considerar, entre otros, que se desconoció la expresa prohibición establecida en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006. Decisión confirmada por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal. Al respecto, la Corte advirtió que a diferencia del caso estudiado mediante la *“Sentencia del 27 de febrero de 2014, Sala de Decisión de Tutelas No. 1 (radicado 72092)”*, anteriormente mencionada, en el caso estudiado no se trataba de la intromisión del juez de conocimiento en el ejercicio de funciones de la Fiscalía, sino de la aplicación del límite impuesto por dicha Ley sobre la imposibilidad de realizar preacuerdos cuando se trate de delitos contra la integridad, desarrollo y formación sexuales de menores de edad. Puntualmente,

indicó que a diferencia de dicha oportunidad los jueces de conocimiento no “*se atribuyeron la facultad exclusiva de la Fiscalía relativa al ejercicio y disposición de la acción penal que hayan dispuesto su particular criterio sobre la imputación fáctica y jurídica o interferido en la definición del nomen iuris de la acusación eventos sancionados y vedados para el juez en aquella oportunidad por la vía constitucional; sino que tan solo constataron circunstancias de tipo objetivo como lo son, repítase, la oportunidad procesal para arribar al preacuerdo y la prohibición legal al respecto*”.

Por último cabe destacar que, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencias del 30 de enero y 15 de febrero de 2018, (radicados 96135 y 96138)**, conoció de un caso en el cual la Fiscalía 17 y 18 Seccional de Puerto Rico (Caquetá), imputó al procesado cargos por delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años* y en el acta de preacuerdo se cambió por la conducta de *acoso sexual agravado*, el cual, en esta oportunidad, fue aprobado por el Juez de conocimiento, para el caso Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), el cual emitió sentencia condenatoria en consideración a este delito, decisión que no fue recurrida. En esa oportunidad, el Procurador 115 Judicial II Penal de Florencia, instauró acción de tutela por considerar que el preacuerdo y su aprobación vulneraron derechos fundamentales de la menor víctima, en consideración a lo determinado en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no fundamentó su decisión en la norma en comento, sin embargo, consideró que los preacuerdos y negociaciones solo pueden llevarse a cabo con base en la adecuación típica y el núcleo fáctico por el cual se formuló la imputación, en procura de que “*tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia –los términos de la imputación-, y cuál es el precio de lo que se negocia (...)*”⁹⁵. Por consiguiente, cuando un preacuerdo se genere previa la aceptación de cargos, este debe versar sobre los hechos y la conducta endilgada. En esa línea, advirtió que si el material probatorio recopilado evidencia una situación fáctica diferente, la Fiscalía debe variar la imputación, pero no sucede lo propio cuando, por ejemplo, en el acta de preacuerdo la Fiscalía no evidencia cuáles fueron los nuevos materiales probatorios o razonamientos para modificar la situación fáctica y, por ende, la tipificación. En ese sentido, se indicó que “*llama la atención que la fiscalía en su intervención dentro de la presente acción, deje entrever que fueron los mismos elementos materiales probatorios que sirvieron de fundamento para la formulación imputación por el delito de acceso carnal abusivo, los que sustentaron, la modificación de la situación fáctica y los cargos.*” (Resaltado propio). En consecuencia, declaró la nulidad del Preacuerdo celebrado y, dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá).

6.2. En el preacuerdo debe tenerse en cuenta el alcance de la participación de la víctima

⁹⁵ CSJ-SP, 12 de septiembre de 2007, rad. 27759.

La Ley 906 de 2004 definió la víctima como un interviniente acreedor de medidas de protección, atención y ciertas prerrogativas al interior del trámite. En esa medida, consagró en su favor algunas formas de *participación directa y efectiva*. En el marco de los preacuerdos dicha garantía es de especial relevancia si se tiene en cuenta que estos, como mecanismos de solución expedita para el conflicto, tienen consecuencias trascendentales sobre el proceso y, en consecuencia, los derechos de las víctimas. En este sentido, la Corte Constitucional estudió los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004 por medio de la Sentencia C-516 de 2007 y los condicionó en el entendido de que *“la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual **deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo**”* (negrillas fuera de texto)⁹⁶.

Preservar la intervención de la víctima en los términos de esta sentencia, implica la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (artículo 351.6 Ley 906 de 2004); así mismo conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (artículos 20 y 176, Ley 906 de 2004) y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (artículo 102, Ley 906 de 2004). En todo caso, debe advertirse que dicha participación no implica afectar de manera alguna las facultades de investigar y acusar que le corresponden a la Fiscalía. Puntualmente, en dicha Sentencia se indicó que *“la intervención de la víctima en esta etapa resulta de particular trascendencia para controlar el ejercicio de una facultad que envuelve un amplio poder discrecional para el fiscal, sin que con ello se afecte su autonomía ni el ejercicio de las funciones que le son propias”*.

Cabe destacar que en el proceso penal no se exige que la víctima tenga representación mediante un profesional del derecho sino hasta la audiencia preparatoria, sin embargo, en el momento en que lo requiera tiene derecho a participar mediante un abogado ya sea porque contrate para el efecto a una persona de confianza o mediante un defensor nombrado de oficio, en procura de que se adelante la correcta defensa técnica, la cual debe propender porque la víctima sea *“oída”*, dar la correspondiente asesoría y, en los eventos en que sea necesario, ejercer el derecho de contradicción y defensa; presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; interponer los recursos correspondientes.

En cualquier caso, debido a la prohibición de celebrar preacuerdos que generen rebaja de pena, ante delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra menores de edad (artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006), en este tipo de casos, aun cuando la víctima participe, no resulta posible la negociación.

⁹⁶ Al efecto, consideró que el consenso debe ser construido teniendo en cuenta el punto de vista de la víctima, pues no existe fundamento constitucional ni legal que implique esa omisión en el proceso y, al contrario, es una garantía de justicia y verdad, puesto que la víctima está en condiciones de suministrar información relevante para decidir y determinar si la pena propuesta es o no aceptable y para rectificar información aportada por la defensa y por la Fiscalía.

6.3. Las funciones de la Fiscalía General de la Nación y del Juez de conocimiento

6.3.1. La *Fiscalía General de la Nación* tiene deberes específicos en torno a la protección integral de los derechos de las víctimas, siendo un actor fundamental en el propósito de alcanzar la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Específicamente, en el caso de los menores de edad, víctimas de delitos sexuales, dicha protección adquiere un especial significado, pues deben estar siempre orientados hacia la protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado.

Bajo este entendido, si bien esta entidad tiene la titularidad de la acción penal también tiene un límite consistente en el respeto de las garantías constitucionales y, en especial, de la protección de las víctimas. En ejercicio de sus funciones, la Fiscalía junto con el *imputado o acusado*⁹⁷ pueden llegar a un preacuerdo sobre los “*hechos imputados y sus consecuencias*” (artículos 351 y 352 Ley 906 de 2004). Igualmente, pueden adelantar un acuerdo conforme con el cual este último se declara culpable del delito imputado o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el Fiscal: (i) elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o (ii) tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, con el limitante de que el fiscal, según lo establecido en la Sentencia C-1260 de 2005 no puede crear tipos penales y, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente⁹⁸ (artículo 350 Ley 906 de 2004).

