

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE A APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL

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

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Aplicación

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002-Aplicación del principio de oportunidad

(i)Se trata de un principio que se aplica mediante figuras procesales tales como las preclusiones que profiere la fiscalía cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) constituye “un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontanea de todo sistema penal”; (iii) permite simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (iv) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría a la Fiscalía, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES-Aplicación exige una conciliación entre los derechos de las víctimas y el interés del menor infractor

RESOLUCION 4155 DE 2016-Carácter reglado del principio de oportunidad cede cuando de por medio se encuentran adolescentes, destinatarios de un trato diferente a los adultos

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES-Respecto de menores de edad, la privación de la libertad es una medida excepcional

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Ponderación

El principio de oportunidad solo puede aplicarse mediante la ponderación de los intereses del Estado, de la sociedad y de los intervinientes del proceso penal, con particular cuidado cuando estos son menores de edad; desde esta perspectiva, la Fiscalía determino que “la aplicación del principio debe de fundarse en los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales son propios de la técnica de ponderación, la cual, presume el respeto por el principio de la justicia”

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del numeral 8 del artículo 199 Código de Infancia y Adolescencia en proceso penal, por tratarse de dos adolescentes

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL-Niveles de intensidad

PROCESO PENAL DONDE SE ENCUENTRAN INMERSOS MENORES DE EDAD-Debe analizarse cada caso para determinar si resulta factible la alternatividad penal para aplicación del principio de oportunidad

Referencia: expediente T-6.683.098

Acción de tutela interpuesta por Guillermo Pardo Piñeros en calidad de Procurador 7 Judicial II de Familia de Bogotá en nombre de la menor G.G.G. contra el Juzgado 2 Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, José Antonio Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien preside, en uso de sus facultades constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

## A. LA DEMANDA DE TUTELA

El veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) el señor Guillermo Pardo Piñeros, en su calidad de Procurador Séptimo Judicial II de Familia de Bogotá, interpuso acción de tutela en favor de la menor G.G.G.[1] y en contra del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá. En dicho proceso fueron vinculados el Juzgado Primero Penal para Adolescentes de Conocimiento y los Juzgados Tercero y Cuarto Penales para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá. El fin de la acción es que le sea protegido el derecho fundamental al debido proceso y se haga efectiva la protección constitucional de niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas punibles que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual.

## B. HECHOS RELEVANTES

1. La señora C.J.G.V., actuando como representante legal de la entonces menor G.G.G.[2] presentó denuncia el dieciocho (18) de junio de dos mil trece (2013), en contra del joven M.A.L.P. – hoy mayor de edad – por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.
2. El cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, ante el Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá[3].
3. Para el veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017), se programó audiencia de acusación en el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento, la cual fue suspendida y reprogramada para el quince (15) de junio del mismo año[4], como consecuencia de la ausencia del imputado y su defensor judicial.
4. El quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017), se reanudó la audiencia de acusación por parte del Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento, en donde se reconoció la calidad de víctima a la menor G.G.G.[5], previo a hacer efectiva la solicitud de aplazamiento de audiencia por parte de la Fiscalía, como consecuencia de que se había programado una audiencia de aplicación del principio de oportunidad fechada para el veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017) ante el Juzgado Tercero Penal para

## Adolescentes con Función de Control de Garantías.

5. En la audiencia del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), la Fiscalía General de la Nación solicitó al Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento avalar la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad con fundamento en el artículo 174 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, según el cual las autoridades tendrán como principio rector de aplicación preferente este beneficio dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y atendiendo al cumplimiento de los requisitos establecidos en el numeral 12 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, en atención a que las relaciones sexuales entre los dos menores de edad fueron consentidas[6], la víctima y sus representantes no quieren continuar con la acción penal[7] y el adolescente infractor ha asistido a cursos pedagógicos sobre el tema[8].

6. Luego de escuchar al ente fiscal, al Ministerio Público, al Defensor de Familia y a los representantes de la víctima, el Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento declaró la legalidad y procedencia de la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de extinción de la acción penal en favor de M.A.L.P., quien era menor de edad al momento de cometer la conducta[9].

7. Como consecuencia de ello, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de extinguir la acción penal[10], mediante el cual argumentó que el despacho de primera instancia había omitido valorar que el numeral 3º del artículo 199 del Código de la Infancia y de la Adolescencia prohíbe la aplicación del principio de oportunidad, cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes, así como los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema[11].

8. El veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá decidió confirmar la decisión tomada por parte del Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá[12], en atención a que la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad en el caso en concreto se fundamenta en la ponderación existente entre la finalidad especial y diferenciada que tiene la Jurisdicción de Responsabilidad Penal para Adolescentes

y el principio de interés superior de los menores de edad[13].

9. Frente a esta situación, el veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), el Procurador Guillermo Pardo Piñeros presentó acción de tutela con el fin de que se protejan los derechos de G.G.G., los cuales considera vulnerados con ocasión del actuar desplegado por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá y los demás juzgados vinculados al validar el otorgamiento de beneficios amparados en el principio de oportunidad.

10. Manifestó que la afectación de los derechos fundamentales incoados, devienen de la inobservancia e inaplicación del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, que impedía la aplicación del principio de oportunidad en el delito investigado. También resaltó que el argumento de no revictimización de la menor, expuesto para justificar la procedencia de la aplicación de este principio, desconoce lo dispuesto en los artículos 192 a 198 del mismo Código.

11. Por último, recalcó que las providencias judiciales que aprobaron el recurso al principio de oportunidad desconocieron el precedente establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, concretamente el Auto N°. 44.102 de 2014 y el Auto N°. 47.826 de 2017.

#### C. RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES ACCIONADAS Y TERCEROS CON INTERÉS

Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con función de conocimiento de Bogotá

12. La titular del despacho realizó una reseña procesal de la audiencia en la que se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público desarrollada el veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), previo a señalar que el principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) se encuentra limitado por el interés superior del menor infractor de la Ley penal[14], por lo que en las circunstancias del caso no se avizora vulneración alguna de los derechos fundamentales de las partes al aprobar el otorgamiento de beneficios derivados del principio de oportunidad y, por esto, solicita se declare improcedente la acción de tutela.

Juzgado Primero Penal para Adolescentes del Circuito Judicial de Bogotá D.C. con Funciones de Conocimiento

13. El titular del despacho, realizó un recuento de los hechos que suscitaron la acción de tutela. Resaltó que para el quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017) remitió el “dossier” al Centro de Servicios de los Juzgados Penales para Adolescentes, por lo que concluye que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados y por consiguiente solicita su desvinculación del proceso de tutela.

Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes Con Función de Control de Garantías de Bogotá

14. La juez hizo una recapitulación de los hechos atinentes al proceso penal bajo estudio, en lo relativo a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad en favor del adolescente M.A.L.P. Insistió en que el actuar desplegado por la misma se encuentra acorde a los presupuestos legales y constitucionales que regulan la materia.

Fiscalía Veinticinco Delegada ante los Juzgados Penales Municipales, Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes

15. La fiscal delegada adujo que su actuar no vulneró los derechos fundamentales de la víctima dentro del proceso en revisión. Para ello, expuso el marco normativo que regula lo atinente al principio de oportunidad, la finalidad de la jurisdicción penal para adolescentes[15] y la aplicabilidad de este principio en el proceso penal. Por lo anterior, solicitó no dejar sin efectos el Auto del veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), emitido por el Juzgado Segundo Penal con Funciones de Conocimiento.

Vinculaciones

16. La Magistrada, María Stella Jara Gutiérrez, vinculó al proceso de tutela al fiscal Óscar Rosato Rojas, a los defensores de familia Alcibíades Serrato y Luz Ángela Segura; al abogado Fabián Mauricio López Caicedo, al señor A.G.A. (padre de G.G.G.) y a las señoras C.J.G. (madre de G.G.G.); y F.A.P. (madre del joven M.A.L.P.)[16], pero los mismos no allegaron pronunciamiento alguno sobre los hechos del libelo.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2017)

17. La Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó la tutela interpuesta por el Procurador Séptimo Judicial II de Familia, quien actuaba en nombre de la entonces menor G.G.G.

18. Una vez realizado el recuento procesal penal, el a quo concluyó que la decisión emitida el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. fue proferida bajo un razonamiento hermenéutico que no resulta caprichoso por parte de la funcionaria judicial.

19. Con base en lo anterior y sumado a lo establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que las discrepancias interpretativas no son violatorias de los derechos fundamentales, concluyó que la tutela no es un recurso para impugnar providencias judiciales, por lo que decidió negar la tutela[17].

#### Impugnación

20. El señor Guillermo Pardo Piñeros, en calidad de Procurador Séptimo Judicial II de Familia de Bogotá, impugnó el fallo de primera instancia, argumentando que la jueza accionada vulneró los derechos de la entonces menor G.G.G., al no aplicar de manera íntegra las normas sustanciales que regulan la materia, como es el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia[18], y por desconocer el precedente señalado por la Corte Suprema de Justicia.

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el veintisiete (27) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

21. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, tutelar el derecho al debido proceso de la entonces menor G.G.G. dentro del proceso penal que cursa en contra del joven M.A.L.P. Concluyó el ad-quem que se había incurrido en un defecto sustantivo al (i) haber inobservado la norma pertinente, y (ii) al fijársele el alcance de una norma, desatendiendo otras disposiciones

aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática[19].

22. Adicional a ello, el ad-quem resaltó que se había desconocido el precedente judicial establecido en las sentencias de la Corte Constitucional[20] y la Corte Suprema de Justicia[21], en donde se ha dispuesto que el principio de oportunidad no procede, cuando los delitos afecten la integridad, libertad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, pues allí, el Estado debe continuar la investigación penal hasta el final.

#### E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

23. Mediante Auto del (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018), el Magistrado Sustanciador, decretó pruebas en sede de revisión, con el fin de allegar al proceso elementos de juicio relevantes para éste, con fundamento en lo estipulado en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional. En consecuencia, en la providencia referida se resolvió lo siguiente:

PRIMERO. OFICIAR al Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá y al Juzgado Primero Penal para que allegue al despacho:

(a) En calidad de préstamo, el expediente del proceso penal que se encuentra bajo estudio, relativo al punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y aplicación del Principio de oportunidad, en donde el procesado es el joven M.A.L.P.

(b) Informe la cantidad de procesos penales llevados a cabo en los cuales se haya dado legalidad y aplicación al principio de oportunidad en donde la víctima sea menor de catorce (14) años.

SEGUNDO. SOLICÍTESE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que emita concepto frente a los siguientes cuestionamientos:

- ¿Desde qué edad o momento se predica la capacidad para consentir actos sexuales?; ¿Se puede hablar de consentimiento sexual en jóvenes menores de catorce años?
- ¿Es la edad un criterio absoluto para determinar la capacidad de raciocinio y desarrollo para efectos de expresar consentimiento válido para efectos de las relaciones sexuales?;

¿Existen criterios adicionales a la edad para juzgar la capacidad de los menores de edad para consentir en lo relativo a las relaciones sexuales?

- ¿Tiene el ICBF información estadística relativa a la incidencia de las relaciones sexuales consentidas en jóvenes menores de 14 años? En ese caso, enviar dicha información
- ¿Tiene el ICBF información estadística acerca de la incidencia de menores de edad en delitos de acceso carnal abusivo respecto de otros menores de edad? En ese caso, enviar dicha información.
- ¿Qué ayuda, asesoría o asistencia presta el ICBF a los menores de edad que son víctimas o victimarios en delitos sexuales, en particular, en acceso carnal abusivo?

TERCERO. SOLICÍTESE a las facultades de psicología de la Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Universidad Javeriana; Universidad EAFIT; Universidad de la Sabana, Universidad de los Andes y a la Universidad Nacional para que expidan concepto médico-psicológico sobre:

- a) La capacidad de decisión para consentir actos sexuales en menores de edad
- b) ¿Cómo se ve afectada la capacidad de decisión, cuando el desarrollo sexual y hormonal en menores de catorce (14) años se da de manera temprana?
- c) ¿Desde qué edad se puede hablar de consentimiento en materia sexual?
- d) ¿Es la edad el único factor a tener en cuenta para efectos de la determinación de la consciencia y voluntad para el consentimiento en materia sexual?
- e) ¿Qué efectos psicológicos entraña en el menor de edad la sanción penal de los actos sexuales con otros menores de edad?

CUARTO. OFICIAR a la Fiscalía General de la Nación, para que:

- a) Informe el número de los procesos penales llevados a cabo por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años.

b) Envíe informe contentivo de los procesos penales por los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual con menor de 14 años y se haya solicitado dar cumplimiento a los beneficios preceptuados aplicando el Principio de oportunidad.

c) Envíe información estadística respecto de las denuncias, imputaciones, condenas y aplicación de principio de oportunidad en casos en donde la víctima sea un menor de 14 años y el punible agrede su integridad física y sexual.

d) Precise qué actuaciones, tratamientos y/o peticiones se realizan dentro del proceso penal ante los jueces de instancia por delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de 14 años, tendientes a solicitar como medida la no persecución penal, alternatividad penal y justicia restaurativa, cuando el procesado es un menor de edad. ¿En qué consisten dichas medidas alternativas?

QUINTO. REQUIÉRASE al Consejo Superior de Política Criminal y al Sistema Nacional de Coordinación de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SNCRPA–, para que:

a) Allegue concepto relativo a la aplicación del principio de oportunidad regulado en el Código de Procedimiento Penal respecto de los delitos sexuales cometidos en menores de edad a la luz del Código de Infancia y Adolescencia .

b) Precise si han examinado dichos Consejo y Sistema la oportunidad de la persecución penal de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de 14 años, cuando el acto sexual es consentido y se realiza con otro menor de edad.

c) Precise si cuentan con estadísticas respecto de las denuncias por actos sexuales con menores de 14 años y acceso carnal abusivo en los que se solicitan beneficios propios del principio de oportunidad y la manera como se tramitan dichas solicitudes respecto de dichos delitos. Se solicita enviar dicha información.

