

Sentencia T- 520A-09

(Julio 31, Bogotá D.C)

ACCION DE TUTELA-Procedencia contra decisión de fiscal de archivar investigación penal/PROTECCION EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE ACCESO A LA JUSTICIA Y GARANTIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO/ ARCHIVO DE INVESTIGACION PENAL/ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS-El artículo 79 de la Ley 906/04 no establece recursos contra esa determinación

En el caso que ocupa a la Sala, si bien se alega por algunos de los accionantes la posibilidad de la madre de adelantar otras actuaciones en contra de la decisión de archivo tomada por el Fiscal Delegado 111, -vgr., recursos de reposición o apelación y/o la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías-, lo cierto es que ninguna de las opciones procesales que se aducen para el efecto, tiene la eficacia necesaria para asegurar la protección efectiva de los derechos de acceso a la justicia y garantía de los derechos de los niños, en los mismos términos previstos por el amparo constitucional. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la decisión de archivar o no una indagación en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no cuenta con los recursos de reposición y apelación que se alegan. Ello se debe a que el archivo señalado es una orden, de las especificadas en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004 y derivada de la titularidad que tiene la Fiscalía sobre la acción penal. En tal sentido, el artículo 79 del C.P.P. no establece recursos en contra de esa determinación del funcionario judicial investigador, ni proceden expresamente los recursos ordinarios establecidos en la Ley 906 de 2004, artículo 176 C.P.P. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que aunque no es posible hacer comparaciones automáticas entre las figuras consolidadas en reglas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias establecido en la Ley 906 de 2004 guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, y en esta última, se plasman los recursos de reposición y apelación mencionados con claridad. aunque el juez de control de garantías está facultado para proteger los derechos fundamentales de los involucrados en el proceso, en el caso que nos ocupa no es clara la pertinencia de su intervención para ordenar al Fiscal Delegado 111, de ser el caso, que realice una investigación que no ha adelantado o que entre a valorar la pertinencia de algunos

hechos objeto de su conocimiento; teniendo en cuenta que dentro del sistema penal acusatorio al que pertenece, la disposición de la acción penal es de la Fiscalía. Por consiguiente, ante la amenaza de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos, sin que exista un medio de defensa suficientemente efectivo en la protección privilegiada de esos derechos, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo de protección, por lo que la Corte entrará por ello en el análisis de fondo de los hechos, en esta providencia.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Caso en que se hace referencia a la interpretación del artículo 11 g de la Ley 906/04

En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías para controvertir la decisión de archivo del Fiscal investigador, resalta la Sala que aunque el artículo 11(g) de la Ley 906 de 2004 indica que las víctimas tienen derecho a ello ciertamente, la sentencia C-1154 de 2005 de esta Corporación -que revisó la constitucionalidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004-, reconoció que existía la posibilidad de que ello ocurriera en caso de conflicto con el archivo de la indagación, aunque sostuvo también la Corte que con ello no estaba determinando un control de la actuación del Fiscal, por vía jurisprudencial a través del juez de control de garantías. La posibilidad de acudir al juez de control de garantías es una opción procesal viable, que si bien puede ejercerse por los interesados en los términos descritos, carece de una regulación específica en la Ley 906 de 2004 que asegure su efectividad en la protección plena del acceso a la justicia y los derechos de los niños amenazados presuntamente en este caso.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN CASO DE TUTELA CONTRA DECISION DE ARCHIVO DE INVESTIGACION PENAL

En cuanto a la crítica que plantea el Consejo Superior de la Judicatura sobre el tema de la inmediatez, recuerda la Corte que ese requisito de procedencia tutelar exige que el paso del tiempo entre la toma de la decisión administrativa o judicial que se objeta y la presentación de la tutela, pase un tiempo razonable y que no sea desproporcionado, al punto tal de hacer inconducente la protección inminente de los derechos fundamentales propia del amparo constitucional. En este caso, si bien se dio un pronunciamiento

final del Fiscal Delegado 111 en mayo de 2008 y la tutela se presentó en enero de 2009, la accionante contó con la justificación procesal precisa para el efecto. En consecuencia, en el interregno, utilizó todas las vías jurídicas pertinentes para que de manera cierta fuera posible reasignar el caso a otro fiscal o sancionar al funcionario judicial aludido, con el propósito de modificar su decisión final de archivo. Como el archivo de la investigación es una decisión judicial más de tipo administrativo que una providencia en sí misma considerada, que no genera en términos concretos ni cosa juzgada, ni afecta la caducidad de la acción penal, ni consolida una decisión definitiva del Fiscal, ya que es posible que se pueda volver a abrir la investigación si aparecen nuevas pruebas, el que estuvieran pendientes de respuesta al momento de presentación de la tutela las solicitudes descritas, justifica el periodo de tiempo entre la decisión del Fiscal y la tutela, a la espera de una respuesta por parte del Fiscal General de la Nación.