En lectura de lo anterior, en la Sentencia C-516 de 2007 se determinó que el preacuerdo se concentra en los *hechos imputados y sus consecuencias*, con el objetivo de que el imputado o acusado se declare culpable del delito que se le atribuye o de uno relacionado con una pena menor, generando rebajas en su pena; y se entiende que un cambio de la pena a imponer, constituye la rebaja compensatoria derivada de la negociación. En esa medida, se sostuvo que los aspectos sobre los cuales versa el acuerdo son: “(i) *Los hechos imputados, o alguno relacionado; (ii) la adecuación típica incluyendo las causales de agravación y atenuación punitiva; (iii) las consecuencias del delito (...) las cuales son de orden penal y civil*”⁹⁹. El preacuerdo genera la disminución de la pena.

6.3.2. Una vez realizados los preacuerdos, estos son sometido a *control judicial*, el cual está a cargo de *juez de conocimiento*, quien los puede aprobar siempre y cuando no “*desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*”. El juez debe estudiar y constatar que no se incurra en la vulneración de dichas garantías. Por consiguiente, únicamente “*recibirán aprobación y serán vinculantes para el juez de conocimiento cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación* (Arts. 350 inciso 1° y 351 inciso 4° y 5°)” (Resaltado propio).

⁹⁷ Sentencia C-516 de 2007.

⁹⁸ Sentencia C-1260 de 2005 y C-516 de 2007.

⁹⁹ Sentencia C-516 de 2007.

Bajo este entendido, en dicha Sentencia C-516 de 2007, reiterada en las Sentencias T-794 de 2007 y C-372 de 2016, se estableció que “(e)l ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el **respeto por los derechos fundamentales** de quienes intervienen en la actuación y la **necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia** (Art.10); **el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta** (Art. 4°); así como el imperativo de **establecer con objetividad la verdad y la justicia** (Art. 5°). De particular relevancia para determinar el alcance de este control es el inciso 4° del artículo 10 (de la Ley 906 de 2004), sobre los principios que rigen la actuación procesal: “El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre **aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia a los derechos constitucionales**”¹⁰⁰ (negrilla y subrayado fuera de texto).

Puntualmente, en las Sentencias C-1260 de 2005, C-059 de 2016 y C-372 de 2016 se indicó que la garantía del debido proceso en los preacuerdos implica que se debe surtir el control de legalidad y el juez de conocimiento debe verificar que no se incurra en la violación de los derechos fundamentales. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente, mediante la cual se produce la terminación anticipada del proceso, no obstante, cuando el juez de conocimiento constata que en el acuerdo se incurrió en el desconocimiento de las garantías constitucionales o legales, no puede aprobarlo, tal y como puede ocurrir cuando se desconozca el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, anteriormente mencionado.

Cuando en el proceso penal acudan menores de edad, los funcionarios judiciales deben actuar con especial cuidado del interés superior que les asiste. En este sentido, mediante la Sentencia T-923 de 2013 esta Corporación señaló que “(c)orresponde a los funcionarios judiciales que intervienen en la investigación y juzgamiento de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes desplegar todos los recursos y medios disponibles a efectos de establecer la verdad, realizar un investigación integral y oportuna de los hechos que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial o de oficio, cuidando en la actividad de recaudo probatorio de atender siempre al interés superior del menor y el respeto a su dignidad humana, evitando cualquier acto que conduzca a su revictimización.”¹⁰¹

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “el Juez, como director del proceso, está en la obligación de examinar cada caso, y establecer cuándo y en qué eventos, es que debe actuar no solo en acatamiento riguroso de las formas establecidas por la norma adjetiva, sino, más allá de eso, como

¹⁰⁰ Sentencia T-794 de 2007.

¹⁰¹ Los anteriores lineamientos constitucionales han sido recopilados en las Sentencias C-059 de 2010, C-694 de 2015 y C-372 de 2016.

autoridad veladora del cumplimiento de los principios que gobiernan la labor judicial y la práctica del derecho, así como la preponderancia del derecho constitucional trasladado al campo procesal, cuando se percibe la necesidad de proteger a un sujeto en especiales condiciones, que lo hacen merecedor de un trato preferente”.

6.3. Conclusiones

(i) Los preacuerdos constituyen un mecanismo jurídico que debe permitir el acceso a la administración de justicia, verdad, reparación y no repetición de manera expedita, pero con especial cuidado del derecho fundamental del debido proceso respecto a todos los sujetos procesales; (ii) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria. En este escenario, si bien la víctima no cuenta con un poder de veto, sí tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración, situación que debe ser tomada en cuenta en materia de preacuerdos. Sin embargo, debido a la prohibición legal de celebrar este tipo de negociaciones ante delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de menores de edad, aun cuando la víctima participe, estos acuerdos no resulta posibles (artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006); (iii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible, debido a que *“debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción”*¹⁰²; (iv) en el control del acuerdo realizado por el Juez de conocimiento, conforme con la Corte Constitucional, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del procesado y de la víctima y, en caso de que constate que ello es así, no puede aprobar lo acordado. Debe tenerse especial cuidado cuando estén involucrados sujetos de especial protección constitucional, entre estos, los menores de edad, caso en el cual, debe adelantarse el proceso sin descuidar el principio del interés superior que les asiste. En consecuencia, de acuerdo con lo determinado por esta Corporación en sede de control abstracto y en sede de revisión requiere un análisis formal y material; (v) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos. Ejemplo de ello es **el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, conforme con el cual no resulta posible realizar preacuerdos o negociaciones que generen la rebaja de pena cuando se encuentre comprometida la libertad, integridad y formación sexual cometidos contra niños, niñas ni adolescentes. En esa medida, la norma expresamente señala que no resulta admisible la rebaja de pena derivada de los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.** En consecuencia, el fiscal debe abstenerse de celebrar este tipo de preacuerdos y el Juez de aprobarlos, pues en casos que afecten la integridad sexual de menores el Legislador prohibió expresamente la negociación que pudiera realizarse entre la Fiscalía y el imputado o acusado que generen la rebaja de pena; (vi) la Fiscalía General de la Nación y el Juez de conocimiento tienen la obligación de velar por la protección de los derechos fundamentales de las víctimas en los procesos penales, responsabilidad de mayor exigencia ante personas en condición de vulnerabilidad como los menores de edad. En contraste, conforme se indicó

¹⁰² Sentencia C-1260 de 2005.

previamente, el incumplimiento de este deber, por acciones u omisiones en las que dichos funcionarios incurran, puede generar violencia institucional cuando dicha conducta le cause daño a la víctima. En esa medida, el Estado puede llegar a constituirse en el segundo agresor contra la misma¹⁰³.

7. Análisis constitucional del caso concreto

En este acápite se desarrollará, primero, un recuento fáctico del caso bajo estudio; segundo, el análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; tercero, el estudio de los defectos sustantivo, desconocimiento del precedente, defecto procedimental y violación directa a la Constitución; cuarto, se realizarán algunas precisiones sobre cada una de las partes demandadas; y, quinto, se hará referencia a la decisión a adoptar.