SEXTO. INVITAR a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y a la Federación Internacional Tierra de Hombres, para que emitan concepto sobre:

a) La manera como debe entenderse la prevalencia de derechos de los menores cuando en un proceso penal por Acceso Carnal Abusivo, tanto la víctima como el

victimario son menores de edad.

b) La aplicación del principio de oportunidad en delitos donde la víctima es un menor de catorce (14) años y el victimario es un menor de edad.

c) Las medidas preconizadas en materia de justicia restaurativa y alternatividad penal para los eventos en los que tanto la víctima, como el victimario de delitos sexuales son menores de edad.

24. Mediante oficio del seis (6) de junio del año en curso, la Secretaria General de la Corte Constitucional, informó y remitió al Magistrado sustanciador las respuestas a lo solicitado en el Auto fechado el (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018):

25. Respuesta del Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá[22]

(i) Con relación a la primera solicitud, informó que no conserva la custodia de los procesos; que, una vez realizada la diligencia procesal, se regresan al Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes, por lo que corrió traslado a la Juez Coordinadora y al Coordinador del Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes.

(ii) Respecto al segundo requerimiento, expone mediante un cuadro, el número de casos en los cuales se aprobó y no se aprobó la aplicación del principio de oportunidad[23].

26. Respuesta del Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá[24]

(i) Remitió, en calidad de préstamo, el expediente del proceso requerido en original.

(ii) De cara al segundo cuestionamiento, remitió copia de los oficios presentados por la Fiscalía en donde se solicitó la aplicación del principio de oportunidad del año 2016. Resaltó que en el 2017 no se encuentra archivo adicional al ya concedido en el caso del joven M.A.L.P. Por último, mencionó que para lo que va corrido del 2018 no se ha recibido solicitud relativa al principio de oportunidad.

## 27. Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)[25]

(i) En relación con el primer cuestionamiento, considera que las niñas y niños menores de catorce años no gozan de una suficiente capacidad de comprensión y valoración respecto del acto sexual, y por tanto, aunque presten su “consentimiento” para realizarlo o llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en condiciones de dominio y autocontrol propios.

(ii) Frente al segundo requerimiento, señala que legalmente una persona mayor de catorce años está en la capacidad de consentir un acto sexual, no obstante, se deben tener en cuenta factores asociados como la asimetría -edad, estatus y relaciones de poder- entre la víctima y el victimario, así como la coerción física y/o psicológica, el engaño, chantaje, manipulación, la etnia y las condiciones socioeconómicas.

Adicional a lo anterior, precisa que se debe tener en cuenta, el criterio de superioridad manifiesta al momento de determinar si una relación es consentida o no.

(iii) Relaciona un cuadro contentivo del número de procesos administrativos de restablecimiento de derechos por motivo de conductas sexuales entre menores de catorce entre el periodo comprendido entre el primero (1) de enero de 2016 y el treinta (30) de abril de 2018, por cada regional a nivel nacional.

(iv) Refiere, mediante cuadro estadístico establecido bajo los criterios de sexo, año y ciudad, el informe fechado desde el primero (1) de enero de 2016 hasta el treinta y uno (31) de marzo de 2018, en el cual se relacionan las cifras en donde incidieron menores de edad en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

(v) Por último, informa que en el tema de asesoría o asistencia que se presta a los menores de edad que son víctimas o victimarios en los delitos sexuales, su actuar se enmarca en el restablecimiento de los derechos de los mismos[26] con ayuda de un equipo técnico interdisciplinario conformado por profesionales en trabajo social, psicología y nutrición, quienes proceden a realizar la verificación del estado físico, psicológico, nutricional de los menores.

## 28. Respuesta de la Universidad Externado de Colombia[27]

(i) Respecto al primer cuestionamiento, manifiesta que la capacidad de consentir está determinada por el grado relativo de consciencia en términos de la claridad y la lucidez con los que el joven interpreta, expresa y controla las vivencias de sus deseos y vivencias sexuales. Aclara que la capacidad de consentir, está soportada en la información y formación clara y directa que prevea el mundo adulto encargado de la socialización del joven. También expone que desde el punto de vista neurológico con base en estudios previos, se ha demostrado que hay áreas del cerebro asociadas con impulsos apetitivos y sensaciones de placer y gratificación; los cuales tienen un desarrollo muy temprano por lo que la sexualidad es vista como una dimensión inherente al desarrollo y sostenimiento de la vida humana, la cual no actúa como impulso aislado sino más bien, concatenados e inscritos en los sistemas significativos, cultural y social que permiten la satisfacción dentro de una convivencia regida de normas de lo permitido y lo que no en materia sexual.

(ii) En respuesta al segundo interrogante, pone de presente que las diferentes acepciones que tiene la palabra edad[28] y con base en ello, expone que la edad es un referente contextual para tener en cuenta en el desarrollo de la autonomía personal del niño que no determina el comportamiento del mismo y que sencillamente ubica temporalmente el desarrollo del menor.

(iii) De cara a la tercera pregunta, recalcó que, aunque la sexualidad está influida por los procesos hormonales, estos no la determinan, pues son un factor que condiciona la función sexual, por lo que, además del desarrollo hormonal, se deben tener en cuenta las condiciones personales, familiares, educativas y sociales en las que se encuentre el niño.

(iv) Refiere la teoría del desarrollo moral de Lawrence Kohlberg (1992) para orientar el análisis del consentimiento en materia sexual, en donde se estableció tres niveles de desarrollo moral del niño; el primer nivel o moral pre-convencional, establece el juicio basado en las necesidades y percepciones de la persona (entre 4 y 10 años de edad), el segundo nivel o moral convencional, incluye las expectativas sociales y la Ley (entre 10 y 13 años); por último, el nivel moral post-convencional, en donde los juicios se basan en principios abstractos más personales que no están necesariamente definidos por normas sociales (13 años). A partir de esto, observa el concepto que la vulnerabilidad de los jóvenes está influenciada en sus experiencias biográficas en el desarrollo de la autonomía y capacidad de tomar decisiones; adicional a lo anterior, resaltó que la edad y la decisión en

materia sexual deben ser entendidas como un fenómeno que ocurre en una compleja red de características personales e influencias sociales, incluido el género, que moldean la decisión tanto para iniciar como para retrasar las relaciones sexuales.

(v) En respuesta al cuestionamiento número cinco, plantea como fin de la actuación estatal, la creación de una sociedad responsable con su comportamiento sexual y una educación basada en la confianza, el amor y la solidaridad para preservar la especie. De lo que concluye que los procesos punitivos y de sanción penal generan miedo, desconfianza y resentimiento en el menor de edad y no garantizan el desarrollo de su autocontrol. Resalta que la adolescencia es una etapa importante en la vida del ser humano, donde ocurren cambios que resultan muchas veces en determinantes y condicionantes en la madurez biológica y social del adulto.

29. Respuesta de la Universidad EAFIT[29]: Respondió los cuestionamientos partiendo de tres situaciones las cuales denominó como principios[30] y con base en ellas dio respuesta bajo los siguientes términos:

(i) Aduce que la capacidad para consentir o no de un menor es relativa, habida cuenta de que esta es “contingencial” y particularmente determinada por su estado mental, desarrollo psicosexual, historia sexual particular, educación brindada por la familia, escuela y sociedad, y la situación particular en la que los actos sexuales tengan lugar. Señaló que también depende de los procesos de construcción de su identidad sexual en relación con las pautas de crianza, religiosas, culturales y/o costumbres familiares.

(ii) Frente al segundo cuestionamiento, expresa que la edad cronológica no es el único factor determinante a efectos de consentimiento en materia sexual, en el entendido de que la madurez emocional y psicológica, los aspectos culturales y de educación sexual influyen en la toma de decisiones en materia sexual.

(iii) En cuanto a la tercera pregunta, manifiesta que la afectación varía de manera positiva o negativa y esto depende de las experiencias previas que haya tenido el menor de catorce (14) años en relación a su educación sexual y reproductiva y a su sexualidad.

(iv) Los efectos psicológicos de cualquier sanción en forma de censura social y/o simbólica (incluida la penal), varían de manera positiva o negativa dependiendo del nivel de

justicia percibida por el propio sujeto, sumado al contexto sociocultural que pauta la interpretación de lo permitido y prohibido respecto de los múltiples aspectos y actividades de la vida. Sostiene que los efectos de la sanción tienen como variable fundamental la justicia de la misma; en caso de no serlo, acarrearía efectos negativos tales como: (i) no asumir la responsabilidad de su acto, resignificando la experiencia y su capacidad efectiva de no incurrir en actos censurables, por estar fuera de la Ley; (ii) si la sanción es injusta, y el menor presenta alguna psicopatología, podría desencadenar un factor de mayor riesgo que conlleve al empeoramiento de su estado psicológico e incluso a ideaciones y/o conductas suicidas; a su vez, (iii) la sanción injusta genera fragmentación en las dinámicas familiares, creando alteraciones en la salud mental del menor; por último, (iv) el menor puede sufrir traumatismo en cuanto al reconocimiento de sí mismo como una persona digna, afectando el establecimiento de futuras relaciones interpersonales.

### 30. Respuesta de la Universidad de la Sabana[31]:

(i) En respuesta al primer cuestionamiento, mencionan que en la adolescencia, los procesos de toma de decisiones hasta ahora empiezan a desarrollarse, y en los casos de adolescencia temprana, son los padres y los pares los que tienen mayor incidencia en el adolescente, lo que indicaría que el adolescente temprano no genera procesos de toma de decisiones con base en criterio personal previamente formado, sino que será influenciado positiva o negativamente por los padres y/o pares. A su vez, destacan que dada la complejidad del tema, para la toma de decisiones se requiere un proceso madurativo en donde el adolescente analice de manera sistemática las consecuencias propias de la actividad sexual.

(ii) Con base en diferentes estudios, expresan que las decisiones en torno a la sexualidad, no están sólo determinadas por la edad, sino también por diferentes factores a nivel biológico, familiar, de pares, escolares y comunitarios los cuales influyen la decisión.

(iii) En lo referido al tercer interrogante, plantean que uno de los factores determinantes en el inicio de las relaciones sexuales se relaciona con la menarquia, en el caso de las niñas, y los cambios hormonales, en el caso de los niños, por lo que, cuando estos cambios se presentan de manera temprana, aumentan las probabilidades de que los

adolescentes muestren mayor interés por una sexualidad de forma temprana, comportándose como un factor determinante. Sin embargo, afirman que no hay relación directa entre la capacidad de decisión y el desarrollo sexual y hormonal temprano.

(iv) Finalmente, en respuesta al cuarto cuestionamiento, expresan que no es posible determinar una edad específica en la que se determine que una persona tiene la capacidad de consentir un acto sexual.

### 31. Respuesta de la Universidad de los Andes[32]:

(i) En respuesta a la primera pregunta, las docentes plantean como base los tres criterios propuestos por Ruth Dixon-Mueller: (i) la preparación fisiológica del cuerpo para la actividad sexual; (ii) las capacidades cognitivas, incluida su capacidad para tomar decisiones seguras, informadas y voluntarias; y (iii) los conceptos institucionalizados de “lo suficientemente maduro” para consentir que se reflejan en los marcos de referencia normativos. Partiendo de lo anterior, desde el primer aspecto se resaltó que las niñas menores de catorce (14) años, casi universalmente son demasiado jóvenes para iniciar actividad sexual penetrativa; que a partir de su primera menarquia, pueden estar físicamente preparadas para hacer transición hacia la actividad sexual a partir de los cuatro (4) años de haber iniciado su proceso de maduración sexual. En cuanto a los adolescentes hombres, la iniciación sexual penetrativa puede ocurrir en la adolescencia temprana –menores de catorce (14) años – sin que acarree consecuencias físicas negativas para sus órganos sexuales y reproductivos. Frente a las capacidades cognitivas, exponen que solo hasta los dieciocho (18) años, la mayoría de los individuos desarrollan completamente las estructuras cerebrales responsables de las decisiones y únicamente en la adultez temprana se produce el desarrollo completo de la capacidad de tomar decisiones y hacer juicios maduros. Ahora bien, de cara a los referentes normativos, relatan que se presume que la niña o niño menor de catorce (14) años carece de desarrollo psicológico, desde esta perspectiva, cuando tanto la víctima como el victimario tienen aproximadamente la misma edad o el nivel de madurez psicosocial se deben tener en cuenta la asimetría[33] en el estatus o poder[34], de conocimiento[35] y de gratificación[36].

(ii) La edad no es el único factor a tener en cuenta, en el entendido de que la edad cronológica no es un indicador de la madurez biológica y del nivel de desarrollo cognitivo y

emocional del individuo. Para el consentimiento sexual se debe tener en cuenta el desarrollo cognitivo, emocional y social y estos varían dependiendo de factores biológicos y del entorno donde viven los niños y niñas.

(iii) El desarrollo sexual y hormonal temprano es un factor de riesgo, acorde a diferentes hipótesis[37] como la disparidad en la maduración, en la cual se asume que quienes maduran sexualmente más temprano tienen mayor vulnerabilidad debido a los desafíos que impone este período de desarrollo y ambiente. Otra hipótesis sería la exposición a grupos de pares con comportamientos desviados o puede ser una respuesta de afrontamiento a la disparidad entre la madurez física y social, desde la perspectiva biopsicosocial, los cambios físicos de la pubertad afectan cómo los niños y niñas se perciben y son percibidos, por lo que la aparición temprana de signos físicos de desarrollo sexual influye en su estado emocional.

(iv) Aducen que no se ha podido establecer una edad de consentimiento generalizable porque el desarrollo cognitivo y emocional varía considerablemente de un individuo a otro.