SOLICITUD DE REASIGNACION DE INVESTIGACION PENAL EN DIFERENTES INSTANCIAS DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN CASO DE ARCHIVO DE INVESTIGACION PENAL POR PRESUNTO ABUSO SEXUAL

Es por esto que el principio que se describe fija una garantía constitucional consistente en asegurar el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Por ende, las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, quedan limitadas a orientar todas sus decisiones según los derechos de los niños y el principio de su interés superior, de forma tal que este último “cumple una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño”. En ejercicio de tal función hermenéutica, resulta innegable que el interés superior del menor constituye la finalidad de toda política pública pertinente y se erige en referente teleológico de toda decisión de autoridad que implique la preservación de los derechos de los niños. Las autoridades encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan entonces con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. Si bien el efecto

disuasivo de la justicia penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales ha sido ampliamente cuestionado, la penalidad de las conductas que comprometen gravemente los derechos de las personas y de los niños y niñas en especial, si es una garantía que les debe ser asegurada por el Estado a los menores para relevarlos de la victimización de la que pueden ser objeto si la persecución de los delitos en su contra no es efectiva. La investigación en estas materias, está en cabeza de los Fiscales, sin cuyo concurso, no queda haber nada más que la impunidad. Una forma de asegurar en consecuencia tales derechos es asegurando para los niños y niñas, a la par, el acceso efectivo a la administración de justicia.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA BUSQUEDA DE LA VERDAD, JUSTICIA Y REPARACION

El acceso a la justicia supone entonces, (i) el derecho ser oído en un juicio en el que sus razones sean tenidas en cuenta -defensa e igualdad en el acceso a la administración judicial -; (ii) el derecho a contar con un tribunal competente, imparcial e independiente para el efecto, y (iii) el derecho a una decisión judicial como resultado de un proceso en el que se han respetado las garantías procesales establecidas por la ley. La autoridad prevista por el sistema legal del Estado para el efecto, debe decidir entonces sobre los derechos de toda persona que interponga ese recurso; lo que conlleva efectuar una determinación entre los hechos y el derecho - con fuerza legal - que recaiga y trate sobre un objeto específico. Así mismo, el derecho a un recurso judicial efectivo incluye la obligación de investigar, identificar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. No cumplir con tales garantías, significa una denegación de justicia, proscrita por los tratados internacionales.

La búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana de todos los implicados, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas que racionalicen el proceso.

COMPETENCIAS DE LOS FISCALES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO/ARCHIVO DE LA INDAGACION EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Alcance y naturaleza

El archivo de la indagación se encuentra en el ámbito exclusivo del fiscal, y no comporta una extinción de la acción penal, aunque sí tiene efectos significativos para la víctima en

el proceso. En ese sentido, el ejercicio arbitrario de una determinación como archivo de un caso, en cabeza del Fiscal de conocimiento, puede suponer en los términos ya enunciados una afectación cierta del derecho de acceso a la justicia. Se recuerda, en efecto, que no le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. La Fiscalía, de hecho, no puede entrar a hacer consideraciones de carácter subjetivo a la hora de dar aplicación al artículo 79 de la ley 906 de 2004. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación, lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. Ya que esa decisión de archivo puede perturbar a las víctimas, concluyó la sentencia C-1154 de 2005 lo siguiente: (i) dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. (ii) La orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos; así como para (iii) el cumplimiento de sus funciones al Ministerio Público. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar (iv) la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación y (v) eventualmente cabe la intervención del juez de garantías. Finalmente la Corte en esa providencia, (vi) condicionó la norma a que “la caracterización del delito” corresponda a la tipicidad objetiva del mismo. No puede hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad.

ARCHIVO DE INVESTIGACION PENAL POR PRESUNTO ABUSO SEXUAL-Orden de reabrir investigación penal

Sorprende a la Sala la obstinación del Fiscal Delegado 111 por desestimar el contenido de los elementos probatorios aportados por la madre. Si bien los fiscales son autónomos en sus decisiones, lo que sí no pueden es apartarse irrazonablemente de sus obligaciones legales con respecto al ejercicio de la titularidad de la acción penal; menos aún cuando son los llamados a cumplir con los deberes de investigación y acusación de los delitos. En sentido abstracto, el compromiso de llegar a la verdad y perseguir a los culpables,