7.1. Recuento fáctico

La agenciada es una niña de 11 años, que reside en el sector rural y carece de recursos económicos. En septiembre del año 2015 cuando se encontraba cursando 2º grado en la Institución Niña del Carmen de la Vereda el Diamante, del municipio el Paujil (Caquetá) y tenía 8 años de edad, fue víctima de un delito sexual por la conducta desplegada por el docente de la institución, lo cual afectó sus derechos a la libertad, integridad y formación sexuales. Ante la denuncia presentada por su madre y representante legal el 22 de septiembre de 2015, la Fiscalía 17 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) presentó un escrito de acusación el 9 de noviembre de 2016 y, posteriormente, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación el 11 de mayo de 2017, por el delito de “*acto sexual en menor de 14 años agravado*”. Sin embargo, posteriormente, el 28 de agosto de 2017, con los mismos elementos materiales probatorios, se llevó a cabo un preacuerdo entre la Fiscalía en comento y el procesado, el cual fue también firmado por su defensora y quien fue designado para la representación de la víctima. El preacuerdo fue aprobado mediante Sentencia anticipada dictada por el Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) el 31 de agosto de 2017.

7.2. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

7.2.1. Relevancia constitucional de la cuestión estudiada: el asunto bajo revisión compromete los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al principio del interés superior del menor de una persona de especial protección constitucional, como lo es la agenciada en atención a su minoría de edad, su género, su situación socioeconómica y debido a que fue víctima de violencia sexual. Si bien el preacuerdo afecta al procesado, como lo señala el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), no es cierto, como lo señala este funcionario, que solo tenga implicaciones para él, pues lo decidido en el preacuerdo generó consecuencias definitivas en la

¹⁰³Ver la Sentencia T-735 de 2017.

sentencia anticipada dictada, la cual tiene repercusiones directa en los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición de la víctima menor de edad.

7.2.2. Agotar todos los medios de defensa judicial posibles: la agenciada no cuenta con otros medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para la defensa de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, en la medida en que la Sentencia dictada el 31 de agosto de 2017 se encuentra ejecutoriada y, actualmente, no procede ningún recurso en su contra, pues, por ejemplo, el recurso extraordinario de revisión podía interponerse hasta dentro de los 2 años siguientes a la ejecutoria, los cuales se encuentran vencidos (artículos 135 y 356 Ley 1564 de 2012). Adicionalmente, si bien es cierto que ante la inconformidad de la víctima con el preacuerdo, la representante de la misma debió defender los intereses y presentar la apelación procedente contra el fallo que lo aprobó, lo cierto es que las consecuencias de esa omisión en el ejercicio de sus funciones constituyen un perjuicio que la víctima no debe soportar, so pena de incurrir en un exceso ritual manifiesto, en desconocimiento de las garantías constitucionales que le asisten¹⁰⁴.

7.2.3. Requisito de inmediatez: La Sentencia por medio de la cual se aprobó el Preacuerdo atacado fue dictada el 31 de agosto de 2017 y la tutela fue presentada el 8 de noviembre de 2017, es decir, 2 meses y 8 días después de la providencia en que, presuntamente, se desconocieron los derechos fundamentales de la menor de edad agenciada, término que se considera razonable si se tiene en cuenta que esta Corporación ha admitido la tutela contra providencias judiciales hasta dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia demandada.

7.2.4. Injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada: en el asunto bajo examen no se alegó la existencia de una irregularidad en las formas procesales, sino la indebida interpretación y aplicación normativa y en el consecuente desconocimiento de los derechos fundamentales de la agenciada.

7.2.5. Identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de los derechos fundamentales: el agente oficioso fundamentó la vulneración de los derechos fundamentales en la realización del preacuerdo en comento a pesar de su improcedencia, en aplicación del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, debido a que se trataba de un delito de violencia sexual, que transgredió los derechos a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor de edad agenciada. Por ende, se estima cumplido este requisito.

7.2.6. Que en principio no se trate de sentencias de tutela, ni que resuelvan acciones de inconstitucionalidad o de nulidad por inconstitucionalidad: Las

¹⁰⁴ Similares consideraciones fueron desarrolladas en la Sentencia T-973 de 2011: “tratándose de una menor de edad, las consecuencias de la falta de agotamiento de los recursos legales por parte de su representante legal, no pude repercutir negativamente en detrimento de sus garantías fundamentales, pues no está en condiciones de asumir dicha carga. En todo caso, es conveniente destacar que la apoderada de la accionante en sede de tutela, en repetidas ocasiones, insistió ante las autoridades competentes para promover el Recurso Extraordinario de Revisión, el cual resultó infructuoso, en razón de la no configuración de ninguna de las causales previstas en la ley para dicho efecto”.

providencias judiciales objeto de reproche consisten en un preacuerdo y la Sentencia anticipada que lo aprobó. Por consiguiente, se encuentra cumplido también este requisito.

Así las cosas, se constatan cumplidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, motivo por el cual es posible verificar el cumplimiento de los requisitos especiales.

7.3. Requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Procuraduría 115 Judicial II Penal de Florencia (Caquetá) sustentó la vulneración de los derechos fundamentales de la menor de edad agenciada en que la realización del preacuerdo y la aprobación del mismo estuvieron viciadas por un defecto sustantivo, debido al desconocimiento del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006. La Sala observa que este no es el único defecto que requiere análisis en este asunto, pues, según lo expuesto en las consideraciones de esta providencia, existe precedente de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que requería haberse estudiado en dicho proceso penal y, de constatarse en el subsiguiente análisis que no fue tenido en cuenta, podría implicar un defecto por desconocimiento del precedente. Aunado a ello, después de realizado el despacho Comisorio para la vinculación y notificación de la representante legal de la menor agenciada y con el material probatorio recaudado, se evidencia una posible indebida representación judicial, lo cual equivaldría a la configuración de un defecto procedimental absoluto. A ello se agrega la posible vulneración directa de la constitución por encontrarse comprometidos el interés superior del menor y los derechos fundamentales de una niña en condiciones de vulnerabilidad. Por consiguiente, la Sala procede a estudiar si en el presente caso se incurrió en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la agenciada como consecuencia de los defectos (i) sustantivo; (ii) desconocimiento del precedente; (iii) procedimental absoluto y (iv) violación directa de la Constitución Política.

7.3.1. Defecto sustantivo: según el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, cuando se trate de los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales (señalados en el Código Penal, en el Título IV, artículos 205 a 219-C), cometidos contra niños, niñas y adolescentes, como el delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años, no procede la realización de preacuerdos. Puntualmente, la norma señala que “(n)o procederán las rebajas de pena con base en los *“preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”*, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004” (Resaltado y subrayado propio). De conformidad con la entrevista forense realizada a la niña ADGV, esta narró los hechos así:

“(...) el profe comenzó a decirme que si lo quería y como tiene el pelo largo que le hiciera moñas, un día me besó pero no le dije nada a mi mamá. // Un viernes, que a él le gustaba mucho el jardín, dijo que llevara matas entonces repartió así que Yeferson, Maicol y Raúl que desbarataran la gallera y que hicieran otra

cosa y los otros Jaider, Kerly, Esneider y Fernando allá en la huerta, pero a mí no me nombre (sic), entonces le dije: “yo”. Respondió “usted para mí. // Entonces comenzó, que, que (sic) me traía del pueblo. Le respondía que nada. Entonces de ahí comenzó a tocarme las partes íntimas y comenzó a decirme que le tocara las partes íntimas de él pero yo no se las tocaba y el (sic) se ponía bravo (...) no me calificaba los cuaderno a veces porque no iba a la pieza (...) él me decía que fuera a la pieza porque vivía en la escuela”. Posteriormente, se le solicitó que indique en la fotocopia cuál parte del cuerpo le tocó el profesor, a ello indicó que “la vagina” (Cuaderno 1, folios 76 al 79).