(v) Frente a los efectos psicológicos que pueda tener la sanción penal en el adolescente, aducen que va a depender de lo que la misma implique, si la sanción significa la reclusión, las consecuencias pueden darse a nivel social[38] y psicológico[39].

## 32. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación[40]:

(i) En su respuesta, informó el número de noticias criminales presentadas por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y acto sexual con menor de catorce años desde el año 2005 hasta el 2018, en donde se señaló el número y porcentaje en donde el indiciado es un menor de dieciocho años y el número de casos en donde ya se superó la mayoría de edad. De lo anterior, se destaca que el porcentaje de casos en los que el indiciado es menor de edad es del 48.6%.

(iii) Por lo demás, expone el número de casos penales en donde se trasgredió la integridad física y sexual de menores de catorce (14) años -acceso carnal abusivo con menor de catorce años y acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años- en los cuales se ha proferido sentencia absolutoria, sentencias condenatorias y

sancionatorias, imputaciones y la aplicación del principio de oportunidad desde el año 2005 hasta el año 2018. De igual manera, señaló los casos en donde los delitos son actos sexuales con menor de catorce años y actos sexuales con persona protegida menor de catorce años. De esta información se destaca que el número de veces en los que se aprobó el principio de oportunidad en este tipo de delitos entre 2005 y 2018 (a abril 30) es de 485 en total, 303 por acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años y 182 por acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años. Sin embargo, no se observó en dicha información, una expresa indicación al porcentaje que corresponde a indiciados menores de edad.

(iv) En relación con la cuarta cuestión, puso de manifiesto que mediante la Directiva 4155 de 2016, la Fiscalía General unificó el trámite del principio de oportunidad con el fin de promover su aplicación como instrumento de política criminal, siempre que se responda al principio de proporcionalidad.

33. Respuesta de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y Derecho: La Directora de Política Criminal y Penitenciara (E) [41] dio respuesta a lo requerido en el auto fechado el quince (15) de mayo del año en curso, previo a hacer un recuento normativo de las principales disposiciones internacionales ratificadas por Colombia, tendientes a la protección de los niños, niñas y adolescentes[42]:

(i) En cuanto a la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, resaltó la sentencia C-738 de 2008, de la cual concluyó que cuando se trate de delitos cometidos por personas adultas, la prohibición contenida en el Código de Infancia y Adolescencia resulta aplicable, situación diferente a cuando el sujeto pasivo y el autor del punible son personas menores de edad, ya que en este caso surge la necesidad de garantizar a ambos la protección especial del Estado. En estos casos, se debe tener en cuenta que la finalidad primordial es garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. De manera que, a su juicio, la aplicación del principio de oportunidad no entraña per se una desprotección de derechos, máxime cuando la aplicación debe proceder con una visión pedagógica y formativa.

(ii) Frente a la prohibición de los beneficios penales en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes contenida en el artículo 199

del Código de Infancia y Adolescencia, exaltó que debe ser entendida respecto de adultos que comenten tales infracciones penales en contra de niños o niñas, y no frente a quienes, como adolescentes, pueden ser destinatarios del principio de oportunidad. No obstante, en relación con delitos de mayor envergadura, se debe con mayor rigor, examinar la procedencia del referido principio, lo que implica que no tenga cabida en los eventos que no es viable que el adolescente tome conciencia de sus actos, repare u obtenga el consentimiento de sus víctimas, dada la imposibilidad de que los esfuerzos restaurativos se presenten.

#### 34. Respuesta del Sistema Nacional de Coordinación de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SNCRPA)[43]:

(i) Frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en el marco de política criminal del Estado, hizo un recuento de la normatividad nacional e internacional[44] ratificada por Colombia. Resaltó la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular la obligación de los Estados partes de respetar los derechos enunciados en la misma. Relacionó también la protección constitucional dada a los menores en el artículo 44 de la Constitución Política y los principios inmersos en la Ley 1098 de 2006.

(ii) En relación con la prohibición de otorgar beneficios en el marco de política criminal del Estado, hizo referencia a la hipótesis en donde el imputado sea un menor de edad. En tal situación, exaltó que se deben aplicar los lineamientos legales establecidos en la Ley 1098 de 2006, es decir, en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el que, a su vez, se consagra la prohibición de otorgar beneficios en el marco político criminal. Por tal razón, precisó que cada caso se debe interpretar de forma armónica con los fines constitucionales y, de cara a lo anterior, enfatizó que la aplicación del principio de oportunidad no obstaculiza el derecho a la reparación integral de las víctimas. No obstante, aclaró que para su aplicación, se debe acudir a una ponderación entre los derechos de la víctima y la necesidad de la persecución penal, teniendo en cuenta criterios como el grado de madurez, las diferencias de edad, el uso de la violencia, el grado de antijuridicidad y la intensidad de la conducta.

(iii) En lo relativo a la aplicación del principio de oportunidad respecto de los delitos sexuales cometidos en menores de edad, cuando el presunto ofensor es un menor de 18

años, menciona que el antedicho principio en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es entendido como principio rector y preferente, que asegura un trato diferenciado respecto al sistema penal para adultos. Aclara, por consiguiente, que no se debe negar o afirmar de manera absoluta la posibilidad de aplicar este principio cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, sino que, cada caso en concreto debe ser estudiado de manera específica, ponderando los factores previamente mencionados.

### 35. Respuesta del Ministerio de Justicia[45]:

Presentó un recuento de la protección que se brinda a los menores en el ámbito colombiano. Destacó que cuando el imputado es un adolescente, se deben tener en cuenta las reglas especiales que se aplican para la investigación y juzgamientos de las personas menores de dieciocho años recogidas en instrumentos internacionales vinculantes en el Estado colombiano, así como las normas de derecho interno. Con base en ello, precisó que la prohibición de otorgar beneficios penales a las personas que han cometido delitos contra niños, niñas y adolescentes contenida en el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia no resulta aplicable en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes -SRPA-, es decir, de los delitos cometidos por adolescentes, dado que no corresponde a la finalidad perseguida por el legislador.

### 36. Respuesta de la Oficina del Coordinador[46] Residente de la Organización de Naciones Unidas -ONU-:

(i) Las Naciones Unidas en cabeza del Comité sobre los Derechos del Niño estableció al analizar el parágrafo 1 del artículo 3 de la Convención que el “el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual”, de manera que el principio del interés superior rige tanto para menores de edad en calidad de víctima, así como también para el menor agresor, pues el termino niños implica que el derecho a que se atienda se aplique no solo con carácter individual, sino también general o como grupo. En igual sentido, aduce que las autoridades del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes deben valorar sus decisiones entendiendo que el sujeto penal es un adolescente, el cual goza de una protección especial, por lo que en los procesos de toma de decisiones se debe orientar hacia la protección y el desarrollo integral de los

adolescentes. Por lo que, con base en el principio del interés superior y el de pro infans se debe liberar tanto al agresor como a las víctimas de las circunstancias y situaciones propias del derecho penal y buscar que estas situaciones sean atendidas por profesionales de otras disciplinas más aptas para este fin.

(ii) En respuesta al segundo planteamiento, expresa que el principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad adolescente pasa a ser un principio rector de aplicación preferente, en la medida que da cumplimiento a los mandatos internacionales[47]. En particular, hace alusión al artículo 40, numeral 3 literal b) de la Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU según el cual los Estados deben adoptar medidas para evitar la judicialización de los adolescentes en el marco de un proceso penal. De igual manera, en las reglas de Beijing se estableció que los Estados deben adoptar las medidas más adecuadas en cada caso particular, evitando la judicialización de los adolescentes.

Indica que el principio del interés superior del niño es la base sobre la cual se sustenta la interpretación normativa hecha del principio de oportunidad, al considerarse el interés del menor como aquel que rige en todas las actuaciones del Estado y autoridades en torno a las situaciones en donde se encuentre vinculado un niño, niña o adolescente. Resalta el principio de oportunidad como un mecanismo apropiado para dar inicio a los programas de justicia restaurativa en el sistema penal para adolescentes.

Por lo anterior, consideró que la aplicación del principio de oportunidad conducirá a un desarrollo más óptimo de los principios de los adolescentes involucrados en el proceso, pues, se basa en la necesidad de entender que no sólo infringió una norma, sino que violentó una relación social, de manera que debe preferirse la aplicación de un mecanismo diferente a la privación de libertad, más propositivo y activo que busque restablecer la situación del adolescente ofensor y la víctima de acuerdo a las necesidades de cada uno.

(iii) En cuanto al tercer cuestionamiento, aduce que la justicia restaurativa constituye una filosofía que busca cambios sociales profundos para la construcción de paz, en procura de reparar el tejido social a partir de la responsabilización del adolescente sobre su conducta, la reparación de la víctima y el reintegro de las partes a la comunidad.

(iv) Pone en consideración, a su vez, que el Distrito Judicial de Bogotá cuenta con un

programa de justicia restaurativa en favor de los adolescentes vinculados al sistema, a partir de la aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales, no sin antes haberse realizado un proceso de sensibilización y formación por parte de diferentes entidades.

Respuesta de la Federación Internacional Tierra de Hombres[48]:

(i) Frente al primer cuestionamiento, el jefe de delegación en Colombia aduce que deben prevalecer los derechos de los menores a la luz del principio del interés superior del niño, niña y adolescente a partir de su consagración en el artículo 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Teniendo en cuenta esto, expresó que se debe aplicar la disposición jurídica que satisfaga de manera más efectiva el mentado principio con base en una estimación de los posibles efectos y consecuencias - negativas y positivas - de la decisión.

En el caso concreto, exalta que se debe atender el principio del interés superior del menor teniendo en consideración los elementos propios del caso y de las partes involucradas, toma en consideración las recomendaciones del comité -Observaciones Generales 2013- para así aplicar de manera adecuada el derecho sustantivo que le asiste a cada niño, niña y adolescente.

(ii) En cuanto a la aplicación del principio de oportunidad, cuando la víctima es menor de catorce años y el victimario es menor de edad, menciona que se debe realizar un ejercicio interpretativo integral del ordenamiento jurídico colombiano en materia de infancia y adolescencia. Con base en lo anterior, esgrime que no se puede caer en el yerro interpretativo de usar la remisión expresa en el artículo 144 del Código de Infancia y Adolescencia[49] para oponerse a un posible mecanismo alternativo al proceso penal para adolescentes, como es el principio de oportunidad, el cual tiene aplicación preferente dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes -SRPA-, ya que permite el desarrollo del principio del interés superior tanto del adolescente ofensor, como el de la víctima. Considera que no puede afirmarse que exista la misma prohibición del principio de oportunidad que se encuentra en la Ley 906 de 2004, puesto que si bien el artículo 144 del Código de Infancia y Adolescencia hace remisión a la legislación penal (2004) establecida para mayores de edad, esto no reviste de carácter absoluto.

(iii) De cara a las medidas en materia de justicia restaurativa y alternatividad penal, recalca que se cuenta con los elementos que propenden por la responsabilización, la reparación integral, la participación activa y el reintegro a la comunidad de tal manera que las necesidades de quienes se ven inmersos en un conflicto se vean satisfechas desde un enfoque retributivo, pues se abre la posibilidad de que el adolescente ofensor comprenda que no solo infringió una norma, sino que se violentó una relación social.

## F. ESCRITO DEL DEFENSOR PÚBLICO DE LA UNIDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

37. A través de oficio allegado a la Corte el veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018), el defensor público del adolescente M.A.L.P.[50] presentó solicitud de selección para revisión del fallo de tutela STP2959-2018 con radicación No. 96791 (T-6.683.098).

38. Asevera que el análisis llevado a cabo por parte de la Corte Suprema de Justicia erra al realizar el estudio del caso en particular, pues se fundamentó en el artículo 199 numeral 3° del Código de Infancia y Adolescencia[51] el cual establece la prohibición de aplicar el principio de oportunidad cuando se utilice la causal inmersa en el numeral 8 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004[52], sin tener en cuenta que la Fiscalía fundó su solicitud en un numeral diferente -doce- del mismo artículo[53].

39. Recalca, a su vez, que la Fiscalía dio aplicación al principio de oportunidad en favor del adolescente M.A.L.P. conforme a las finalidades establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia. Adicional a ello, aduce que en ambas instancias procesales de la tutela, no fue vinculado al proceso en calidad de Defensor Público, así como tampoco al joven M.A.L.P. desconociendo así su derecho al debido proceso.

## II. CONSIDERACIONES

### A. COMPETENCIA

40. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política; en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en vista del Auto del diecisiete (17) de abril de 2018, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Cuatro de esta Corte, que

decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia y atribuir su instrucción al Magistrado ponente.

## B. CUESTIONES PREVIAS

### La posible indebida integración del contradictorio

41. En virtud de garantizar el debido proceso consagrado en la Constitución Política y acorde a lo expuesto por el Defensor Público, Fabián Mauricio López Caicedo, en su escrito de solicitud de selección para revisión del expediente 6.683.098[54], resalta que no fue vinculado en las instancias procesales de primera y segunda instancia del proceso bajo estudio, vulnerando así el derecho fundamental al debido proceso del joven M.A.L.P., al no integrar en debida forma el contradictorio.

42. Ahora bien, a pesar de que en el asunto sub judice, el abogado defensor del joven M.A.L.P. aduce no haber sido vinculado en el proceso de tutela, dicha afirmación no corresponde a la realidad procesal. En efecto, la Sala advierte que, una vez revisado el expediente, no se avizoró vulneración al debido proceso por indebida conformación del contradictorio, ya que tanto el a-quo como el ad-quem vincularon[55] y notificaron[56] adecuadamente a las partes e intervinientes procesales. Por consiguiente, es dado concluir que no existe indebida integración del contradictorio en el presente caso.

### Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales -reiteración de jurisprudencia -

43. Respecto de la posibilidad de presentar la tutela en contra de providencias judiciales, esta Corporación estableció en la sentencia C-590 del 2005, dos tipos de requisitos; los generales y los especiales. Los primeros hacen referencia a los supuestos mínimos que debe tener la tutela para que el juez constitucional pueda examinar de fondo el asunto; los segundos, aluden a los errores o defectos dentro de la providencia judicial que se pretende debatir, los cuales, de verificarse, significan que la providencia desconoció la protección de los derechos fundamentales, principalmente, el debido proceso.

44. De modo que, esta Corte ha aclarado que no basta con una simple mención de los defectos, sino que se debe cumplir con la carga argumentativa que sustente la ocurrencia

de los mismos, así como también ha iterado que se deben cumplir todos los requisitos generales para que el juez constitucional realice el estudio del asunto y, en este caso, la providencia debe incurrir en al menos uno de los requisitos especiales, para que ampare el derecho al debido proceso..

45. A su turno, esta Sala ha recalcado que cuando lo que se pretende cuestionar son sentencias del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia -tribunales de cierre en sus respectivas jurisdicciones-, se debe cumplir con un criterio adicional, como es que “se configure una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional”[57].

46. Previo a realizarse el estudio de fondo de la acción de tutela seleccionada, la Sala verificará, en primera medida, si se cumplen con los requisitos generales de procedibilidad.

47. Subsidiariedad: El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable; así mismo, en la Constitución Política se estableció en el artículo 86 que, la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

48. En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia ha establecido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue, de manera diligente, las acciones y recursos judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados[58]. En este sentido, también ha concluido que un mecanismo judicial es idóneo cuando es materialmente apta para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados[59].

49. El fallador de instancia, con base en lo anterior, no puede dar por sentado la idoneidad y eficacia de los medios judiciales, pues debe analizar las circunstancias particulares del caso.

50. En el análisis de tales circunstancias, debe establecer el juez si el accionante o el agenciado se encuentran en la categoría de sujeto de especial protección constitucional[60] o en alguna de situación de debilidad manifiesta[61], pues en estos casos, la Corte ha considerado que el análisis del requisito de subsidiariedad debe hacerse de manera flexible, en razón de las circunstancias del caso concreto.

51. Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse “en todo momento y lugar”. Por ello, no es posible establecer un término de caducidad para la misma[62]. Con todo, no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida, como un mecanismo de “protección inmediata” de los derechos alegados.

52. Por lo anterior, la jurisprudencia constitucional (C-543 de 1992) ha determinado que la tutela debe presentarse en un término razonable. Pese a que no se hayan estatuido reglas rígidas para la determinación de la razonabilidad del plazo, sí se ha concertado que le corresponde al juez de tutela evaluar las circunstancias de cada caso y lo que constituye un término razonable. Esto implica que la acción constitucional le impone al juez el deber de estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla[63].

53. En el caso bajo revisión, la acción de tutela fue interpuesta el veintiocho (28) de noviembre de 2017, un poco más de tres (3) meses después de la decisión tomada por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación de la decisión emitida por el Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá, que concedió la aplicación del principio de oportunidad en el proceso, término que se considera breve y razonable, satisfaciéndose así, el requisito de inmediatez.

54. Legitimación por activa: El Constituyente de 1991 estableció en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela como un instrumento de protección de derechos fundamentales que puede ser ejercido por toda persona, para reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actúe en su nombre. En línea con lo anterior, el Decreto 2591 de

1991 dispuso en el artículo 10 que esta acción puede ser presentada por “cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales”. Lo anterior implica que se encuentran legitimados para presentarla el titular de los derechos fundamentales que resultarían amenazados o vulnerados o su representante. También permitió la agencia de los derechos ajenos, cuando el titular de los mismos “no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

55. De acuerdo con lo anterior y en relación con el caso bajo estudio, la Corte ha expuesto que la agencia oficiosa es el mecanismo legal mediante el cual, un tercero actúa en favor de otra persona, sin necesidad de poder y que se orienta a “garantizar la protección y eficacia de los derechos fundamentales del agenciado”[64].

56. Tratándose de tutelas instauradas por agentes del Ministerio Público, esta Corporación ha establecido que:

“El Ministerio Público se encuentra constitucionalmente facultado para 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 y, para cumplir con tales funciones, puede interponer las acciones que considere necesarias, de acuerdo con el artículo 277 de la Constitución Política. El Ministerio Público no solamente puede intervenir en el proceso de tutela como demandante en favor de las personas que lo requieran, sino que también puede hacerlo como impugnante, aun cuando no haya sido él quien directamente lo haya promovido, en ejercicio de la facultad señalada. El agente del Ministerio Público está facultado legal y constitucionalmente para impugnar los fallos de tutela, para cumplir cabalmente con la función de defender los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos.”[65] (Subrayas fuera del original)

En la acción de tutela bajo estudio, se advierte que el señor Guillermo Pardo Piñeros, Procurador Séptimo Judicial II de Familia, actúa a nombre de la menor G.G.G., para reclamar la protección de su derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.), así como la protección del principio del interés superior del menor. Por lo anterior, considera esta Sala que el actor está legitimado para presentar la acción de tutela.

57. En relación con la legitimación por pasiva, se instituyó en el artículo 5 del Decreto

2591 de 1991 que la acción de tutela “procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares”, condicionando la procedencia en contra de particulares en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación[66].

58. En este caso, la tutela presentada se dirige en contra del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá y por vinculación de los jueces de instancia, también contra el Juzgado Primero Penal para Adolescentes de Conocimiento de Bogotá y los juzgados Tercero y Cuarto Penales para Adolescentes con Función de Control de Garantías de la misma ciudad. Se trata entonces de autoridades judiciales, por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva.

59. Se constata que la providencia judicial controvertida no fue proferida en un proceso de acción tutela, así como tampoco se trata de una providencia que resuelva una acción de inconstitucionalidad[67]. Este requisito se encuentra cumplido, teniendo en cuenta que la providencia cuestionada fue proferida en el contexto de un proceso penal.

60. El accionante tiene el deber de cumplir con unas cargas argumentativas y explicativas mínimas, en las cuales identifique los derechos fundamentales afectados, precisando los hechos que generan la vulneración. Sumado a ello, si lo que arguye es una irregularidad procesal, debe explicar o argumentar por qué tiene un impacto en el sentido de la decisión por tener un efecto decisivo o determinante en la providencia.

61. La Sala entiende satisfecho este requisito ya que: (i) se identifican los derechos fundamentales presuntamente vulnerados (debido proceso y principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes); (ii) se precisan los hechos que el señor Guillermo Pardo Piñeros considera generan la vulneración (la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes cuando la víctima y el agresor son menores de edad); así como también (iii) se plantean argumentos acerca de la posible configuración del defecto sustantivo, como consecuencia de la aplicación sistemática de una norma al caso concreto y por el presunto desconocimiento del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia.

62. Finalmente, que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional: al

respecto, esta Corte ha recalcado de manera continua, que la relevancia constitucional deviene de la confrontación de la situación planteada en el caso por la parte accionante con los derechos fundamentales, ello en consideración de que al juez constitucional no le corresponde conocer asuntos de orden exclusivamente legal, por lo cual, debe indicar de manera clara y de forma precisa por qué la cuestión a resolver tiene relevancia constitucional.

63. En este orden de ideas, esta Sala entiende satisfecho este requisito, habida cuenta de que: (i) el asunto bajo estudio plantea la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso y reclama la protección de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por diferentes actuaciones realizadas por funcionarios judiciales; y (ii) la cuestión jurídica gira en torno a la interpretación del principio de prevalencia de los derechos de los menores, de su interés superior y la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, asunto en el que resulta necesario determinar el alcance los derechos fundamentales.

64. Al haber reunido los diferentes requisitos generales de la procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales, se concluye que la acción de tutela presentada por el señor Guillermo Pardo Piñeros reúne los requisitos de procedibilidad para analizar de fondo el asunto.

#### C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

65. El problema jurídico que debe resolver esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional consiste en determinar si las providencias judiciales cuestionadas incurrieron en: (i) un defecto sustantivo al permitir la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, cuando tanto la víctima como el victimario son menores de edad y el punible afecta la integridad y formación sexual; y (ii) en un defecto al desconocer precedente jurisprudencial en la materia.

66. A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre (i) el alcance y desarrollo del principio de oportunidad en Colombia y su aplicación en delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. A su vez se analizará (ii) el interés superior y prevalente del menor; y, por último, se (iii) examinará si la decisión cuestionada incurre

en los defectos alegados por el accionante.

#### D. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNA MEDIDA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL COLOMBIANO

67. De los debates que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, se puede extraer que la filosofía del principio de oportunidad radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta y permitiendo que, a partir de un ejercicio de ponderación, se pueda renunciar o atenuar la persecución penal en contrapeso de los beneficios que en materia de lucha contra la macrocriminalidad esta significa o acarrea.

68. En el mismo sentido, la Corte Constitucional determinó que la finalidad del principio de oportunidad es “la racionalización de la función jurisdiccional penal. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social”[68].

Así, con el mencionado Acto Legislativo 03 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Constitución, se introdujo un nuevo modelo de proceso penal, dentro del cual se estableció el principio de oportunidad como una institución central, cuya aplicación se encuentra a cargo del ente acusador. Con este, la Fiscalía General de la Nación-, quedó facultada para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, bajo la supervisión del juez de control de garantías, cuando dichas medidas concuerden con los lineamientos de la política punitiva del Estado.

69. En virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, el artículo 250 de la Constitución Política estableció que:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni

renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la Ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. (...)” (negritas y subrayas fuera del texto).

70. De modo que el principio de oportunidad se constituyó como una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que le exige adelantar la acción penal por los hechos delictivos. En este sentido, el principio de oportunidad ha sido entendido como un instrumento reglado dentro del marco de la política criminal y de aplicación excepcional, pues no puede emplearse con fundamento en la mera discrecionalidad del operador jurídico, por lo cual, en la Ley 906 de 2004, reformada por la Ley 1312 de 2009, se establecieron las causales por las cuales la Fiscalía puede solicitar la aplicación del mentado principio y del mismo modo, se facultó al Fiscal General de la Nación para reglamentarlo[69].

Así pues, aunque al momento de su introducción a nuestro sistema jurídico el principio de oportunidad fue visto como la antítesis del principio de legalidad, habida cuenta de la obligación del Estado para investigar y sancionar delitos, lo cierto es que, posterior a ello, se le dio una interpretación más amplia, por cuanto se le entiende ya no como la antítesis del principio de legalidad, sino como una manifestación del mismo. Esto, teniendo en cuenta que el legislador determina directamente las causales por las cuales se puede aplicar dicho principio, y, por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la Ley, por lo que se le conoce también como el principio de oportunidad reglado, en lo que respecta a su aplicación respecto de los adultos.

En línea con lo anterior, la aplicación del principio de oportunidad está soportada y a la vez limitada a la política criminal del Estado, a la ley y a la reglamentación que en cumplimiento de la ley expida el Fiscal General; todo esto con el fin de no crear innumerables posibilidades para que el fiscal deje de realizar su labor investigativa y de acusación por motivos ajenos a la política del Estado.

71. Con fundamento en lo anterior, es dado concluir del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se modifican los artículos 116 y 250 de la Constitución Política[70], las siguientes particularidades: (i) se trata de un principio que se aplica mediante figuras procesales tales como las preclusiones que profiere la fiscalía cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) constituye “un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal”; (iii) permite simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (iv) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría a la Fiscalía, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

El principio de oportunidad en delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes en Colombia

72. En cuanto a la protección y juzgamiento de los menores de edad, mediante la Ley 1098 de 2006, el legislador decidió establecer un código jurídico-procesal en donde se reiterara la importancia y prevalencia de los derechos de los menores de edad, así como también, un sistema de responsabilidad penal en el cual, se busca juzgar mediante la aplicación de medidas de carácter pedagógico específico, y diferenciado los delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años[71].

73. De conformidad con lo anterior, el legislador, instituyó como fin del Código de Infancia y Adolescencia el de garantizarle a los niños, niñas y adolescentes “su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”[72]; bajo la regulación de normas sustantivas y procesales, los principios establecidos en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos[73].

74. De tal suerte que, conforme a este nuevo sistema, al menor se le ve como una persona con capacidad, a la cual se le puede imputar responsabilidad penal como consecuencia de su actuar contrario a la normatividad legal, pero a su vez, es protegido por un sistema con garantías constitucionales y legales que busca materializar la justicia restaurativa, la

verdad y la reparación del daño con un trato adaptado a las particulares características, necesidades e intereses que confluyen en los menores de edad.

75. Entonces, en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, el principio de oportunidad es entendido como una herramienta fundamental para la consecución del interés superior del menor; el cual no resulta admisible si al momento de aplicarse, no se tienen en cuenta los intereses de la víctima. En otras palabras, su aplicación exige una conciliación entre los derechos de las víctimas y el interés del menor infractor.

76. En este orden de ideas, esta Corporación, mediante la sentencia C-177 de 2014, estudió el papel relevante y trascendente que tienen las víctimas dentro de los procesos, todo esto, en relación con el derecho fundamental a la dignidad humana y al acceso a la administración de justicia. Recalcó la Corte que “Tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas, claro está, sin que ello lleve indefectiblemente al detrimento de otros valores o principios constitucionales”.

77. Concretamente, el Código de Infancia y Adolescencia- prevé la prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad a delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual de menores. Adicionalmente, en cumplimiento de la facultad reglamentaria otorgada, el Fiscal General expidió la Resolución 4155 de 2016[74], donde se precisó el principio de proporcionalidad, en lo relacionado con el principio de oportunidad cuando éste se dirige a los adolescentes. El artículo 2 de la mencionada resolución estableció que “el test de proporcionalidad en la aplicación del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, atenderá las especiales circunstancias y necesidades de los responsables”. Adicionalmente, el artículo 36 admite la aplicación del principio en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes incluso en las “conductas dolosas cuya víctima sea un menor de edad”. De esta manera, entendió la resolución que el carácter reglado del principio de oportunidad cedía cuando de por medio se encontraran adolescentes, destinatarios de un trato diferente a los adultos.