puede considerarse una carga enorme para tales autoridades, bajo el supuesto de que esa búsqueda, en todos los casos, resulta ser una responsabilidad imposible de asegurar en términos de recursos y tiempo. No obstante, en circunstancias como ésta, no hay justificación alguna para apartarse del deber de investigar en lo pertinente, existiendo duda sobre la comisión del delito. La Corte reconoce que el Fiscal accionado se apoyó efectivamente en su determinación final, por expertos de la Fiscalía y de Medicina Legal. Sin embargo, los otros expertos dieron razones puntuales y técnicas, también relevantes para su consideración. El Fiscal alega en consecuencia, que se sostiene en las pruebas por él recaudadas por razones de objetividad. No obstante destaca la Corte que sus razones no fueron compartidas por los demás fiscales de rango superior que revisaron el expediente durante el trámite de la solicitud de reasignación. De hecho, todos coincidieron en que tales pruebas debieron ser investigadas. El Fiscal Delegado 111 por lo tanto, debió haberse comprometido con una investigación eficiente y la búsqueda de la verdad, so pena de incumplir con sus obligaciones y amenazar el derecho de acceso a la justicia de Juliana y Lina. Por lo tanto, no le era pertinente en la fase de mera indagación, “tachar” los elementos probatorios presentados por la madre, sin una pesquisa previa, y menos hacer afirmaciones desobligantes contra ella, alegando que todo era producto de su imaginación. Claramente la preocupación de la señora Juliana no surgió de una conclusión espontánea, sino de consideraciones de expertos que afirmaron que pudo haber existido ciertamente el delito que la madre sospecha. En ese sentido, cuando hay expertos de un lado sosteniendo la presunta existencia de una conducta punible y expertos del otro, señalando lo contrario, la duda debe ser resuelta constitucionalmente, en favor de los derechos del menor, de su interés superior y de su protección reforzada. La respuesta inversa, es la impunidad. Por lo tanto no se deben escatimar esfuerzos en obtener la verdad, buscando nuevas pruebas o valoraciones de expertos de mayor jerarquía que expliquen esas diferencias sobre la existencia o no de la conducta típica, etc. De hecho, la omisión del Fiscal de investigar los elementos probatorios aportados por la madre, con fundamento en una negativa irracional apoyada en desestimaciones subjetivas, amenaza ciertamente los derechos fundamentales de la accionante y los de su hija. A su vez, archivar la investigación bajo el supuesto de inexistencia de la conducta típica, existiendo una duda importante apoyada en elementos técnicos relevantes, significa la amenaza cierta a los derechos de la madre y de Lina, al acceso a la justicia y la protección de los derechos de los niños. Ordenará

la Sala de Revisión, al Fiscal Delegado 111 en los términos de esta providencia, reabrir la investigación penal y adelantar una investigación técnica completa, que tome en consideración los hechos y las pruebas aportados por la madre de la menor y permita dirima la duda relacionado con si existe o no la conducta típica.

Referencia: Expediente T-2.220.938

Accionante: Juliana Quintero1.

Accionado: Dirección Nacional de Fiscalías y Consejo Superior de la Judicatura.

Fallo objeto de Revisión: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, del 12 de febrero de 2009.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda.

1.1. Elementos de la demanda.

- Derechos presuntamente vulnerados: debido proceso en actuaciones judiciales y administrativas, petición y los derechos de los niños a la integridad física.
- Conducta que causa la vulneración: archivo del caso por el Fiscal encargado del mismo sin la investigación de algunos hechos que daban cuenta de la comisión de un presunto delito sexual, tras denuncia formulada por la madre de la menor víctima contra el abuelo paterno de su hija Lina; la decisión de la Dirección Nacional de Fiscalías de no reasignar dicha investigación a otro Fiscal; y la omisión del Consejo Superior de la Judicatura en dar respuesta oportuna a la solicitud de investigación del mencionado funcionario judicial.
- Pretensión: se investiguen los hechos aportados por la madre y se permita al ICBF

mantener las medidas cautelares previamente adoptadas, a fin de proteger a la niña del contacto con el presunto agresor.

1.2. Fundamento de la pretensión:

- Juliana Quintero, madre de la pequeña Lina de 3 años de edad, presenta acción de tutela² en contra de la Dirección Nacional de Fiscalías y el Consejo Seccional de la Judicatura, por considerar que a raíz de la irregular gestión del Fiscal Delegado 111 que conoció de su denuncia por abuso sexual en contra de su pequeña niña, las autoridades judiciales accionadas dejaron de darle respuesta oportuna a sus solicitudes tendientes a obtener la reasignación del caso ante otro Fiscal y de iniciar una investigación disciplinaria, en contra del mencionado funcionario judicial.

- Para la accionante, el Fiscal Delegado 111 decidió irregularmente archivar la investigación penal, invocando la inexistencia del hecho punible, desestimando en su totalidad los elementos probatorios allegados por la madre con ocasión de las diligencias que realizó por asesoría del ICBF, en donde obtuvo pruebas psicológicas y médicas que aludían a la existencia de un presunto abuso sexual en contra su hija. El Fiscal Delegado 111, que en un primer momento se pronunció archivando la investigación, sin conocer de esas pruebas, se mantuvo posteriormente en su decisión de archivar el caso, a pesar de que ellas señalaban un presunto hecho ilícito en contra de la niña, desestimándolas sin mayor investigación. El funcionario judicial insistió en que el supuesto abuso nunca ocurrió, y que era producto de la imaginación de la accionante.

- La tutelante solicita entonces la protección de sus derechos fundamentales y de los de su hija al debido proceso y los derechos de los niños, teniendo en cuenta que las valoraciones que se le hicieron a la niña y se adjuntaron al expediente, fueron realizadas por expertos a los que acudió, luego de pedir ayuda al ICBF. Además, a raíz de la decisión de archivo del caso por parte del Fiscal Delegado 111, el ICBF se ha visto en la imposibilidad de seguir manteniendo las medidas cautelares en contra del presunto agresor, por lo que es posible que se le autorice nuevamente al abuelo de la menor, el contacto con ella, dado que el padre biológico de la niña vive junto con el presunto infractor. La demandante se conduce de la impunidad a la que se ha visto enfrentada, de la falta de garantías de acceso a la justicia, de las constantes irregularidades en la

actuación del Fiscal y del peligro que corre su hija por las razones expuestas.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

En el trámite de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal, a fin de integrar debidamente el contradictorio, decidió vincular a la tutela de la referencia, adicionalmente, al Fiscal Coordinador de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; al Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito que conoció de la denuncia de la tutelante y al Procurador Delegado por el Ministerio Público en Asuntos Penales.