Hechos que la Fiscalía Delegada 17 Seccional de Puerto Rico (Caquetá) calificó en el delito de *acto sexual con menor de 14 años agravado*, descrito en la Ley 599 de 2000 (Código Penal) así: *artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.*

Debido a lo anterior el procesado fue imputado y acusado por el delito de “*acto sexual abusivo en menor de 14 años*”. Sin embargo, tras el preacuerdo celebrado entre este y la Fiscalía 17 Delegada ante el Juez de Circuito de Puerto Rico (Caquetá), se cambió al tipo penal de “*acoso sexual agravado*”. Dicho acuerdo fue aprobado mediante Sentencia dictada el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá).

La lectura literal del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 permite evidenciar la contradicción entre esta norma y el preacuerdo realizado, lo cual se justifica, según el sujeto pasivo de este caso, en que el alcance de esta disposición se restringe a aquellos casos en los cuales se negocie en el preacuerdo la rebaja de la pena, pero no cuando se cambie el *nomen iuris* y, como consecuencia, se genere dicha rebaja.

Esta interpretación y aplicación del mencionado artículo es contraria a la prohibición de realizar preacuerdos ante delitos que comprometan la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores de edad, la cual incluye las posibilidades negociación señaladas en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004, entre las que se encuentra el cambio de tipo penal. En esa medida, se exige la aplicación taxativa de la Ley que prohíbe la realización de preacuerdos ante elementos fácticos como los que se presentan en este caso.

La Sala debe recordar que, eventualmente, los funcionarios públicos, Jueces y Fiscales, pueden dejar de aplicar el sentido literal de una disposición legal cuando resulte contraria a la Constitución Política (artículo 4° CP), pero no cuando conlleva un desconocimiento de la Carta. La independencia y autonomía de los jueces “*es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución (artículo 230 de la C.P.). Un juez no puede invocar su independencia para eludir el imperio de la ley, y mucho menos para no aplicar la ley de leyes, la norma suprema que es la Constitución (...)*”¹⁰⁵.

¹⁰⁵Auto 071 de 2001.

En el presente caso, lejos de realizarse una interpretación y aplicación de la norma que permitiera desarrollar las garantías constitucionales comprometidas, se limitó, bajo un criterio contraevidente, el alcance que el Legislador había dispuesto a la disposición en comento, siguiendo la Carta Política y los compromisos internacionales adquiridos en beneficio de la protección de los derechos de los menores de edad. Los preacuerdos son mecanismos judiciales que constituyen “*verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso*”¹⁰⁶. Negociación que está vedada ante delitos sexuales cometidos contra los niños, niñas y adolescentes. Se reitera que esta prohibición refuerza las garantías de la menor de edad agenciada y que obligatoriamente debían acatarse por parte de la Fiscalía y el Juez de conocimiento, quien debió improbar dicha negociación.

La anterior situación generó efectos adversos sobre los derechos a la justicia, a la reparación y a la verdad de la víctima, pese a sus graves condiciones de vulnerabilidad. Se recuerda que para el momento en que se incurrió en el delito la agenciada tenía 8 años y cursaba 2º grado de primaria, sumado a que proviene de una familia campesina y carece de recursos económicos. Adicionalmente, dichas condiciones de desigualdad se agudizaron por el desequilibrio, abuso de poder y temor que le fue causado, dado que el delito de violencia sexual fue cometido en su contra por un docente de la institución en la que ella estudiaba; criterio que hace aún más grave la situación si se tiene en cuenta que era a él a quien le asistían obligaciones de cuidado y respeto. En esa línea, en el presente caso se desconoció el fin último de la justicia y la especial protección que exige el ordenamiento jurídico en favor del respeto, protección y garantía de la menor de edad agenciada a no ser víctima de un delito de violencia sexual y al acceso a la administración de justicia, puesto que bajo la pretensión de celeridad y agilidad del proceso, se generaron espacios de desprotección y revictimización, consideración de especial trascendencia por estar involucrada una niña expuesta a graves condiciones de vulnerabilidad

7.3.2. Desconocimiento del precedente: de conformidad con la Corte Constitucional (Sentencia T-794 de 2007) y con la postura reciente de la Corte Suprema de Justicia (ver entre otras las Sentencias del 21 y 28 de julio de 2016 y del 30 de enero y 15 de febrero de 2018 -Radicados T 00960, 86993, 96135 y 96138, respectivamente-), no resulta posible en el ordenamiento jurídico colombiano realizar preacuerdos cuando se trata de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos contra menores de edad en atención a la aplicación silogística de la Ley y, como consecuencia, se han declarado nulos los preacuerdos celebrados y se ha dejado sin efectos la Sentencia que los aprobó.

La lectura del precedente constitucional y ordinario permite evidenciar sin mayores elucubraciones que por medio del preacuerdo demandado, no solo se dejó de lado lo dispuesto taxativamente por el Legislador en el artículo 199.7

¹⁰⁶ Sentencias T-091 Y T-966 de 2006 y C-372 de 2016, entre otras.

de la Ley 1098 de 2007, sino que además se desconoció el precedente vigente y vinculante. La Sentencia mediante la cual la Corte Constitucional fijó el alcance y su interpretación de la norma data del año 2007 y la primera Sentencia de la Corte Suprema de Justicia que se comenta es del 28 de julio de 2016. Precedente vigente y que es posterior a la Sentencia 27 de febrero de 2014 - Radicado 72092-¹⁰⁷, en que se fundamenta el Juzgado y las demás partes para la celebración del preacuerdo estudiado, realizado el 28 de agosto y aprobado el 31 de julio de 2017.

Llama la atención de la Sala que en las providencias del año 2018 anteriormente referenciadas, es el mismo Juzgado y, en una de estas, la Fiscalía accionada, las entidades que conforman el sujeto pasivo de la demanda, la cual también se presentó porque incurrieron en el desconocimiento del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 y realizaron preacuerdos a pesar de la prohibición legal contemplada en la misma, sin la existencia de ninguna justificación probatoria que justificara el motivo del cambio del tipo penal. Esta situación se repite en el presente caso, atendiendo a que ni en el Acta de preacuerdo ni en lo manifestado por las partes en el proceso constitucional, se permite colegir de manera siquiera sumaria que existieron nuevos elementos materiales probatorios que le pudiesen permitir a la Fiscalía o al Juez fundamentar el cambio del tipo penal. Al contrario, lo que se evidenció en el expediente es que, hasta la formulación de acusación, el proceso se adelantó bajo el tipo penal de *acto sexual abusivo en menor de 14 años*.