78. En efecto, la resolución de la Fiscalía actúa en cumplimiento del Código de Infancia y

Adolescencia en la medida en que éste, en el artículo 140, establece la finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes e indica que éste debe buscar la aplicación de medidas alternativas diferenciadas respecto del sistema de adultos. Concretamente, establece que “en caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta Ley y otras Leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema”.

79. Del mismo modo, tanto el Código de Infancia y Adolescencia –artículo 174- como la Resolución –artículo 33- , indican que un principio rector en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es la aplicación preferente del principio de oportunidad. Con esto, como se ha dicho, se busca adoptar medidas que atiendan al interés superior del menor y propendan por la adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad. Asimismo, las dos normas disponen un requisito de procedencia del principio de oportunidad como lo es poner en conocimiento de las víctimas acerca de su celebración, contenido y efectos y garantizar sus derechos.

80. A partir de lo anterior, es dado sostener que tratándose de menores de edad no puede aplicarse sin distinción la prohibición establecida de aplicación del principio de oportunidad, mencionada a lo largo de esta sentencia y menos cuando de la aplicación de ésta, podría menoscabarse el interés superior de los menores de edad. En ese sentido, la aparente tensión normativa entre la prohibición de otorgar beneficios cuando se cometan delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes y el principio rector de aplicar preferentemente el principio de oportunidad cuando el agresor sea un menor de edad, debe resolverse en concreto, a partir del postulado según el cual, respecto de menores de edad, la privación de la libertad es una medida excepcional.

81. Lo anterior resulta respaldado por la jurisprudencia constitucional. Así, en la sentencia C-095 de 2007, la Corte estableció algunos límites al legislador para la configuración del principio de oportunidad, los cuales, tienen en cuenta el derecho sustancial y el derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, sostuvo lo siguiente:

“(…) se tiene que (i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración

legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de racionalidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuales se puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse”.

82. Igualmente, en la sentencia C-684 de 2009 la Corte recordó que existen dos excepciones a la regla general según la cual la investigación y el juzgamiento de adolescentes debe remitirse al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal, a saber: “(i) las reglas especiales de procedimiento establecidas en el Libro II del C. I. A. y (ii) las normas que sean contrarias al interés superior del adolescente.” Es decir, el respeto del procedimiento aplicable que estableció la Ley 1098 de 2006[75], implica el deber del fiscal y del juez de acatar las particularidades del caso concreto, con el fin de determinar si la aplicación de la prohibición de aplicación del principio de oportunidad, resulta contraria al interés superior del menor, en el caso concreto.

83. Conforme a lo anterior, el principio de oportunidad solo puede aplicarse mediante la ponderación de los intereses del Estado, de la sociedad y de los intervinientes del proceso penal, con particular cuidado cuando éstos son menores de edad; desde esta perspectiva, la Fiscalía determinó que “la aplicación del principio debe de fundarse en los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales son propios de la técnica de la ponderación, la cual, presume el respeto por el principio de la justicia”[76].

#### E. EL INTERÉS SUPERIOR Y PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES

84. El artículo 44 de la Constitución Política establece, de manera perentoria, que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”[77]. Se trata de un contenido normativo que impone la especial protección que deben prohiarle la familia, el

Estado y la sociedad como consecuencia de las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran; protección sin la cual, no podrían alcanzar su pleno desarrollo.

85. Bajo esta premisa, el legislador estableció en el artículo 8° del Código de Infancia y Adolescencia el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como un 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. Este enfoque está dado desde la expedición de la Ley 1098 de 2006, en donde se reivindica a este grupo poblacional como individuos titulares de derechos y a quienes se les debe reconocer su dignidad.

86. En tal sentido, este Tribunal estableció en la sentencia T-510 de 2003, que “[...] el contenido del interés del menor, es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

87. De esta forma, esa providencia precisó que se deben tener en cuenta unos criterios jurídicos para hacer prevalecer el interés superior del menor en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de otras personas. En tal sentido, consideró que “para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–. En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que el interés del menor “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres”[78].

88. A su vez, entre los instrumentos internacionales en los cuales se encuentran consagrados los derechos de los menores se destacan los siguientes: (i) la Convención

sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se dispone, en el artículo 3-1 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”; (ii) el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”; y (iii) el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dispone: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

89. En este sentido, este Tribunal parte del hecho de que el interés superior y los derechos del niño, niña y adolescente tienen prevalencia sobre los intereses y derechos de los demás, como consecuencia de su grado de vulnerabilidad. Esta corresponsabilidad en relación con la primacía de los derechos de los menores implica una obligación por parte del Estado, de la familia y de la sociedad de propender por su protección integral en todo el Estado colombiano.

90. Entre otras consecuencias, cuando dentro de algún proceso de naturaleza judicial o administrativa se vea inmerso algún menor y las decisiones que se deban tomar afecten o pongan en riesgo los intereses y derechos del mismo, se debe realizar un estudio ponderado extenso y completo de los supuestos fácticos, jurídicos y de las consecuencias de su aplicación, sin desconocer los derechos de las demás personas en conflicto, dando prevalencia a los derechos de los menores inmersos en él.

91. En vista de todo lo anterior y de los elementos dogmáticos puestos de presente, en particular de la relación establecida entre el principio de oportunidad y el mandato constitucional de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se pasará a resolver el caso concreto.

F. EXAMEN DEL DEFECTO SUSTANTIVO IMPUTADO A LAS PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR LOS JUZGADOS TERCERO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE

## GARANTÍAS Y SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO, AMBOS DE BOGOTÁ

92. A partir de la sentencia C-590 de 2005, esta Corte identificó los vicios en los que, de incurrir la providencia judicial, desencadenarán la vulneración de derechos fundamentales, dejando sin efectos la decisión viciada. En tal sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado diferentes situaciones en la cuales se podría estar inmerso en algún defecto. Por ser de relevancia, para el caso particular, se expondrá en detalle el defecto sustantivo.

El defecto sustantivo por aplicación asistemática del ordenamiento jurídico

93. La jurisprudencia constitucional ha definido diferentes situaciones que configuran un defecto sustantivo, las cuales se encuentran enunciadas en la sentencia T-344 de 2015:

“(i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente[79], b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia[80], c) es inexistente[81], d) ha sido declarada contraria a la Constitución[82], e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador[83]; (ii) cuando a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable[84] o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”[85] o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) cuando no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes[86], (iv) cuando la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva[87] o contraria a la Constitución[88]; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”[89]; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso[90] o (vii) cuando se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto[91]. Existe defecto sustantivo igualmente cuando (viii) la decisión

no está justificada en forma suficiente[92] de tal manera que se afectan derechos fundamentales[93]; (ix) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial[94]y, (x) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una manifiesta violación de la Constitución”.[95]

94. De cara a esta forma del defecto sustantivo, esta Corporación ha establecido, de manera reiterada, que el defecto material o sustantivo por interpretación asistemática del ordenamiento jurídico, se origina cuando la providencia cuestionada se basa en una disposición que requiere una interpretación sistemática con otras normas, las cuales resultan necesarias para la misma y son determinantes en la resolución del caso concreto.

95. En relación con el caso bajo estudio, el Procurador Séptimo Judicial II de Familia de Bogotá aduce que las providencias judiciales en cuestión incurrieron en el precitado defecto, al haberse aplicado la norma establecida en el Código de Procedimiento Penal relativa a la aplicación del principio de oportunidad, en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, a pesar de que el Código de Infancia y Adolescencia trae consigo la prohibición de su aplicación (artículo 199 de la Ley 1098 de 2006). Como consecuencia de lo anterior, presentó acción de tutela, solicitando la protección del derecho fundamental al debido proceso y la protección al principio de prevalencia de los derechos de los menores dentro del proceso penal llevado a cabo por las autoridades judiciales aquí accionadas. En su concepto, el desconocimiento de dicha prohibición materializó un defecto sustantivo en las providencias judiciales que en primera y en segunda instancia, avalaron el recurso al principio de oportunidad.

96. En razón de lo anterior, la Sala debe determinar si la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes materializó un defecto sustantivo y vulneró, en el caso concreto, el derecho al debido proceso y desconoció el principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta que ambas partes procesales son menores de edad o si, por el contrario, su aplicación materializa la protección y supremacía de los derechos de ambos intervinientes, garantizando la justicia restaurativa, a partir de una interpretación armónica de la normatividad nacional e internacional.

97. Al respecto, se debe tener en cuenta que: (i) el principio de oportunidad es entendido en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes como un eje rector y, en el Sistema Procesal Penal, como un postulado que permite la concesión de beneficios judiciales a cargo de la Fiscalía, con sujeción a la aprobación por parte del Juez de Control de Garantías y a la política punitiva del Estado; (ii) la primacía de los derechos constituye la finalidad del Código de Infancia y Adolescencia, mientras que la justicia restaurativa es la medida principal en favor de los menores; y por último, (iii) las obligaciones internacionales ratificadas por Colombia relativas a la protección del menor de edad en cuanto a las sanciones a imponer, las cuales establecen que siempre se debe evitar la restricción de la libertad, razón por la cual siempre acudirse a mecanismos de alternatividad penal.

98. En desarrollo de lo anterior, observa la Corte que se presenta un problema de aplicación normativo-interpretativo dentro del Código de Infancia y Adolescencia en cuanto al principio de oportunidad cuando la víctima y el victimario son menores de edad, ambos sujetos de especial protección constitucional. Lo anterior, al considerar que el artículo 199 del mismo Código prohíbe la aplicación del mencionado principio cuando la víctima del alguno de los delitos que agreden la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, es un niño, niña o adolescente, y a su vez, en los artículos 173 y 174 se establece su aplicación como principio rector dentro del proceso de responsabilidad para adolescentes.

Para determinar entonces, si las providencias sujetas a revisión incurrieron en dicho defecto sustantivo, será necesario resolver si, frente al caso concreto, la aplicación de la prohibición del Código de Infancia y Adolescencia resultaba constitucional.

De la excepción de inconstitucionalidad del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia

99. El artículo 4 de la Constitución Política establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se emplearán las medidas contenidas en la ésta, debido a su superioridad dentro del sistema de fuentes en el derecho colombiano.

100. A su vez, a través del artículo 241 de la Constitución Política se le otorgó a la Corte Constitucional la facultad de ejercer el control de constitucionalidad sobre la aplicación de las leyes. No obstante, también del artículo 4 constitucional se deriva la habilitación para que, por vía de excepción, se inapliquen, para el caso concreto y con efectos interpartes,

normas jurídicas por parte de cualquier autoridad, cuando se concluya que son contrarias a los postulados de la Constitución[96].

101. En tal sentido, esta Corporación ha precisado que la excepción de inconstitucionalidad es una facultad y un deber, que permite un control de constitucionalidad difuso en cabeza de las autoridades judiciales o administrativas, para privar de eficacia inter partes una norma y, en su lugar, hacer efectiva la Constitución: “(...) es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”[97].

102. En materia del principio de oportunidad, el legislador estableció, de manera taxativa, las causales por las cuales el Fiscal del caso puede solicitar su aplicación. A su vez, el Código de Infancia y Adolescencia instituyó dos situaciones en las cuales el legislador determinó la improcedencia genérica de la aplicación del principio de oportunidad. La primera, hace referencia de manera específica a la aplicación del precitado principio en casos en donde se afecte la seguridad exterior del Estado (artículo 199, Numeral 3°), y la segunda, establecida en el numeral 8° del mismo artículo, versa sobre la no aplicación de beneficios o subrogados judiciales o administrativos cuando la víctima de delitos sexuales sea un niño, niña y adolescente. No obstante, como se ha dicho, el principio de oportunidad fue consagrado por el legislador como pilar fundamental en desarrollo de la actividad estatal frente a las conductas ilícitas cometidas por niños, niñas y adolescentes[98].

103. En relación con el caso sub-examine, la Sala de Revisión corroboró que el legislador, antes de concebir el principio de oportunidad como un mecanismo de descongestión en la justicia penal, lo que buscaba era racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado. Lo anterior, estableciendo diferentes límites y controles judiciales que garantizaran la efectiva aplicación de dicho principio al tenor de la normatividad, lo que significa que las autoridades judiciales deben facilitar, en la medida de lo posible, el logro de la conciliación y

la reparación de daños y privilegiar, sobre el castigo penal, las soluciones preventivas como la concientización y la educación en el tratamiento del menor agresor.

104. Conforme con lo anterior, esta Sala constata que:

(a) En cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en el marco de la Convención de Derechos del Niño, se tiene por entendida que la privación de la libertad de un menor de edad es una medida de último recurso y lo que se debe garantizar es la reintegración de los menores víctimas y agresores a la sociedad[99]. Sumado a ello, se establece que se deben adoptar las medidas necesarias para evitar la judicialización de los adolescentes en el marco de un proceso penal, mecanismos que no controviertan el principio de legalidad ni la presunción de inocencia de los mismos.

(b) El principio de oportunidad está instituido no como una regla, sino como un principio rector de aplicación preferente dentro del Sistema Penal para Adolescentes, el cual, tiene como sustento normativo la supremacía del interés del menor.

(c) En el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, todas las sanciones allí establecidas tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, de modo que, el principio de oportunidad es uno de los beneficios más apropiados para garantizar no solo la justicia restaurativa sino la verdad y la reparación de la víctima.

(d) El principio de oportunidad se consagró como una facultad a cargo de la Fiscalía; el cual, a su vez, es un beneficio judicial en pro de garantizar la economía procesal, constituyéndose como una excepción a la función acusatoria que busca en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes la justicia restaurativa.