2.1. Fiscalía General de la Nación.

La Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, afirmó en la contestación de la tutela, en cuanto a la solicitud de la madre de reasignación del caso, lo siguiente:

a. La Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, el 1º de agosto de 2008, presentó concepto favorable a la Dirección Nacional de Fiscalías, sobre la solicitud de resignación del caso de la referencia presentada por la señora Juliana Quintero, precisando lo siguiente:

“[C]onsidera conveniente la reasignación de la investigación a otro funcionario, toda vez a que pese a que el Fiscal... Delegado emitió la decisión de archivo con fundamento en medios probatorios legalmente aducidos al proceso y cuyo contenido soporta su determinación, también es cierto que se ha mostrado renuente a reconsiderar su posición pese a todos los documentos presentados por el representante de la víctima posterior a su archivo cuyo contenido debe al menos ser verificado y ratificado por quienes lo suscriben.”

a. La Dirección Nacional de Fiscalías, el 17 de septiembre de 2008, remitió a la Coordinación de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia las

diligencias correspondientes, a fin de continuar con el trámite de la solicitud de reasignación especial. El Fiscal Jefe de esa Unidad dispuso asignarlas a otro Fiscal Delegado, quien mediante pronunciamiento del 10 de octubre de 2008, compartió el criterio expresado por la Directora Seccional de Fiscalías, sugiriendo reasignar el conocimiento de la investigación penal en el caso de la menor Lina, a otra Fiscalía Delegada de la misma unidad.

a. Remitido el concepto y documentación correspondiente a la Dirección Nacional de Fiscalías, esa dependencia realizó el proyecto de resolución favorable a la reasignación del caso, para que el Fiscal General de la Nación lo examinara, corrigiera y tomara finalmente una decisión. Siendo así, el Fiscal General de la Nación, decidió negar la designación especial instaurada mediante Resolución de enero de 2009, por considerar que: “(...) el sólo hecho de que el Fiscal de Conocimiento dentro de su autonomía o independencia hubiere ordenado archivar la actuación no conlleva que sea inminente su procedencia, máxime cuando existen otros mecanismos legales ordinarios a los que la representante de la víctima puede acudir (literal g. artículo 11 de la Ley 906 de 2004) (...)”. Esta disposición fue comunicada a la peticionaria el 3 de febrero de 2009.

2.2. Dirección Nacional de Fiscalías y Fiscal Jefe de la Unidad Delegada de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual.

2.2.1. La Fiscal Jefe de la Unidad Delegada de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual y el Fiscal Adscrito a la Dirección Nacional de Fiscalías, en relación con la petición presentada por la accionante de reasignación del caso e investigación disciplinaria al funcionario (6 junio de 2008), sostienen que a dicho requerimiento se le dio el trámite previsto para la reasignación de casos en el concepto y resoluciones establecidos por el Fiscal General para el efecto. De este modo, después del concepto de la Dirección Seccional correspondiente, en julio de 2008, consideraciones favorables al cambio de fiscal fueron enviadas a la Dirección Nacional de Fiscalías en agosto de 2008, quien a su vez remitió su concepto al Despacho del Fiscal General, el 17 de septiembre de 2008. El Fiscal General de la Nación negó la solicitud de reasignación el 28 de enero de

2009. A su vez la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, remitió a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, la solicitud de actuación disciplinaria, por tratarse de funcionarios judiciales.

2.2.2. Luego de este recuento, solicitan entonces que se niegue la tutela, por ausencia de violación de los derechos fundamentales de la accionante y de su menor hija, en la gestión de tales requerimientos.

2.3. Consejo Superior de la Judicatura.

2.3.1. El Consejo Superior de la Judicatura, en respuesta a la tutela de la referencia, afirma que la acción constitucional debe ser declarada improcedente, porque el amparo no está consagrado como un medio para hacer efectivo el trámite de un asunto sometido a procedimiento especial, menos cuando según la legislación y la jurisprudencia nacional, el único autorizado para formular acusaciones de carácter penal es la Fiscalía General de la Nación, situación que fue resuelta en el auto del 14 de mayo de 2008. En ese orden de ideas, alega esa corporación que como pasaron 8 meses luego de la decisión de la Fiscalía de archivar el proceso antes de proponer la tutela, en este caso existe falta de inmediatez. Tampoco se viola el derecho de petición, porque todos los requerimientos de la accionante fueron contestados. Finalmente, el Consejo Superior considera que la señora Juliana podía presentar en contra de la decisión del Fiscal Delegado 111, los recursos de reposición y apelación y no lo hizo, por lo que no es procedente la acción judicial que se propone.

2.3.2. Se destaca que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con posterioridad al fallo de tutela, informó que adelantó una actuación disciplinaria contra el Fiscal Delegado 111. Ella tuvo como resultado sentencia inhibitoria el 1º de agosto de 20084.