Ahora bien, si como lo alega el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), existen Juzgados adicionales que están incurriendo en la indebida aplicación e interpretación del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, ello no lo habilita de ninguna manera para desconocer, primero, el sentido literal y constitucional de la norma y, segundo, desacatar los lineamientos constitucionales sentados por la Corte Constitucional ni por la Corte Suprema de Justicia, mucho menos si se tiene en cuenta que este última Alta Corte tiene funciones de unificación jurisprudencial en la jurisdicción ordinaria y es su superior jerárquico.

Situación diferente podría ocurrir si al proceso se hubiese allegado nuevo material probatorio que hubiese fundamentado el cambio de la conducta punible. No obstante, esta Sala de Revisión requirió expresamente a la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) en procura de que manifieste si existieron o no nuevos elementos probatorios que fundamentara dicho proceder, sin embargo, esta entidad insistió simplemente en los recaudados inicialmente en el proceso. Al respecto, conforme se señaló por la Corte Suprema de Justicia, si el material probatorio recopilado evidencia

¹⁰⁷ Respecto a este punto debe reiterarse que Si bien en la Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 27 de febrero de 2014, se dejó sin efectos una sentencia en la que el Juez de conocimiento improbió el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado, que cambiaba el tipo penal en un caso de violencia sexual menor de edad. Lo cierto es que alrededor de 2 años después, mediante la Sentencia del 28 de julio de 2016 -Radicado 86993-, la misma Sala de Decisión de Tutelas precisó que dicho fallo obedeció a que el Juez de conocimiento realizó una valoración probatoria que invadió las competencias de la Fiscalía. Sin embargo, en el nuevo caso, se trataba de la simple aplicación del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 y, bajo ese entendido, el Preacuerdo revisado en esta nueva oportunidad fue anulado.

una situación fáctica diferente, la Fiscalía puede variar la imputación, pero no sucede lo propio cuando, por ejemplo, en el acta de preacuerdo la Fiscalía no evidencia cuáles fueron los nuevos elementos para modificar la situación fáctica y, por ende, la tipificación. En ese sentido, “*llama la atención que la fiscalía en su intervención dentro de la presente acción, deje entrever que **fuero**n los mismos elementos materiales probatorios que sirvieron de fundamento para la formulación imputación por el delito de acceso carnal abusivo, los que sustentaron, la modificación de la situación fáctica y los cargos.*”¹⁰⁸ (Resaltado propio).

En relación con la supuesta contradicción que según el Fiscal Delegado existió en la entrevista rendida por la menor de edad, debe advertirse que lo que se discute y el asunto en el cual se concentra esta Sala consiste en la prohibición de celebrar preacuerdos ante delitos de violencia sexual cometidos contra menores de edad, dispuesta en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 y, esa entidad no allegó ningún material probatorio que sustente esa afirmación, a pesar de que esta Sala requirió las pruebas que fundamentaron el cambio del tipo penal de manera específica mediante el Auto del 16 de agosto de 2018. Al contrario, las pruebas obrantes en el expediente permiten constatar que los elementos materiales probatorios y la evidencia física fue la misma que sustentó la imputación y acusación y, por consiguiente, se insiste no se evidencia el fundamento razonable y material que motivó el cambio del tipo penal.

Las consideraciones precedentes permiten evidenciar *per se* que en el presente caso se incurrió en la vulneración al debido proceso por haberse incurrido en un defecto sustantivo y en el desconocimiento del precedente, lo que conduce a tener que dejar sin efecto la Sentencia que aprobó el preacuerdo, y declarar la nulidad del mismo. Sin embargo, esta Sala debe pronunciarse también respecto a los defectos específicos enunciados, en consideración a la gravedad de los hechos que suscitan el presente pronunciamiento, consistentes en un delito de violencia sexual cometido contra una niña de 8 años, campesina y de escasos recursos económicos, en el cual incurrió el docente que estaba a su cargo, someténdola a una situación de desequilibrio y temor. No sin antes precisar que, aun cuando no se hubiese incurrido en los defectos precisados a continuación, se habría incurrido en la contradicción del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006.

7.3.3. Defecto procedimental: Este defecto se genera, primero, por cuanto existió una indebida defensa técnica de la menor de edad agenciada y, segundo, en atención a que la víctima no fue debidamente notificada en el transcurso del proceso penal. Consideraciones que derivan también en el desconocimiento del derecho fundamental a la participación plena y efectiva de la víctima en la realización del Preacuerdo.

- La jurisprudencia constitucional ha determinado que resulta posible alegar una *indebida defensa técnica* siempre y cuando se corrobore, entre otros, que (a) el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencias del 30 de enero y 15 de febrero de 2018, (radicados 96135 y 96138).

a una estrategia procesal o jurídica; (b) dicha situación tiene efectos procesales relevantes; y (c) que los mismos no son atribuibles a quien la alega¹⁰⁹.

En el presente caso (a) el representante para la defensa de la víctima, a pesar de que existe una norma claramente exigible (artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006), no solicitó su aplicación ante la realización del preacuerdo, ni presentó el recurso de apelación procedente contra la Sentencia que lo avaló. Al contrario, en el proceso constitucional respaldó la realización de dicha negociación, a pesar de que él era el llamado a defender y buscar la protección de los derechos de la menor de edad víctima.

En consecuencia, el preacuerdo se realizó y aprobó el preacuerdo sin una consideración mínima sobre la aplicación de esta norma, vigente al menos desde hace 12 años y de conocimiento pleno, no solo por parte de Jueces y Fiscales, sino también por parte de quienes representan jurídicamente los derechos de menores de edad en los procesos penales. Si bien la obligación de los defensores públicos, al igual que la de cualquier abogado es de medios y no de resultados, sí debe existir el despliegue de una actuación mínima por parte de quien fungió en el proceso como representante de la víctima, que buscara la protección de los derechos de su representada.

(b) La falta de defensa técnica en el presente caso condujo, en parte, a que no fuese estudiada la procedencia del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia, se realizara y aprobara el preacuerdo, sin un estudio mínimo de la prohibición contemplada en dicha norma.

(c) Finalmente, las consecuencias de la falta de defensa técnica de ninguna manera pueden ser atribuidos a la agenciada, pues, primero, se trataba de solicitar la aplicación de una norma cuyo obligatorio conocimiento es para los Fiscales, Jueces y abogados, pero no para la menor de edad ni para su representante legal, quienes no tienen los estudios para ejercer su defensa jurídica por cuenta propia. Al contrario, es a los mencionados profesionales del derecho a quienes correspondía proteger y respaldar sus derechos fundamentales vulnerados. En contraste, el representante de la víctima manifiesta que prueba de que la madre de la víctima estuvo de acuerdo con el proceso es que no presentó ningún recurso, cuando era él quien, con los conocimientos jurídicos que tiene por su profesión, debió adelantar una debida defensa técnica.