105. Ahora bien, la excepción de inconstitucionalidad es, en principio, inaplicable cuando ya ha mediado un pronunciamiento en abstracto de la Corte Constitucional respecto de su exequibilidad, en tanto que dicha decisión produce un efecto de cosa juzgada y de alcance erga omnes. En línea con lo anterior, esta Sala, en desarrollo del caso concreto, pudo establecer que previamente se había realizado un pronunciamiento de constitucionalidad sobre algunos numerales del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia.

La sentencia C-738 de 2008 no constituye cosa juzgada constitucional que impida realizar

un juicio en concreto de la constitucionalidad del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia

106. Los fallos que profiere la Corte Constitucional en ejercicio de su función de guarda de la integridad de la Constitución hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en virtud de los artículos 243 de la norma superior, 46 y 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, es decir, torna las decisiones inmutables, definitivas y obligatorias, por lo que surge la prohibición al funcionario judicial de que vuelva a conocer y decidir lo ya resuelto.

107. Al abordar el caso sub examine, este Tribunal resalta que la discusión versa sobre el principio de oportunidad y su aplicación cuando la víctima es un niño, niña o adolescente. En este sentido, se trae al estudio que, mediante la sentencia C-738 de 2008, la Corte realizó el análisis de los numerales 3[100], 7[101] y 8[102] del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, frente a los cargos de inconstitucionalidad en dicha oportunidad, la Corte resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Exclusivamente por las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia, declarar EXEQUIBLE el numeral 3º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

SEGUNDO.- INHIBIRSE de emitir pronunciamiento de fondo respecto de los numerales 7º y 8º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, por las razones anotadas en esta providencia”.

108. En particular, para esta Sala de la Corte, la sentencia C-738 de 2008 únicamente hizo tránsito a cosa juzgada relativa por las siguientes razones: (i) materialmente solo estudió un cargo respecto del numeral 3º, por el presunto desconocimiento del artículo 250 de la Constitución, en la medida que la norma excluye la aplicación del principio de oportunidad que se encuentra previsto sin excepciones por la Constitución, así como también por la vulneración del artículo 2º de la Constitución, que propugna el goce efectivo de los derechos de los habitantes de Colombia; (ii) respecto de los numerales 7º y 8º del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, la Corte no analizó cargo alguno, pues concluyó la sentencia que, a este respecto, la demanda era inepta, por lo que decidió inhibirse. Por lo cual, no se analizó materialmente la aplicación del principio de oportunidad bajo el supuesto fáctico que se plantea en el caso bajo estudio

109. Para determinar la constitucionalidad de la aplicación del numeral 8 del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, al caso concreto, será necesario determinar la proporcionalidad de los efectos que generaría la aplicación del principio de oportunidad respecto del adolescente acusado de la conducta punible.

La proporcionalidad de la norma en el caso concreto. Balance entre principios: interés superior del menor y principio de oportunidad

110. El juicio de proporcionalidad ha sido analizado en reiteradas ocasiones por esta Corporación, en donde se ha establecido que es pertinente aplicarlo en aquellos casos en los que debe definirse si una restricción de normas que admiten diferentes grados y formas de realización -usualmente conocidas bajo la denominación de principios- es compatible con la Constitución. En tal sentido, esta Corporación ha establecido que se trata de un instrumento que con fundamento en la obligación del Estado de garantizar la efectividad de los derechos establecidos en la Constitución, tiene por objeto evitar restricciones excesivas y protecciones insuficientes.

111. De manera que, el principio de proporcionalidad parte de la premisa según la cual “ningún órgano o funcionario público puede restringir los derechos fundamentales sino cuando se trata de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción apareja. Cualquier restricción que no supere este juicio carecerá de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser expulsada del mundo del derecho”[103].

112. En desarrollo del test o juicio de proporcionalidad, este Tribunal ha determinado diversas modalidades - leve, intermedia o estricta - según su grado de intensidad[104]. En este sentido, en las sentencias C-114 y C-115 de 2017, esta Corte unificó la estructura de las tres intensidades del juicio de proporcionalidad:

“39. El juicio de proporcionalidad de intensidad estricta exige verificar, previamente, (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable. Una vez ello se establece, debe determinarse si tal medio resulta (ii) efectivamente conducente, (iii) necesario y (iv) proporcionado en sentido estricto. Se trata de una revisión rigurosa de la justificación de la medida juzgada y se aplica, entre otros casos, en aquellos en los que la

medida supone el empleo de categorías sospechosas, afecta a grupos especialmente protegidos, o impacta el goce de un derecho constitucional fundamental.

40. El juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia exige establecer, en un primer momento, si la medida (i) se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante. Una vez ello se comprueba, debe establecerse si resulta (ii) efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito. El examen intermedio ha sido aplicado por la Corte en aquellos casos en los que la medida acusada se apoya en el uso de categorías semisuspectas, afecta el goce de un derecho constitucional no fundamental o constituye un mecanismo de discriminación inversa.

41. El juicio de proporcionalidad de intensidad débil impone determinar, inicialmente, si la medida (i) persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada. La Corte ha considerado pertinente aplicar este juicio cuando se juzgan, entre otras, medidas adoptadas en desarrollo de competencias constitucionales específicas o de naturaleza tributaria o económica.

42. Es necesario advertir que el juicio de proporcionalidad, en todos estos casos, se encuentra precedido de un examen que tiene por propósito definir si la medida cuyo juzgamiento se pretende está directamente proscrita por la Carta. Así por ejemplo, no resulta permitido acudir a medidas como la tortura y las penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12), la prisión perpetua o el destierro (art. 34) o la expropiación sin indemnización (arts. 58 y 59).

43. En cada caso deberá el juez valorar las diferentes razones que concurren para fundamentar la intensidad del juicio, de acuerdo con los criterios jurisprudencialmente establecidos, sin que le sea vedado, de manera razonada y a la luz del caso concreto, incrementar o disminuir la intensidad. Esta decisión, previa al desarrollo del juicio propiamente dicho, es determinante del margen de acción o actuación del creador o autor de la medida que se somete al juzgamiento de este Tribunal. En efecto, la posibilidad de que la norma o actuación examinada sea declarada inconstitucional es mayor en aquellos casos en los que se impone la superación de un examen estricto, mientras que ocurre lo

opuesto cuando se trata de la justificación de un juicio débil”.

113. Teniendo en cuenta que la prohibición expresa de la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes relativa a cuando se agrede la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes restringe de manera intensa el principio de prevalencia de los derechos de los mismos cuando el agresor es un menor de edad y puede conducirlo a resultar incluso privado de la libertad, esta Sala desarrollará para el caso sub judice un test estricto de proporcionalidad de la medida respecto de las particularidades del caso expuestas por el accionante. Lo anterior, para determinar si la aplicación del precitado principio es constitucionalmente admisible o, por el contrario, constituye una restricción inconstitucional de los derechos del menor agresor.

114. En ese sentido, esta Sala debe verificar que la finalidad perseguida por el legislador en la Ley 1098 de 2006 sea constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable, tanto respecto de la prohibición contenida en el artículo 199 como de la aplicación preferente del principio de oportunidad contenida en el artículo 144. Posteriormente, debe evaluarse la idoneidad de aplicar para el caso concreto la mencionada prohibición. Después, habrá que analizar si esta prohibición resulta necesaria para garantizar los derechos de la víctima. Por último, será necesario ver si resulta proporcionado para el menor agresor asumir las cargas que implicaría asumir la sanción penal en centro de reclusión, sin dejar de lado la situación particular de la menor de edad considerada como víctima.

## Finalidad

115. El legislador introdujo el principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes como un principio rector de aplicación preferente, y a su vez, lo restringió cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Todo ello con el fin de garantizar el pleno y armonioso desarrollo de los menores de edad, buscando el crecimiento en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión en relación con la normatividad internacional[105].

116. El accionante consideró que la aplicación del principio de oportunidad en el caso bajo revisión, constituía una afectación al derecho fundamental al debido proceso y a la

protección del principio de la prevalencia de los derechos de la menor de edad. Por su parte, el apoderado judicial del joven M.A.L.P. aduce que la aplicación del principio de oportunidad no desconoce la prevalencia de los derechos de los menores, así como tampoco vulnera el debido proceso, habida cuenta de que su aplicación es acorde con la finalidad del Código de Infancia y Adolescencia, que la relación sexual fue consentida, que no existe afectación a la integridad de la joven y que tanto ella, como su familia, no tienen interés en la persecución penal del asunto.

117. A juicio de la Sala, la finalidad común, tanto de la prohibición de aplicación del principio de oportunidad, como su aplicación al caso concreto, pretenden garantizar el pleno desarrollo y crecimiento de los menores establecida en el Código de Infancia y Adolescencia, lo que tiene fundamento en disposiciones constitucionales y persigue una finalidad constitucional imperiosa e inaplazable, ya que la Constitución determina que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger al niño[106]. En tal sentido, la prohibición de aplicación del principio de oportunidad es plenamente válida y constitucionalmente imperiosa, a la luz de las normas constitucionales, pero lo mismo también resulta predicable de la decisión de abandonar la persecución penal de un menor de edad, con el fin de evitar restricciones considerables de sus derechos y, en ese sentido, garantizar la finalidad pedagógica del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en consideración de su particular situación en este caso concreto.

#### Idoneidad

118. Para la Sala, la prohibición de aplicación del principio de oportunidad es una medida inidónea para alcanzar la finalidad de protección y prevalencia de los derechos de los niños, cuando el rigor en su aplicación trae como consecuencia, como en el caso concreto, la afectación de los derechos del menor de edad que está siendo acusado de la conducta punible. En efecto, en el caso bajo estudio, a pesar de que jurídicamente se presume que la menor de 14 años no dispone de capacidad jurídica para consentir la realización de actos sexuales, la consecuencia atribuible por parte del sistema penal no necesariamente debe ser la aplicación con rigor de la sanción penal. Lo anterior, teniendo en cuenta que la búsqueda sistemática de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes puede generar, con estricto análisis de las circunstancias del caso, la inaplicación de la prohibición de recurso al principio de oportunidad para permitir el funcionamiento de

mecanismos de alternatividad penal.

119. De acuerdo con los hechos del caso bajo revisión y de conformidad con los conceptos recaudados por la Corte Constitucional, esta Sala pudo verificar que, en este caso, se cumplió la finalidad pedagógica del proceso adelantado en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes a través de otras medidas, se restablecieron plenamente los derechos de la víctima del delito y existió una adecuada participación de la víctima en todo el proceso penal, incluyendo en la decisión de solicitar la aplicación del principio de oportunidad[107].

Lo anterior como quiera que, de las pruebas que obran en el proceso penal remitido a esta Corporación, en calidad de préstamo, se pudo establecer con certeza que el joven M.A.L.P. (i) asistió a PROFAMILIA a recibir cursos de educación sexual[108]; (ii) no tiene más ingresos al sistema judicial[109]; (iii) actualmente tiene un desarrollo físico y psicológico adecuado[110]; (iv) se encuentra cursando una carrera de educación superior e ingresó a la vida laboral[111]. Respecto de la menor de edad víctima, se tiene que (i) de acuerdo con el informe médico legal y sexológico recaudado no presenta afectaciones físicas o psicológicas derivadas del hecho que desencadenó el proceso[112]; (ii) asistió a la fundación “Creemos en ti” para recibir apoyo psicológico y formación sexual, todo en coordinación con el ICBF[113] y; (iii) participó de manera adecuada dentro del proceso penal y consintió, junto con sus representantes legales, la solicitud de aplicación del principio de oportunidad en favor de M.A.L.P[114].

120. Así las cosas, la carencia de idoneidad de la prohibición en este caso concreto, se explica en cuanto que, las medidas diferenciadas por las cuales se optó en el marco del proceso penal adelantado, fueron idóneas para garantizar los derechos tanto de la víctima, como del victimario, en el sentido de que se logró la verdad, la justicia restaurativa y la reparación del daño, todo en garantía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, principio que orientó el proceso de responsabilidad penal adelantado.

#### Necesidad

121. En el caso sub examine la Sala concluye que según los principios orientadores del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes la imposición de una medida de detención no resulta necesaria para el joven acusado de la conducta punible. Lo anterior,

teniendo en cuenta que, como se ha dicho, este proceso tiene una finalidad “protectora, educativa y restaurativa[115]” en el cual se busca, mediante la adopción de medidas diferenciadas respecto del proceso ordinario para adultos, la mínima intervención en la libertad de los menores.

122. Por lo cual, descendiendo al caso concreto, hay medidas igualmente educativas y menos lesivas de los derechos del menor, como las charlas sobre educación sexual a las que se sometieron a los jóvenes en PROFAMILIA y la fundación “Creemos en ti” con orientación del ICBF[116]. Con esto, en el caso concreto, se logró evidenciar que la aplicación de dichos cursos pedagógicos que permitieron alcanzar el propósito constitucional perseguido que en este caso es el interés superior de los dos menores involucrados.

### Proporcionalidad

123. En línea con lo anterior, esta Sala considera que teniendo en cuenta que el principio constitucional perseguido en este caso es común, debido a que los sujetos eran menores de edad al momento en que acaecieron los hechos, en este caso, se encuentra probado[117] que los representantes de la menor, previo a obtener el consentimiento de la menor de edad, estuvieron de acuerdo con la aplicación del principio de oportunidad a favor del procesado, lo cual demuestra que a diferencia del accionante, los familiares de la víctima prefirieron dar aplicación a la justicia restaurativa por encima de la retributiva.

124. Este principio, como se indicó en los numerales 72 a 83, es además principio rector tanto del Código de Infancia y Adolescencia como de la Resolución 4155 de 2016 expedida por la Fiscalía en su poder reglamentario del principio de oportunidad. En ese sentido, el artículo 179[118] de la Ley 1098 de 2006 establece que para definir la sanción aplicable deberá atenderse a la proporcionalidad e idoneidad de las mismas. La resolución, por su parte, establece en su artículo 2 que “el test de proporcionalidad en la aplicación del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, atenderá las especiales circunstancias y necesidades de los responsables”.