2.4. Procuraduría General de la Nación.

La Procuraduría General de la Nación afirma que dio respuesta oportuna a la solicitud de investigación disciplinaria del Fiscal Delegado 111, presentada por la tutelante el día 3 de julio de 20085, indicándole que la competencia para el efecto era del Consejo Superior de la Judicatura y no de la Procuraduría.

3.1. Fallo Único de instancia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal.

3.1.1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante decisión del 12 de febrero de 2009, negó la tutela de la referencia, por considerar que escapa a la órbita del juez constitucional el tomar una decisión en el tema. La peticionaria en calidad de víctima, puede presentar elementos o materiales probatorios, de evidencia física e información obtenida al Fiscal 111, para que reanude la indagación, como se desprende del artículo 79, inciso 2º de la Ley 906 de 2004. Igualmente cuenta con la posibilidad de solicitar a la misma Fiscalía, acudir ante el Juez de Control de Garantías, para impetrar medidas tendientes a prevenir situaciones de tal naturaleza, “de conformidad con el numeral b del artículo 11 y los artículos 133 y 134”.

En lo que respecta a la Procuraduría General, se considera que no se violó el derecho de petición porque se le dio una respuesta efectiva a la solicitud de la peticionaria, ya que esa entidad le corrió traslado al Consejo Superior de la Judicatura de la petición de investigación presentada por la madre de la menor, al ser éste el organismo competente para el efecto.

En cuanto al Consejo Superior de la Judicatura, advierte el Tribunal que la accionante no presentó ninguna petición directa ante esa institución, por lo tanto, no se advierte vulneración de los derechos fundamentales que invoca.

3.1.2. Se resalta, no obstante, el Salvamento de Voto uno de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal que conoció de la tutela, quien manifestó que todos los funcionarios judiciales están sometidos siempre, al imperio del ordenamiento jurídico y de la ley (Art. 230 C.P.), por lo que eran deficitarios los argumentos de la providencia mayoritaria, en la medida en que en contra de las decisiones del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 no cabe ningún recurso. Entonces, a su juicio, debía verificarse si existía o no una vía de hecho contra providencias judiciales en el caso concreto. Para el Magistrado, la resolución del 16 de abril de 2008 mediante la cual la Fiscalía decidió archivar las diligencias correspondientes, sí constituye una vía de hecho por defecto fáctico. El artículo 79 de la Ley 906 de 2004, leído en concordancia con la sentencia C-1154 de 2005 de la Corte Constitucional y con el auto del 5 de julio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia,

autoriza a la Fiscalía para archivar las diligencias únicamente cuando esté descartada la tipicidad objetiva del hecho. De otra parte, la indagación contaba con elementos de juicio que conducían a la hipótesis de un probable delito de actos sexuales con menor de 14 años que no fue investigado. En consecuencia, la tutela debió concederse.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Sala Quinta de la Corte Constitucional es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, desarrollados en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, al igual que en virtud del auto de la Sala de Selección No 4 del 03 de abril de 2009.

2. Problema Jurídico.

2.1. La Corte Constitucional deberá definir en esta oportunidad, si la decisión del Fiscal Delegado 111 de archivar la investigación penal relacionada con la denuncia de Juliana por el presunto delito de abuso sexual eventualmente cometido contra su pequeña hija de 3 años, viola o amenaza los derechos de la madre y de la menor al acceso a la justicia y a la protección especial de los niños y niñas en el contexto penal. Lo anterior, teniendo en cuenta que el Fiscal que conoció del caso, decidió mantenerse en la determinación de archivar la indagación sin investigar las consideraciones aportadas por la madre, bajo el argumento de que la tutelante “subjetivamente se ha creado en la mente esas circunstancias” y que no hay una conducta típica. Las pruebas presentadas por la madre fueron obtenidas por especialistas a los que fue remitida ella con la menor por el ICBF, para el apoyo a víctimas - una psicóloga clínica y el pediatra de la EPS-, quienes en sus conclusiones, señalan un posible delito de abuso sexual contra la menor.

Paralelamente, la Corte deberá determinar a su vez, si se violó el derecho de petición de la tutelante ante la solicitud de reasignación de la investigación penal en diferentes instancias de la Fiscalía General de la Nación -que finalmente se resolvió de manera negativa en enero del 2009-; y si se violó el mismo derecho, ante la solicitud de investigación disciplinaria presentada por ella ante la Procuraduría General de la Nación, en contra del Fiscal Delegado 111.

2.2. A fin de resolver estas inquietudes, la Corte analizará a continuación los siguientes temas relevantes para determinar si la actuación de estas autoridades significó una amenaza o violación de los derechos fundamentales de la tutelante y su hija: (i) procedencia de la acción de tutela en el caso concreto. (ii) Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional y el interés superior del menor. (iii) El derecho al acceso a la administración de justicia. (iv) Las competencias de los fiscales en el sistema Penal acusatorio y el alcance y naturaleza del archivo de la indagación en el nuevo sistema. Una vez revisados los puntos anteriores, tomará la Sala las decisiones que sean correspondientes.

3. La procedencia de la acción de tutela de la referencia.

3.1. La acción de tutela en los términos del artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, -en los eventos consagrados en la ley-6, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales⁷.