Carece de sentido que el defensor de la víctima le atribuya responsabilidad respecto a la indebida defensa técnica a la madre de la menor de edad por supuestamente haber cambiado de número de celular, pretendiendo alegar criterios formalistas como el hecho de que los usuarios de la Defensoría del Pueblo están sujetos al Formato de Derechos y Obligaciones (formato SD-PO2-F18), en el cual se establece que “*el servicio de Defensoría Pública será retirado por no actualizar permanentemente la información relacionada con domicilio y el teléfono*”, si, como el mismo lo manifiesta, la comunicación con

¹⁰⁹ Sentencia T-309 de 2013, T-654 de 1998 y T-544 de 2015, entre otras.

la madre de la menor de edad era compleja debido a la debilidad de la señal en el sector y a la lejanía de su residencia, ello evidencia un factor más de vulnerabilidad de la representada y le exigía aun mayor diligencia en el ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, no se puede alegar, como él lo hace, que la asesoría y la asistencia a las víctimas o usuarios son funciones que debe cumplir de acuerdo con su “*disponibilidad de tiempo*”. Ante sujetos de especial protección constitucional, deben agotarse todos los mecanismos de defensa judicial que estén al alcance para garantizar la efectividad de sus derechos.

- ***Indebida notificación***: al expediente no se allegó constancia de que la representante legal de la menor de edad hubiese sido correctamente notificada del proceso. Según el mismo defensor de la víctima informó, él no logró comunicación con ella sino en una sola ocasión que tuvo lugar “(...) *dos días después de realizarse la Audiencia de Aprobación de preacuerdo, es decir, el día 02 de septiembre de 2017*”. Afirmación concordante con lo indicado por la representante legal de la menor de edad quien manifestó ante esta Sala que la comunicación con el representante de víctimas fue nula y, de hecho, precisó que no tuvo conocimiento del preacuerdo ni de las consecuencias del mismo. Lo anterior evidencia, además de que el representante de la víctima no tenía el aval para manifestar su aquiescencia con dicha negociación, el desconocimiento de la representante legal de la víctima de las diferentes etapas del proceso penal, lo que obstaculizó su posibilidad de defensa.

El representante de la víctima no puede excusarse de las funciones que le correspondían alegando que el Juez y la Fiscalía debían adelantar las acciones para ubicar y notificar a la representante legal, pues no hay prueba de que el mencionado abogado haya siquiera puesto en conocimiento de estos funcionarios el supuesto cambio de celular de dicha ciudadana. En todo caso, cabe destacar que por parte de la Fiscalía, a lo sumo, existe en el expediente la copia de tres mensajes de texto remitidos a un número de celular, en uno de estos, de fecha 28 de agosto de 2017, se informó que ese mismo día se llevaría a cabo audiencia de preacuerdo. Si se tenía conocimiento de las dificultades de la agenciada y de su representante legal para desplazarse desde el lugar en que residen, se debieron agotar a tiempo las medidas pertinentes para la notificación efectiva.

Esta Sala de Revisión pudo lograr su vinculación y notificación en el presente proceso por medio del despacho comisorio realizado gracias al Juzgado Municipal del Paujil, gestión que también pudo adelantarse en el proceso penal y, sin embargo, sin una mínima diligencia, no se hizo.

- ***Desconocimiento de la participación real y efectiva de la víctima***: debe advertirse que la participación de las víctimas en el preacuerdo no implica afectar las facultades de investigar y acusar que le corresponden a la Fiscalía, conforme se ha señalado por la Corte Constitucional al determinar que “*la intervención de la víctima en esta etapa resulta de particular trascendencia para controlar el ejercicio de una facultad que envuelve un amplio poder*

discrecional para el fiscal, sin que con ello se afecte su autonomía ni el ejercicio de las funciones que le son propias”. Sin embargo, también es cierto que la participación de las víctimas en el preacuerdo es una garantía constitucional que resulta de especial importancia en el marco del proceso penal en esta etapa, pues se trata de una vía judicial que, como en el presente caso, puede conducir a la terminación del mismo. En este caso, ni la víctima ni su representante legal pudieron manifestar su opinión, aun cuando ante la posible realización de la negociación, la Corte Constitucional ha insistido en que la víctima debe ser *“oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo”*¹¹⁰. La inconformidad de la representante legal de la agenciada evidencia que su participación real y efectiva y con la correcta asesoría y defensa técnica, habría permitido oponerse al preacuerdo o impugnar la Sentencia y promover, en la oportunidad correspondiente, el incidente de reparación integral (artículos 80, 102, 176, 351.6 de la Ley 906 de 2004).

7.3.4. Violación directa de la Constitución: Todas las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales conllevan en sí mismas un quebrantamiento de la Carta Fundamental. Los defectos analizados en esta providencia contradicen, particularmente, el artículo 44 Superior y los tratados internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad, que exigían tener en consideración el principio del *interés superior del menor de edad* como un eje central de interpretación de la Ley y la protección especial contra delitos que afecten su libertad, integridad y formación sexual, que en el caso de las niñas, tiene una connotación de género, por las condiciones de discriminación que han afrontado las mujeres históricamente. La familia, la sociedad y el Estado eran los llamados a proteger a la agenciada ante el delito de violencia sexual cometido en su contra y, si bien su madre y representante legal activó el inicio del proceso penal, conforme correspondía, lo cierto es que tanto las entidades públicas responsables de continuar con el proceso como quien fue designado como representante de la víctima, desconocieron el alcance de la protección que se requería y se exige por la Constitución Política, los instrumentos jurídicos internacionales y la ley.

Lo anterior, a pesar de que la menor de edad al momento en el que fue víctima del delito de violencia sexual se encontraba expuesta a diversas condiciones de vulnerabilidad. Se recuerda que para entonces tenía 8 años, proviene de una familia campesina residente en el sector rural, la cual carece de recursos económicos. A lo que se agrega la situación de desequilibrio a la que fue expuesta y el temor causado por su agresor quien, siendo docente de la institución en la que ella estudiaba, era el encargado de velar por su protección, sin embargo, en contraste con esta obligación, aprovechó su posición e incurrió en la conducta delictiva. La suma de todos estos factores de desigualdad y el contexto en el que fue cometido el delito contra sus derechos a la libertad, integridad y formación sexual, evidencian la interseccionalidad de múltiples

¹¹⁰ la Corte Constitucional estudió los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004 por medio de la Sentencia C-516 de 2007 y los condicionó en el entendido de que *“la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo”* (negritas y subrayado fuera de texto).

factores de discriminación, criterio jurídico que denota la grave afectación de las garantías constitucionales consagradas en favor de la niña y, a su vez, la obligación de asumir medidas, necesarias y adecuadas, para lograr el respeto y la protección de las mismas.

En el marco jurídico internacional se ha reconocido que “(l)a intersección de la dominación masculina con la raza, el origen étnico, la clase, la casta, la religión, la cultura, el lenguaje, la orientación sexual, la condición de migrante o de refugiada y la discapacidad – frecuentemente denominada “interseccionalidad”– opera en muchos niveles en relación con la violencia contra la mujer. La discriminación múltiple moldea las formas de violencia que experimentan las mujeres. **Determina que algunas mujeres tengan más probabilidad de ser blanco de determinadas formas de violencia porque tienen una condición social inferior a la de otras mujeres y porque los infractores saben que dichas mujeres tienen menos opciones de obtener asistencia o formular denuncias.**”¹¹¹ (Resalta la Sala). En el presente caso, la interseccionalidad de factores estructurales de desigualdad, expusieron a la niña a delicadas condiciones de vulnerabilidad y, por consiguiente, las autoridades debían tener en cuenta la gravedad de la lesión y las condiciones en que se encontraba la menor de edad en procura de que en el proceso penal se hiciera efectivo el respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales comprometidos.