En vista de lo anterior, no es necesario ahondar con profundidad en este juicio de proporcionalidad para concluir que, en el caso concreto, la aplicación rigurosa de la prohibición contenida en el numeral 3º del artículo 199 del Código de Infancia y

Adolescencia, dadas las condiciones del caso particular, acarrearía consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento constitucional, ya que en el caso concreto tendría por efecto afectar los derechos fundamentales de los dos menores de edad, que no están en la capacidad de soportar las cargas que conlleva un proceso penal.

126. En este orden de ideas, la Sala encuentra que las decisiones tomadas por los Juzgados Tercero Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías y Segundo del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, ambos de Bogotá, no incurrieron en un defecto sustantivo por interpretación asistemática del ordenamiento jurídico.

127. Ahora bien, el accionante también alega que las providencias incurrieron en un defecto por desconocimiento del precedente establecido en la materia por la Corte Suprema de Justicia. Para examinar dicha acusación, será necesario determinar si efectivamente la aprobación del otorgamiento de beneficios en nombre del principio de oportunidad al menor de edad se realizó en contravía de la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y, en este evento, si resultaba legítimo apartarse del mismo frente al caso concreto.

El defecto por desconocimiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia

128. De cara a este planteamiento, el Procurador Séptimo Judicial II de Familia de Bogotá, aduce que se desconoció el precedente judicial expuesto por la Corte Suprema de Justicia en los autos interlocutorios 44102 del treinta (30) de junio de 2014 y 47826 del veinticinco (25) de enero de 2017[119]. En dichos autos se analizó el alcance del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, concluyéndose que la ley para la Infancia y la Adolescencia se integra, en cuanto a las formas del juicio, con la Ley 906 del 2004. En tal sentido, tal disposición del Código de Infancia y Adolescencia es aplicable a adultos y adolescentes de igual forma, por lo que, en su concepto, inobservar tal normativa, comporta un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente.

129. Antes de examinar el presente cargo respecto de las providencias judiciales en cuestión, es necesario precisar que prima facie el defecto por desconocimiento del precedente únicamente podría configurarse en razón de la contradicción con sentencias y no con autos. Sin embargo, no hay que olvidar que determinadas problemáticas jurídicas son determinadas exclusivamente mediante autos interlocutorios y, por lo tanto, se trata

de asuntos en los que el precedente no podrá estar constituido por sentencias. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido con nitidez la procedencia de la acción de tutela no solo contra sentencias, sino también contra autos interlocutorios[120], siempre que en dichos autos se evidencie una afectación del debido proceso.

130. Ahora bien, como lo ha establecido este Tribunal, el respeto del precedente, aunque se deriva de imperativos constitucionales tales como la seguridad jurídica y el principio de igualdad, no comporta, en virtud del principio de la autonomía judicial, la imposibilidad del apartamiento razonado. Es decir, el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior funcional, siempre y cuando explique de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las que no aplicará dicha posición al caso concreto.

131. En línea con lo anterior, esta Corporación determina que, si bien es cierto que dentro del plenario el accionante aduce haberse desconocido el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia, y que el mismo se relaciona con la prohibición expuesta en el Código de Infancia y Adolescencia establecida en el artículo 199, también lo es que, resultaba legítimo en el caso concreto inaplicar el numeral 3 del artículo 199 del precitado Código frente a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios que el mismo acarrea. En el sentido que se indicó, la inaplicación de dicha norma en el caso concreto es legítima y razonable.

132. En análisis similar, la Corte Suprema de Justicia, llegó a la conclusión de que “[...] En procura de asegurar el interés superior del menor es preciso, una vez establecida la materialidad del delito y su responsabilidad, no aplicar sin mayor ponderación la privación de libertad en centro de atención especializada, sino por el contrario, constatar qué medidas se encuentran acordes a su situación y materializan los propósitos del legislador y de la normativa internacional (...)”[121].

133. En tal sentido, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en este caso concreto como solución al planteamiento jurídico y a la situación fáctica, resultaba ser la opción hermenéutica más adecuada, no solo por el hecho de que garantiza la justicia restaurativa para ambas partes procesales, sino porque evita el desconocimiento de los derechos fundamentales de los menores dentro del proceso, así como también, da cabida al

cumplimiento de las normas internacionales suscritas por Colombia.

#### G. SÍNTESIS DE LA PROVIDENCIA

134. A la Sala Cuarta de Revisión le correspondió revisar las sentencias proferidas para resolver la acción de tutela contra las providencias judiciales de los juzgados Tercero Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías y Segundo del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, ambos de Bogotá, dentro del proceso penal adelantado en contra del joven M.A.L.P., por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en donde se aprobó la concesión de beneficios, en desarrollo del principio de oportunidad. La acción de tutela alegaba que dichas providencias incurrieron en un defecto sustantivo por haber dado aplicación aislada al Código de Procedimiento Penal, a pesar de que el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia prohíbe expresamente la concesión de beneficios derivados del principio de oportunidad, cuando la víctima de los delitos que afecten la autodeterminación e integridad sexual, sea un menor de edad. También alegó que dicho proceder desconoció el precedente de la Corte Suprema de Justicia que confirmaba dicha prohibición.

135. De esta forma, le correspondió a la Sala resolver el siguiente problema jurídico, si las providencias judiciales cuestionadas incurrieron en: (i) un defecto sustantivo al permitir la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, cuando tanto la víctima como el victimario son menores de edad y el punible afecta la integridad y formación sexual; y (ii) en un defecto al desconocer precedente jurisprudencial en la materia.

136. A fin de resolver el asunto, la Sala examinó (i) el alcance y desarrollo del principio de oportunidad en Colombia y su aplicación en delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. A su vez se analizó (ii) el interés superior y prevalente del menor; y, por último, se (iii) verificó si las decisiones cuestionadas incurrieron en los defectos alegados por el accionante.

137. Como resultado de su análisis, concluyó la Sala que (i) el principio de oportunidad es entendido en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes como un eje rector y, en el Sistema Procesal Penal, como un postulado que permite la concesión de beneficios judiciales a cargo de la Fiscalía, con sujeción a la aprobación por parte del Juez de Control

de Garantías y a la policía punitiva del Estado; (ii) la primacía de los derechos constituye la finalidad del Código de Infancia y Adolescencia, mientras que la justicia restaurativa es la medida principal en favor de los menores de edad; (iii) las obligaciones internacionales también conllevan a entender que la protección del menor de edad, en cuanto a las sanciones a imponer, deben propender por evitar la restricción de la libertad, razón por la cual deben preferirse mecanismos de alternatividad penal, por lo cual, la privación de la libertad de un menor de edad es una medida de último recurso; y (iv) el artículo 199 del mencionado Código prohíbe la aplicación del mencionado principio cuando la víctima de alguno de los delitos que agreden la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, es un niño, niña o adolescente.

138. Con fundamento en lo anterior, consideró la Sala que la regla expresa prevista en el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, vista frente a disposiciones reglamentarias expedidas por la Fiscalía, tal como lo es la Resolución 4155 de 2016, conlleva a cuestionarse sobre el rigor de la aplicación de dicha norma del Código de Infancia, en casos en los cuales se trate de dos menores de edad.

139. En este sentido, concluyó la Sala que en el presente caso procedía declarar la excepción de inconstitucionalidad respecto de la aplicación del numeral 8 del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, por cuanto, a pesar de que dicha norma persigue una finalidad constitucional imperiosa e inaplazable, ya que la Constitución determina que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger al niño, en el caso concreto, se tornaría en una aplicación desproporcionada de la norma que acarrearía consecuencias que no estarían acordes a la luz de la normatividad constitucional, por cuanto: (i) se dio cumplimiento a la finalidad pedagógica del proceso adelantado en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (ver supra, numeral 119 y siguientes), medidas que resultaron idóneas para garantizar el interés superior y prevalente de los menores de edad; (ii) se dio aplicación y lectura integral a la normatividad aplicable al principio de oportunidad, de cara a las especiales circunstancias y necesidades de los responsables (ver supra, numerales 121 y siguientes).

140. Con fundamento en lo anterior, concluyó la Sala que, en el caso estudiado en esta ocasión, en aplicación de un test de proporcionalidad en sentido estricto, permitió concluir que de no darse aplicación al principio de oportunidad se tendría como efecto una sanción

penal desproporcionada e innecesaria. Por lo cual, en este caso, no tuvo lugar el defecto sustantivo alegado por el accionante.

141. Lo anterior, no quiere decir que, en todo proceso penal en donde se encuentren inmersos menores de edad en calidad de sujeto activo y pasivo, y se vean afectados sus derechos o intereses, se deba dar aplicación al principio de oportunidad. En este punto, en cada caso, se debe tomar una decisión en la cual se protejan las garantías fundamentales de los mismos, sin desconocer los derechos de las víctimas partes procesales.

142. En consecuencia, al haber concluido que las providencias judiciales que aprobaron la concesión de medidas de alternatividad penal al joven M.A.L.P., no se incurrió en defecto sustantivo, ni en un defecto por desconocimiento del precedente, la Sala revocará la decisión de la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia que concedió el amparo de los derechos invocados. En su lugar, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, que negó el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en el presente fallo.

Primero: REVOCAR el fallo proferido el 27 de febrero de 2018 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que dejó sin efectos la sentencia del 15 de diciembre de 2017 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Guillermo Pardo Piñeros, en calidad de Procurador Séptimo Judicial de Familia, contra del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá y con vinculación del Juzgado Primero Penal para Adolescentes de Conocimiento y los Juzgados Tercero y Cuarto Penales para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá. En su lugar, CONFIRMAR por los motivos expuestos en esta providencia, la sentencia del 15 de diciembre de 2017 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, que negó el amparo solicitado.

Segundo: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Mediante Auto del veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018), se ordenó la reserva de los nombres de los menores de edad cuyos hechos de la acción de tutela les conciernen, en razón de la necesaria protección del derecho fundamental a la intimidad de los mismos.

[2] El doce (12) de octubre de 2018, el accionante cumplió la mayoría de edad. Cabe resaltar que, el accionante no cuestionó de forma alguna este hecho, en el marco del proceso penal, ni en el proceso de tutela.

[3] Ver folios 51 al 55 del cuaderno No. 1.

[4] Ver folio 57 del cuaderno No. 1.

[5] Ver folio 60 del cuaderno No. 1.

[6] De acuerdo con el informe médico legal sexológico, el cual fue puesto en conocimiento de los jueces desde la audiencia de imputación y al cual se hace referencia en el minuto 9-12 del audio de dicha audiencia que obra en el primer CD, en el folio 4 del expediente del proceso penal. De la misma manera, el informe vuelve a ser citado por la Fiscalía General de la Nación en el 4 CD, correspondiente a la audiencia de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, el cual se encuentra en el folio 6 del expediente del proceso penal.

[7] Según lo expresan en el minuto 42:00 del audio de la audiencia de primera instancia de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, el cual se encuentra en el folio 6 del expediente del proceso penal. En efecto, los padres manifiestan que entienden lo que significa la aplicación de un principio de oportunidad y que, previo a consultar con su hija, están de acuerdo con la solicitud hecha por la Fiscalía General de la Nación, en la medida en que la menor se encuentra emocionalmente desgastada por el proceso penal.

[8] Audiencia de legalización del principio de oportunidad. Folio 6 del expediente del proceso penal.

[9] De conformidad con el acta de la audiencia visible en el folio 61 del cuaderno N.º.1. Así como en el audio de la diligencia que se encuentra en CD en el folio 6 del expediente del proceso penal.

[10] Ver folio 62 del cuaderno No. 1.

[11] La intervención del representante del Ministerio Público, es posible escucharla en el audio de la audiencia de primera instancia de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, el cual se encuentra en el folio 6 del expediente del proceso penal.

[12] Ver folio 65 del cuaderno No. 1.

[13] De acuerdo con el audio de la audiencia de segunda instancia, el cual se encuentra en el CD 6 en el folio 7 del expediente del proceso penal.

[14] La jueza, cita las resoluciones No. 4155 y No. 0-2370 del 2016 proferidas por la Fiscalía General de la Nación, en donde se establece que “en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se podrá aplicar el principio de oportunidad en el evento descrito en el

parágrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 relativo a las conductas dolosas cuya víctima sea un menor de edad, cuando realizando un análisis de proporcionalidad se concluya que lo razonable sea suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, y en su lugar, optar por medidas de carácter pedagógico, formativas y reparadoras, en consonancia de lo establecido en la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia”.

[15] Entre otras normas, cita la Ley 906 de 2004, y la modificación del artículo 250 de la Constitución Política.

[16] Véase, folio 88 del cuaderno No. 1.

[17] De la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la magistrada María Stella Jara Gutiérrez, posterior a ceder el caso por no haber sido aprobada su ponencia, salva su voto, al considerar que los juzgados 3º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías y 2º Penal del Circuito de Adolescentes de Conocimiento de Bogotá incurrieron en una vía de hecho, al emitir los autos interlocutorios del veintidós (22) de junio y veintidós (22) de agosto de 2017 sin tener en cuenta la prohibición establecida en el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia; así mismo incurrieron en una vía de hecho por desconocimiento del precedente emitido por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos AP del 30 de julio de 2014 con radicado 44.102 y el AP del 25 de enero de 2017, radicado 47.826.

[18] Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: “[...] (iii) No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios. [...] (vii) No 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, (viii) Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”.

[19] Tomando como base, las causales establecidas en la sentencia T-781/11.

[20] Sentencia C-738/08.

[21] AP 4263-2014 y AP 255-2017.

[22] Respuesta emitida por la señora Mónica Milena Pulido Garzón, actuando en calidad de Secretaria. Véanse los folios 39 al 41 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[23] La información introducida en el cuadro, expone el número de solicitudes de aplicación del principio de oportunidad presentadas por la fiscalía desde el año 2009 hasta el 2018 en materia de delitos sexuales cometidos con menores de edad, por otros menores, en las cuales se avizora que hay quince (15) requerimientos aprobados y nueve (9) no aprobados, estando el número más alto de solicitudes aprobadas en el año 2011.