Este mecanismo privilegiado de protección es, sin embargo, residual y subsidiario⁸, ya que sólo procede cuando (1) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a proteger de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (a) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados; o (b) la tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable⁹.

3.2. Con relación a la idoneidad del mecanismo de protección alternativo, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 ha considerado que el otro medio de defensa judicial debe ser valorado en concreto, es decir, evaluando su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela¹⁰. Verificar la aptitud del mecanismo, exige establecer si éste permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”¹¹ a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, así como su habilidad para proteger los derechos invocados. De hecho, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el

juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela”¹².

3.3. En el caso que ocupa a la Sala, si bien se alega por algunos de los accionantes la posibilidad de la madre de adelantar otras actuaciones en contra de la decisión de archivo tomada por el Fiscal Delegado 111, -vgr., recursos de reposición o apelación y/o la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías-, lo cierto es que ninguna de las opciones procesales que se aducen para el efecto, tiene la eficacia necesaria para asegurar la protección efectiva de los derechos de acceso a la justicia y garantía de los derechos de los niños, en los mismos términos previstos por el amparo constitucional.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹³, la decisión de archivar o no una indagación en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004¹⁴, no cuenta con los recursos de reposición y apelación que se alegan. Ello se debe a que el archivo señalado es una orden, de las especificadas en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004¹⁵ y derivada de la titularidad que tiene la Fiscalía sobre la acción penal. En tal sentido, el artículo 79 del C.P.P. no establece recursos en contra de esa determinación del funcionario judicial investigador, ni proceden expresamente los recursos ordinarios establecidos en la Ley 906 de 2004, artículo 176 C.P.P.¹⁶ Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que aunque no es posible hacer comparaciones automáticas entre las figuras consolidadas en reglas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias establecido en la Ley 906 de 2004 guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000¹⁷, y en esta última, se plasman los recursos de reposición y apelación mencionados con claridad.

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

Dijo así la providencia constitucional que se menciona:

“Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías”. (Resaltados fuera del original).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera ilustrativa en su jurisprudencia que:

“[E]n la línea de lo que ha sido expuesto, las siguientes son algunas de las diferencias que de asaz se pueden observar entre las instituciones señaladas: (...) 7.5. La orden de archivo carece de recursos pero puede ser controvertida ante el juez de garantías (...)” 18

3.4. Con todo, debe resaltar la Corte, que la posibilidad de acudir al juez de control de garantías es una opción procesal viable, que si bien puede ejercerse por los interesados en los términos descritos, carece de una regulación específica en la Ley 906 de 2004¹⁹ que asegure su efectividad en la protección plena del acceso a la justicia y los derechos de los niños amenazados presuntamente en este caso.

Como lo ha señalado esta Corporación en otras oportunidades, para apreciar la conducencia del medio de defensa alternativo, es necesario tomar en consideración entre otros aspectos“(a)el objeto de la acción alternativa o [del recurso] que se considera desplaza a la acción de tutela” y, “(b) el resultado previsible de acudir [a él]respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.²⁰” Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si la opción de protección alterna es conducente o no, para la defensa de los derechos que se estiman lesionados.

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

Por consiguiente, ante la amenaza de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos, sin que exista un medio de defensa suficientemente efectivo en la protección privilegiada de esos derechos, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo de protección, por lo que la Corte entrará por ello en el análisis de fondo de los hechos, en esta providencia.

3.5. Ahora bien, en cuanto a la crítica que plantea el Consejo Superior de la Judicatura sobre el tema de la inmediatez, recuerda la Corte que ese requisito de procedencia tutelar exige que el paso del tiempo entre la toma de la decisión administrativa o judicial que se objeta y la presentación de la tutela, pase un tiempo razonable y que no sea desproporcionado, al punto tal de hacer inconducente la protección inminente de los derechos fundamentales propia del amparo constitucional.

En este caso, si bien se dio un pronunciamiento final del Fiscal Delegado 111 en mayo de 2008 y la tutela se presentó en enero de 2009, la accionante contó con la justificación procesal precisa para el efecto. En consecuencia, en el interregno, utilizó todas las vías jurídicas pertinentes para que de manera cierta fuera posible reasignar el caso a otro fiscal o sancionar al funcionario judicial aludido, con el propósito de modificar su decisión final de archivo. Como el archivo de la investigación es una decisión judicial más de tipo administrativo que una providencia en sí misma considerada, que no genera en términos concretos ni cosa juzgada, ni afecta la caducidad de la acción penal, ni consolida una decisión definitiva del Fiscal, ya que es posible que se pueda volver a abrir la investigación si aparecen nuevas pruebas, el que estuvieran pendientes de respuesta al momento de presentación de la tutela las solicitudes descritas, justifica el periodo de tiempo entre la decisión del Fiscal y la tutela, a la espera de una respuesta por parte del Fiscal General de la Nación. Por las anteriores razones, entra la Corte al estudio

de fondo del caso de la referencia.

4. Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional y el principio del interés superior del menor.