No obstante, la actuación del sujeto pasivo en el presente asunto condujo a desconocer las garantías superiores incorporadas en el ordenamiento jurídico en favor de la agenciada. Se recuerda que estas garantías constitucionales se han ido desarrollando, en procura de que el Estado pueda contrarrestar los delitos de violencia sexual cometidos contra los menores de edad que, en el caso de las niñas, exige especial cuidado por el factor de discriminación al que *per se* están expuestas derivado del género. Por consiguiente, no resulta posible desconocer los desarrollos que se han implementado en el ordenamiento jurídico para lograr dicha protección (como el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006). Punto respecto al cual debe recordarse que el desconocimiento de las obligaciones de las autoridades judiciales relacionadas con la protección de las mujeres, ya sea por indiferencia o por el desconocimiento de su obligación de no discriminación, puede generar responsabilidad a cargo del Estado, conforme se indicó en la Sentencia T-735 de 2017. La impunidad promueve la repetición de este tipo de agresiones, que pueden tornarse sistemáticas y, a la vez, generar desconfianza y temor de las víctimas a denunciar. Por consiguiente, se “reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia”¹¹². Consideración de mayor gravedad cuando en un caso concreto se produce la interseccionalidad de diversos factores de vulnerabilidad, como sucedió en el presente caso.

Puntualmente, en relación con cada una de las partes que compone el sujeto pasivo, debe advertirse lo siguiente:

¹¹¹ ONU, “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”.

¹¹² Sentencia T-735 de 2017.

En relación con la *Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá)*, si bien esta entidad gozaba de cierta discrecionalidad en el proceso penal bajo estudio para definir el tipo penal, lo cierto es que la menor de edad fue víctima de un delito de violencia sexual y, por ende, dicha entidad debió asegurar su protección integral y un trato digno y respetuoso de sus garantías Constitucionales y Legales. En contraste, esta entidad desconoció una garantía establecida en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos a la libertad, integridad y formación sexual señalada en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, el precedente constitucional y ordinario dictado al respecto y, aunado a ello, incurrió en afirmaciones contrarias a la dignidad de la menor de edad agenciada.

Afirmar, como lo hizo dicho ente investigador que la niña “*expresó su consentimiento frente a los hechos que se enrostran judicialmente*” y que en su contra se incurrió en la conducta delictiva en una sola ocasión, resulta lesivo contra los derechos fundamentales de la menor de edad establecidos en la Constitución Política artículo 44 Superior y los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, disposiciones que exigían un trato digno y respetuoso de la agenciada. Está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano considerar el consentimiento o la desaprobación de la víctima como prueba para descalificar o atenuar un delito de violencia sexual, debido a que la víctima se encuentra en condición de vulneración e indefensión y, en todo caso, los menores de edad tienen viciado su consentimiento. Situación que es palmaria en el presente caso por la edad de la víctima y por las diversas condiciones de vulnerabilidad a las que fue expuesta, que fueron agravadas por el desequilibrio y el temor que le fue causado por su agresor debido a que era un docente de la institución en la que ella estudiaba quien incurrió en la conducta. Se recuerda que la Corte Penal Internacional¹¹³ estableció en los *Principios de prueba en casos de violencia sexual* que: “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.*”

Adicionalmente, de ninguna manera puede advertirse que el hecho de que solo en una oportunidad el señor HMV hubiere incurrido en los tocamientos manifestados por la menor de edad ADGV en la entrevista forense, implica que no se haya incurrido en el delito imputado y por el cual posteriormente se formuló la acusación. Este tipo de afirmaciones re-victimizan a la agenciada y desconocen que la frecuencia o la reincidencia no implican que el delito no se

¹¹³ Adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002.

haya cometido y, por ende, no pueden ser un fundamento para cambiar el tipo penal.

En relación con el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá)*, se advierte que en virtud del interés superior del menor y del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, debió garantizar la protección de los derechos fundamentales comprometidos. En este sentido, se destaca que el juez de conocimiento tenía la obligación de respetar los derechos fundamentales de todas las partes del proceso penal y, en especial, de la menor de edad, por las condiciones de vulnerabilidad a las que se encontraba expuesta. Se recuerda que *“corresponde a los funcionarios judiciales que intervienen en la investigación y juzgamiento de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes desplegar todos los recursos y medios disponibles a efectos de establecer la verdad, realizar un investigación integral y oportuna de los hechos que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial o de oficio, cuidando en la actividad de recaudo probatorio de atender siempre al interés superior del menor y el respeto a su dignidad humana, evitando cualquier acto que conduzca a su revictimización.”*

Adicionalmente, el Juzgado accionado advierte que el cambio del delito también se justificó en la ausencia de material probatorio para demostrar que la menor de edad agenciada fue víctima de *“acceso carnal”* (artículo 208 de la Ley 599 de 2000). Sin embargo, lo cierto es que el delito por el cual se inició el proceso y continuó hasta la formulación de acusación fue el de *“acto sexual abusivo en menor de 14 años”* (artículo 209 de la Ley 599 de 2000), con la circunstancia de agravación punitiva consistente en que *“el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”* (artículo 211.2 de la Ley 599 de 2000), delito que fue modificado, mediante el preacuerdo, por la conducta punible de *“acoso sexual agravado”* (artículo 210 A de la Ley 599 de 2000). En consecuencia, conforme lo manifiesta el Juzgado insistentemente, es cierto que el material probatorio recaudado no evidenció, en criterio de la Fiscalía, que el delito cometido fuera el de *“acceso carnal”*, este delito no fue objeto de imputación ni fue en consideración a este que se formuló la acusación. Se insiste, las pruebas existentes en el proceso le permitieron al ente investigador constatar que contra la agenciada se cometió el delito de *“acto sexual abusivo en menor de 14 años con circunstancia de agravación punitiva”* y no se adjuntaron pruebas adicionales que sustentaran la decisión del ente investigador para modificar el delito al de *“acoso sexual”*.

Se advierte que el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 era una garantía para la protección la dignidad humana de la menor de edad agenciada, debido a que habría permitido el respeto y protección de sus derechos fundamentales a la verdad, a la justicia y a la reparación. Igualmente, habría permitido garantizar su igualdad real y efectiva, pues no se la podía exponer a un proceso penal ordinario, como procedía en criterio del Juez Promiscuo Municipal de Puerto Rico (Caquetá). Se reitera que los derechos de la agenciada, por ser menor de edad, son *“prevalentes”* (artículo 9º Ley 1098 de 2006) y, en esa medida, en

caso de que surgiera una duda o dos interpretaciones posibles respecto al alcance de una norma debió aplicarse la que fuese más favorable para ella.