[24] Rafael Enrique López Géliz, actuando como juez titular del despacho. Véanse los folios 43 al 62 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[25] Luz Karime Fernández Castillo, actuando como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica. Véanse los folios 64 al 68 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[27] Diana M. Rodríguez Charry, allega concepto rendido por diversos docentes e investigadores del programa de Psicología, de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Véanse los folios 71 al 74 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[28] Relaciona la edad en tres acepciones; la edad anatómica, que hace referencia al grado de desarrollo físico, la edad mental, que representa el nivel de desarrollo de la inteligencia que expresa la edad cronológica que corresponde del modo más típico a determinado nivel de rendimiento y, la edad social, que refiere el grado de madurez alcanzado que permite hacer frente a las exigencias de nuestro entorno social, familiar (Prieto, 2008).

[29] Johnny Javier Orejuela Gómez, en calidad de Jefe del Programa de Psicología, de la Escuela de Humanidades. Véanse los folios 77 al 79 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[30] 1. Cada caso debe ser comprendido en su particularidad y contingencia; 2. Los

aspectos psicológicos deben ser valorados por expertos peritos en el tema, y 3. Todo sujeto se comporta de acuerdo con las condiciones que le impone y probabiliza (sic) no solo su cuerpo sino también el proceso de apropiación subjetiva, psicológica particular de su historia personal enmarcada en procesos de socialización.

[31] Diana Obando Posada y Johana Romero P., actuando como profesoras de la Universidad de la Sabana. Véanse los folios 83 al 84 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[32] Elvia Vargas Trujillo, Mónica Pérez Trujillo y Karen Ripoll Núñez, profesoras asociadas al Departamento de Psicología. Véanse los folios 87 al 104 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[33] Teorías planteadas por Joaquín de Paul Ochotorena y Arrubarrena, María Ignacia Arrubarrena M. así como por Trujillo Vargas y Ramírez.

[34] Hace referencia a que esta puede derivar de la diferencia de edad, roles en la relación, o la fuerza física entre el ofensor y la víctima, así como de la mayor capacidad de manipulación psicológica que el primero tenga sobre la segunda.

[35] El ofensor sexual cuenta con mayores conocimientos que su víctima sobre la sexualidad y la actividad sexual y sus implicaciones.

[36] El objetivo del ofensor sexual es la propia y exclusiva gratificación sexual; aun cuando intente generar excitación en la víctima, esto siempre se relaciona con el propio deseo y necesidad, nunca con los deseos y necesidades de la víctima.

[37] Sonya Negriff, Matthew Brensilver & Penelope Trickett (2015).

[38] Incrementa el abandono escolar y la posibilidad que la persona sea encarcelada en el futuro, como adulto.

[39] En consecuencia, a la inmadurez psicológica de los menores, se les restringen las posibilidades de desarrollo emocional por las condiciones de la reclusión; problemas de salud mental, como depresión, ideación suicida y consumo de drogas; adicional a ello, estudios muestran que los expone a nuevas experiencias de abuso lo que aumenta las

complicaciones psicológicas iniciales.

[40] Miguel Emilio La Rota, Director de Políticas y Estrategia. Véanse los folios 109 al 124 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[41] María Consuelo Sandoval Gómez. Véanse los folios 143 al 169 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[42] Exaltó que la normatividad internacional se puede apreciar dos reglas: (i) todo niño, indiciado o declarado culpable de haber infringido la Ley penal, tiene derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad, promoviendo su reintegración para que asuma una función constructiva en la sociedad, y (ii) Los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño tomarán las medidas necesarias para tratar a estos niños, de preferencia, sin recurrir a procedimientos judiciales.

[43] De manera extemporánea, Rodrigo Gil Botero, en calidad de Ministro de Justicia y de Derecho y presidente de SNCRPA, allega contestación a las solicitudes. Véanse los folios 210 al 220 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[44] Relaciona la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de la ONU para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), la observación General No. 10 del Comité de los Derechos del Niño, la Carta Política (Artículo 44) y la Ley 098 de 2006.

[45] Adolfo Franco Caicedo, en calidad de Director de Política Criminal y Penitenciaria. Véanse los folios 126 al 141 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[46] Marín Santiago Herrero, en calidad de Coordinador Residente y Humanitario del Sistema de las Naciones Unidas en Colombia. Véanse los folios 194 al 197 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[47] CIDN y Reglas de Beijing.

[48] Daniel Calzada, quien actúa como Jefe de Delegación – Colombia. Véanse los folios 175 al 179 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[49] Artículo 144. Procedimiento Aplicable. Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.

[50] Fabián Mauricio López Caicedo.

[51] Artículo 199. Numeral 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

[52] Artículo 199. Numeral 8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

[53] Artículo 199. Numeral 12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

[54] Véanse los folios 16 al 31 del cuaderno de revisión en la Corte Constitucional.

[55] El siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, comunicó al abogado Fabián Mauricio López Caicedo la tutela. Véanse los folios 38 y 43 del cuaderno de primera instancia. La Corte Suprema de Justicia, por su parte, asumió conocimiento de este proceso el treinta (30) de enero de 2018.

[56] Mediante oficio Núm. T2 – IGS-7166 se notificó del fallo de primera instancia; véase folio 121 del cuaderno de primera instancia; mediante telegrama 6198, la Corte Suprema de Justicia notifica el fallo de segunda instancia, véase folio 33 del cuaderno de segunda instancia.

[57] “(...) la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida que sólo tiene cabida cuando la decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales cuando

ejerce control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional (...)” sentencia SU 917 de 2010, reiterada por la sentencia SU-050 de 2017.

[59] Ver sentencia T-211 de 2009.

[60] Ver las sentencia y T-167 2011, T-200 de 2014 y T-406 de 2015.

[61] Ver sentencia T-320 de 2016.

[62] Ver sentencia C-543 de 1992.

[63] Ver sentencia T-246 de 2015.

[64] Ver sentencia T-652 de 2008.

[65] Ver sentencia T-421 de 1998.

[66] Ver sentencia C-134 de 1994.

[67] Ver sentencia SU-391 de 2016.

[68] Ver sentencia C-738 de 2008.

[69] Ley 906 de 2004, Artículo 323, inciso 2.

[70] Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 157 del 10 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso núm. 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso núm. 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002 y Gaceta del Congreso núm. 110 del 11 de marzo de 2003. Ver. Corte Constitucional, sentencia T-672/13.

[71] Véanse las gacetas del Congreso: 395/06, 396/06, 398/06, 402/06, 234/06, 234/06, 128/06, 75/06, 887/05, 887/05, 751/05, 551/05.

[72] Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia, artículo 1º: Finalidad.

[73] Código de Infancia y Adolescencia, artículo 174. “Del principio de oportunidad: la conciliación y la reparación integral de los daños. Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad [...].”

[74] Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la Resolución 2370 de 2016.

[75] Artículo 144.

[76] Resolución 4155 de 2016, proferida por el Fiscal General de la Nación. En cuanto al test de proporcionalidad en los casos del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, determinó que se adecuará a las circunstancias y necesidades especiales de los responsables, en virtud del principio del interés superior del niño.

[77] Constitución Política, Artículo 44, parágrafo 3°.

[78] Corte Constitucional, Sentencia T-510/03.

[79] Ver sentencia T-189 de 2005.

[80] Ver sentencia T-205 de 2004.

[81] Ver sentencia T-800 de 2006.

[82] Ver sentencia T-522 de 2001.

[84] Ver sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

[85] Ver sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

[86] Ver sentencias T-814 de 1999, T-462 de 2003, T-1244 de 2004, T-462 de 2003 y T-1060 de 2009.

[87] Ver sentencia T-018 de 2008.

[88] Ver sentencia T-086 de 2007.

[89] Ver sentencia T-231 de 1994.

[90] Ver sentencia T-807 de 2004.

[91] Ver sentencia T-056 de 2005, T-1216 de 2005, T-298 de 2008 y T-066 de 2009.

[92] Ver sentencias T-114 de 2002 y T- 1285 de 2005.

[93] Ver sentencia T-086 de 2007.

[94] Ver sentencias T-193 de 1995, T-949 de 2003, T-1285 de 2005 y T-086 de 2007.

[95] Ver sentencias T-1625 de 2000, T-522 de 2001, SU-1184 de 2001 y T-047 de 2005.

[96] Ver sentencia C-122 de 2011.

[97] Ver sentencia SU-132 de 2013 y T-681 de 2016, en la cual se estableció que: (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales” (subrayas no originales).

[98] En ese sentido, y como se ha dicho a lo largo de esta sentencia, la final perseguida por el legislador con la adopción del Código de Infancia y Adolescencia respecto de la justicia de menores es la de tener un carácter pedagógico, específico y diferenciado (artículo 144) teniendo como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad (artículo 174).

[99] En línea con lo anterior, en la Regla número 19 de Beijing, se estableció que “El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

[100] Artículo 199. Numeral 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

[101] Artículo 199. Numeral 7. No 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.

[102] Artículo 199. Numeral 8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

[103] Ver sentencia C-720 de 2007.

[104] Ver, entre otras, sentencias C-354 de 2009 y C-838 de 2013.

[105] Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y complementada por resoluciones adaptadas por la Asamblea General de la ONU como las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Reglas de La Habana, estas últimas referenciadas para fines interpretativos.

[106] Artículo 4, Constitución Política de Colombia

[107] Sobre la participación de la víctima en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, esta Corte, en la sentencia T-448 de 2018, respecto de los preacuerdos manifestó lo siguiente: “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.”

[108] En la audiencia en la que se legalizó la solicitud de la procedencia del principio de oportunidad, en primera instancia, el joven M.A.L.P indicó que cuando se acercó al ICBF para

tomar los cursos formativos, éstos no le pudieron ser dictados por cuanto para ese momento ya era mayor de edad. Sin embargo, debido a esa situación decidió tomar cursos por su cuenta en PROFAMILIA. La certificación de éste hecho, fue aportada en la audiencia y la autoridad judicial la incorporó al expediente valorándola en los minutos 1:15:42-1:16:24. Esta información consta en el CD 4, el cual obra en el folio 6 del expediente del proceso penal adelantado.

[109] Así lo indicó el Defensor de Familia en los minutos 44:46-49:00 de la audiencia de primera instancia de legalización de la solicitud del principio de oportunidad, momento en el que leyó el informe socio psicológico que el ICBF aportó al proceso. Esta información consta en el CD 4, el cual obra en el folio 6 del expediente del proceso penal adelantado.

[110] *Ibídem.*

[111] *Ibídem.*

[112] De acuerdo con el informe médico legal sexológico, el cual fue puesto en conocimiento de los jueces desde la audiencia de imputación y al cual se hace referencia en el minutos 9-12 del audio de dicha audiencia que obra en el primer CD, en el folio 4 del expediente del proceso penal. De la misma manera, el informe vuelve a ser citado por la Fiscalía General de la Nación en el 4 CD, correspondiente a la audiencia de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, el cual se encuentra en el folio 6 del expediente del proceso penal.

[113] Entre los minutos 41:00 y 42:40, el despacho le pregunta a los padres de la víctima si conocen las consecuencias del principio de oportunidad y si están de acuerdo con éstos manifiestan que tanto ellos, como su hija saben que luego de ello, el proceso será archivado. De la misma forma, los padres, entre los minutos 43:00 y 44:00 indican que su hija tomó cursos de capacitación y de resocialización en la fundación “Creemos en ti” y en su EPS. Por último, en el minutos 43:36, los representantes indican que la víctima se encuentra emocionalmente afectada por cuenta del proceso y que por eso todos concuerdan en codayubar la pretensión de otorgar el principio de oportunidad. La información anterior, consta en el audio de la audiencia de primera instancia adelantada con la finalidad de legalizar la aplicación del principio de oportunidad el 22 de junio de 2017 y consta en el CD 4, que se encuentra en el folio 6 del proceso penal.

[114] Según lo expresan en el minuto 42:00 del audio de la audiencia de primera instancia de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, el cual se encuentra en el folio 6 del expediente del proceso penal. En efecto, los padres manifiestan que entienden lo que significa la aplicación de un principio de oportunidad y que, previo a consultar con su hija, están de acuerdo con la solicitud hecha por la Fiscalía General de la Nación, en la medida en que la menor se encuentra emocionalmente desgastada por el proceso penal.

[115] Artículo 178. Finalidad de las sanciones. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas.

El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.

[116] En el CD de audiencia preliminar del 22 de junio de 2017 en la cual se hizo solicitud de aprobación de principio de oportunidad el ICBF identifica las condiciones de vida en sus aspectos educativos, socioeconómicos, psicológicos, entre otras del menor en las cuales se destaca que es un joven sano, en un ambiente familiar adecuado y que actualmente está ateniendo a estudios superiores en diseño gráfico. Sin embargo, solicita que no se acepte el principio de oportunidad por consumo experimental de marihuana.

[117] En la audiencia preliminar que consta en el mismo CD del expediente el juez como director del proceso corre traslado a los padres de la víctima quienes manifiestan que tanto ellos como la menor conocían las consecuencias jurídicas del principio de oportunidad y estaban de acuerdo con la aplicación del mismo. Esta grabación se puede consultar en el CD a partir del minuto 41.

[118] Artículo 179. Criterios para la definición de las sanciones. Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. (...)

2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.

[119] A su vez, cita la sentencia con radicado 32.718, en la cual se menciona que los beneficios por acogimiento a cargos, no es dable en relación con la prohibición establecida en el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia.

[120] Ver, entre otras, las sentencias T-025 de 1997, T-1047 de 2003, T-489 de 2006 y T-006 de 2015.

[121] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de junio de 2018, SP-21592018 (50313).