4.1. La Constitución de 1991, estructurada sobre la noción del Estado social y democrático de derecho, concede una protección integral al menor, fundada en unos principios y garantías constitucionales establecidas para todos los niños y niñas, los cuáles promueven el respeto por su dignidad humana y por sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, la salud, la seguridad social, la nacionalidad, etc.²¹. Tales derechos consagrados en el artículo 44 de la Carta, suponen para el Estado, la sociedad y la familia, el deber de asistir y proteger a los menores a fin de que logren el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo armónico e integral²².

Teniendo en cuenta entonces el contenido del artículo 44 superior y de las demás disposiciones constitucionales de protección en la materia, esta corporación ha considerado en diversas oportunidades que deben resaltarse en favor de los niños y las niñas como elementos relevantes de la protección constitucional dispuesta por la Carta, los siguientes: (1) que sus derechos son fundamentales, lo que supone una protección reforzada constitucional y el acceso a la garantía inmediata de la acción de tutela para la protección de sus derechos; (2) que sus derechos son prevalentes, lo que supone hermenéuticamente, que “en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos”²³ prevalezcan los derechos de los menores. A su vez, (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos²⁴. Ello supone un compromiso constitucional en la persecución y eliminación de dichas conductas en contra de los niños. (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños. Por lo tanto, tal como lo indica el artículo 44 de la Constitución, los niños gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado

parte²⁵. (5) Igualmente los infantes y adolescentes²⁶ en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional (art. 44 C.P.); lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar. Finalmente, (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años²⁷.

Son razones de la especial protección constitucional de los niños y a los adolescentes reconocidas en la Carta, las siguientes según la jurisprudencia de esta Corporación:

“i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”.²⁸

En ese sentido, compete al Estado a través de su legislación interna, establecer medidas y mecanismos para que dichos fines constitucionales puedan ser eficazmente cumplidos (Art. 2º C.P.).

4.2. La Corte Constitucional también ha señalado que la prevalencia de los derechos de los niños, es desarrollo del principio del interés superior del menor consagrado en el mismo artículo 44 superior al disponer que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Este principio, contenido en el numeral 1º del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, reza lo siguiente: “1. 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”.²⁹

Es por esto que el principio que se describe fija una garantía constitucional consistente en asegurar el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor³⁰. Por ende,

las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, quedan limitadas a orientar todas sus decisiones según los derechos de los niños y el principio de su interés superior, de forma tal que este último “cumple una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño”³¹. En ejercicio de tal función hermenéutica, resulta innegable que el interés superior del menor constituye la finalidad de toda política pública pertinente y se erige en referente teleológico de toda decisión de autoridad que implique la preservación de los derechos de los niños³².

No obstante, según lo determinó la Corte en la providencia T-510 de 2003³³, “para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, deben 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-”. Las autoridades encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan entonces con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés³⁴.

Si bien el efecto disuasivo de la justicia penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales ha sido ampliamente cuestionado, la penalidad de las conductas que comprometen gravemente los derechos de las personas y de los niños y niñas en especial, sí es una garantía que les debe ser asegurada por el Estado a los menores para relevarlos de la victimización de la que pueden ser objeto si la persecución de los delitos en su contra no es efectiva. La investigación en estas materias, está en cabeza de los Fiscales, sin cuyo concurso, no queda haber nada más que la impunidad. Una forma de asegurar en consecuencia tales derechos es asegurando para los niños y niñas, a la par, el acceso efectivo a la administración de justicia como se verá a continuación.

1. El derecho al acceso a la administración de Justicia y la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación.

5.1. El derecho a acceder a la justicia guarda relación directa con el derecho al recurso judicial efectivo, como garantía necesaria para lograr la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, como quiera que “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”³⁵.

En ese sentido, es un derecho reconocido expresamente en los principales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que puede ser entendido como la potestad que tiene “toda persona de hacer valer jurisdiccionalmente un derecho que considera violado”³⁶ o la oportunidad que tiene de ser oído en un juicio a fin de obtener una respuesta de la justicia pronta y de calidad. El acceso a la justicia, en ese sentido, constituye una de las formas más eficientes de materializar los derechos humanos y su garantía, cumpliendo así con los postulados de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran el derecho a un remedio judicial efectivo.

El acceso a la justicia supone entonces, (i) el derecho ser a oído en un juicio en el que sus razones sean tenidas en cuenta -defensa e igualdad en el acceso a la administración judicial -; (ii) el derecho a contar con un tribunal competente, imparcial e independiente para el efecto, y (iii) el derecho a una decisión judicial como resultado de un proceso en el que se han respetado las garantías procesales establecidas por la ley³⁷. La autoridad prevista por el sistema legal del Estado para el efecto, debe decidir entonces sobre los derechos de toda persona que interponga ese recurso; lo que conlleva efectuar una determinación entre los hechos y el derecho - con fuerza legal - que recaiga y trate sobre un objeto específico. Al respecto la Corte Interamericana³⁸ ha establecido que:

“(…) Los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8(1)), todo ello

dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción...Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares del caso, resulten ilusorios". (Subrayas fuera del original).

5.2. Así mismo, el derecho a un recurso judicial efectivo incluye la obligación de investigar, identificar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. No cumplir con tales garantías, significa una denegación de justicia, proscrita por los tratados internacionales. La Corte Interamericana de hecho, ha señalado en ese sentido que:

"El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsable, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación." "Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se establezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción". En cuanto a la obligación de investigar, señala la Corte que la investigación "...debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad."³⁹ (Subrayas fuera del original).