Lo anterior tiene mayor alcance por las particulares condiciones de vulnerabilidad de la agenciada, factores de discriminación a los que está expuesta, no solo por su corta edad, su género, su residencia en un sector rural y su situación socioeconómica, sino además porque en su contra se cometió una agresión sexual, actuación desplegada por el docente de su escuela, quien aprovechó su posición y la desigualdad existente, para ponerla en condición de indefensión, lesionando sus derechos a la libertad, integridad y formación sexuales. En esa medida, se constata que se trata de una persona en estado de grave debilidad manifiesta, vulnerabilidad y de un sujeto de especial protección constitucional. Por consiguiente, dicha interseccionalidad exigía al juez de conocimiento especial cuidado y diligencia en el ejercicio de sus funciones, en procura del respeto, garantía y protección de los derechos de la víctima.

En concordancia el *representante de la víctima*, en ejercicio de los conocimientos técnicos de su profesión, conforme se indicó previamente, debió velar por la protección de las delicadas garantías que se vieron comprometidas en el proceso, realizando al menos la correspondiente asesoría efectiva a la representante legal de la víctima para que tuviera conocimiento sobre alcance de los derechos de la agenciada.

Si bien es cierto que la aplicación del interés superior del niño que le asiste a la agenciada no es absoluto, sí exigía a la Fiscalía, al Juez y al defensor de la víctima, abstenerse de desconocer el alcance de la garantía legal reconocida en su favor mediante el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia, era su responsabilidad asumir las medidas correspondientes y la protección ante los “*riesgos prohibidos*” para los menores de edad, la cual implica resguardar a los niños, niñas y adolescentes frente a condiciones que amenacen su desarrollo armónico y generen violencia física y moral.

Adicionalmente, la connotación de género de este caso tiene una protección reforzada, en consideración a que la violencia sexual contra las mujeres, cuando es cometida **aprovechando la vulnerabilidad que se predica erróneamente de su sexo** en ciertos contextos sociales, constituye una violación del derecho a la igualdad y evidencia la discriminación contra la misma¹¹⁴. En este caso, se debieron garantizar medidas de prevención e investigación y, ante las pruebas allegadas, no se adelantó el debido proceso en procura de garantizar su reparación.

Así las cosas, a continuación se ordenará revocar la Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 22 de febrero de 2018, mediante la cual declaró improcedente la tutela y, en consecuencia, revocó la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá), Sala Única de Decisión, el 5 de diciembre de 2017, mediante la cual se había accedido a las pretensiones de la demanda. En consecuencia, se

¹¹⁴ Sentencia T-843 de 2011.

concederá la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la menor de edad ADGV.

En consecuencia, se ordenará dejar sin efectos jurídicos la Sentencia dictada por el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) el 31 de agosto de 2017 y el preacuerdo aprobado mediante dicha providencia, el cual fue realizado el 28 de agosto de 2017, entre la Fiscalía 17 Seccional Delegada ante los Jueces del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensora pública del procesado, el señor H MV, condenado por el delito de acoso sexual agravado en menor de 14 años y el representante de la víctima. Por consiguiente, deberá adelantarse el proceso penal desde la etapa previa a la realización del preacuerdo y acatar lo dispuesto en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

En este punto debe establecerse, siguiendo la Sentencia T-794 de 2007 y en consideración a las particularidades del caso concreto, que en el nuevo proceso que se lleve a cabo en cumplimiento de esta decisión, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros de protección de la dignidad e intimidad de la agenciada, dentro del proceso penal:

- 1) El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición y se de aplicación del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006.
- 2) El derecho a la menor de edad agenciada y a su madre y representante legal a estar asistidas en todo momento por un abogado.
- 3) El derecho a ser notificada de manera oportuna y efectiva, por el medio que resulte más expedito, teniendo en consideración que reside en el sector rural y, por ende, se presentan dificultades para desplazarse por la distancia y por los costos que implica el transporte.
- 4) El derecho a participar y expresar sus opiniones y preocupaciones, a ser escuchada, y a que se le comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos, por medio de su representante legal.
- 5) El derecho a ser tratada con respeto durante todo el proceso judicial. En esa medida, las autoridades judiciales deberán abstenerse de actuar de manera discriminatoria, por medio de sus actos o mediante el lenguaje utilizado. Por consiguiente, deben tener en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra, debido al delito cometido contra su integridad, libertad y formación sexual y por los demás factores de desigualdad a los que está expuesta.
- 6) El derecho a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a la revictimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor u ordenar la práctica de exámenes o pruebas

ya practicados, que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad.

7) El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen.

8) El derecho a ser protegida contra toda forma de coerción, violencia o intimidación.

9) El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima.

10) El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en la vida íntima de la víctima.

Igualmente, se advertirá al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), a la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) y al representante de la víctima Iván Francisco Ortiz, sobre el alcance del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, del precedente Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a las consideraciones de esta providencia (acápites 7.3.1. y 7.3.2.).

Finalmente, es deber de esta Sala poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación que en la denuncia y en la entrevista realizadas en el proceso penal del 22 de septiembre y 9 de octubre de 2015 la representante legal de la menor de edad, señora MAVN, manifestó que en una conversación sostenida con el señor H MV en el plantel educativo, el afirmó que, previamente, había incurrido en actos sexuales con menores de edad, en instituciones que había trabajado previamente en el cargo de docente. Lo anterior, en procura de que la entidad estudie y analice dichas circunstancias y, posteriormente, si lo considera pertinente, inicie las investigaciones a que haya lugar de conformidad con sus competencias constitucionales y legales.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 22 de febrero de 2018, mediante la cual declaró improcedente la tutela y, en consecuencia, revocó el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá), Sala Única de Decisión, el 5 de diciembre de 2017, mediante la cual se había accedido a las pretensiones de la demanda. En consecuencia, **CONCEDER** la tutela de los

derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la menor de edad ADGV.

SEGUNDO. ORDENAR, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS** la Sentencia dictada por el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) el 31 de agosto de 2017 y el preacuerdo aprobado mediante dicha providencia, el cual fue realizado el 28 de agosto de 2017, entre la Fiscalía 17 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), la defensora pública del procesado, el señor H MV, condenado por el delito de acoso sexual agravado en menor de 14 años y el representante de la víctima. Por consiguiente, deberá adelantarse el proceso penal desde la etapa previa a la realización del preacuerdo y acatar lo dispuesto en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

TERCERO. ADVERTIR al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), a la Fiscalía 17 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) y al representante de la víctima Iván Francisco Ortiz, sobre el alcance del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, del precedente Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a las consideraciones de esta providencia (acápites 7.3.1. y 7.3.2.).

CUARTO. PONER EN CONOCIMIENTO de la Fiscalía General de la Nación que en la denuncia y en la entrevista realizadas en el proceso penal del 22 de septiembre y 9 de octubre de 2015 la representante legal de la menor de edad, señora MAVN, manifestó que en una conversación sostenida con el señor H MV en el plantel educativo, el afirmó que, previamente, había incurrido en actos sexuales con menores de edad, en instituciones que había trabajado previamente en el cargo de docente. Lo anterior, en procura de que la entidad estudie y analice dichas circunstancias y, posteriormente, si lo considera pertinente, inicie las investigaciones a que haya lugar de conformidad con sus competencias constitucionales y legales.

QUINTO. ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación, a los jueces de instancia y a las demás autoridades que conocieron de esta providencia que tomen las medidas adecuadas, con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de la menor de edad AGDV.

SEXTO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General