5.3. La Corte en la sentencia C-396 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) señaló que la búsqueda de la verdad como valor, principio y derecho constitucional tiene su origen

en la necesidad de alcance y realización de la justicia, que es una función primordial para el Estado Social y Democrático de Derecho, que surge de los artículos 2º, 229 y 230 de la Carta. Ellos le garantizan el derecho de todas las personas de acceder a la administración de justicia y obtener una sentencia de acuerdo con la ley y la Constitución. En materia penal, esa providencia fue particularmente enfática al señalar que en “la concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. (...) Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado”.

Precisamente, como lo resalta la sentencia que se cita, la verdad en el proceso, constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar, sino es un paradigma imperativo en la labor judicial. Es por ello que “la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas”⁴⁰.

Con todo, la sentencia C-396 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) resalta que aunque es clara e indiscutible la relación existente entre verdad y justicia y el deber estatal de buscar la primera para concretar la segunda, la manera de encontrarlas o los métodos utilizados para lograr la sentencia verdadera y justa no ha sido un tema pacífico ni unánime en la doctrina y en la legislación penal, pues como advierte Luigi Ferrajoli, “si una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad” y, agrega, “las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad”⁴¹.

Entra pues la Corte a continuación a examinar como operan las anteriores premisas en

el caso de los fiscales en el sistema penal acusatorio y el alcance e impacto que el archivo o no de una indagación preliminar tiene en los derechos de las víctimas y en el derecho efecto al acceso a la justicia.

6. El papel de la Fiscalía General de la Nación en el Sistema Penal Acusatorio y el alcance del archivo de la investigación, consagrado en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

6.1. El actual sistema penal acusatorio -Ley 906 de 2004-, consta genéricamente de dos etapas principales y dos secundarias. Las más importantes, porque constituyen la estructura propiamente dicha del proceso, son las etapas de la investigación y el juicio. De hecho una de las características más relevantes del sistema penal acusatorio es, entre otras, la separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral⁴². Según el artículo 250 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación es el organismo oficial encargado de promover el proceso penal desde la indagación hasta el juicio.

6.2. Previo a la investigación, sin embargo, las autoridades despliegan una etapa inicial de indagación preliminar. La fase de indagación preliminar, se inicia con la notitia criminis, hecho que puede ser comunicado a ese organismo por denuncia, querrela, petición especial o cualquier otro medio idóneo⁴³, y que tiene por objeto la realización de las actividades de investigación por parte del Fiscal, a fin de establecer los elementos esenciales probatorios y la evidencia física para la identificación e individualización de los presuntos autores de la conducta punible alegada. Tales elementos no son sinónimo de prueba ya que técnicamente en el sistema penal acusatorio⁴⁴, sólo puede llamarse así, aquella practicada en el juicio oral, con inmediación y contradicción. Ahora bien, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial⁴⁵, es definir los contornos

jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria⁴⁶.

6.3. La investigación, por su parte, conlleva a su vez, una serie de actos que se despliegan con el fin de recaudar los elementos de convicción requeridos para que en el juicio, las partes sometan a valoración del juez de conocimiento las pruebas, y éste determine, en su neutralidad, la materialización del delito y la inocencia, el grado de responsabilidad del procesado. Con todo, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, no se convierte en prueba sino a partir del momento en que ellas son decretadas por el juez de conocimiento, como se dijo. Los elementos de convicción recopilados en las pesquisas, tienen carácter de evidencias, elemento material de prueba o material probatorio, y no constituyen fundamento probatorio de la sentencia, sino en la medida en que el juez decide decretarlos y -en ejercicio del principio de inmediación- valorarlos en las etapas del juicio.

6.4. Si de la investigación realizada el fiscal encuentra que de la “evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”, el fiscal está llamado a presentar acusación formal contra el imputado, mediante escrito de acusación (Art. 336 C.P.P), que en principio marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. De acuerdo con el artículo 286 de la Ley 906 de 2004, la formulación de imputación es “el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”. La Fiscalía promueve dicha formulación cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”⁴⁷.

En el sistema anterior, el método de investigación integral de la Fiscalía, comprometía al ente de instrucción en la investigación de los elementos de convicción favorables que pudieran absolver de responsabilidad al procesado, así como de los desfavorables que pudieran perjudicarlo. En el sistema procesal penal aplicado con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, la Fiscalía no es un contrincante del debate

jurídico, sino un funcionario con poderes autónomos de decisión que, en ejercicio de los mismos, tiene la posibilidad de afectar derechos fundamentales. El papel del fiscal se enfoca entonces en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado; lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta no deba ser puesta a disposición de la defensa.

6.5. Formulada la imputación, la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente sin que ello impida que el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa, desde la etapa misma de la indagación preliminar y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de la imputación, tal como se desprende del artículo 108 de la Ley 906 de 2004.⁴⁸

6.6. En respuesta a dicha formulación, el imputado tiene la facultad de aceptar los cargos presentados por el organismo investigativo o de rechazarlos. El fiscal puede optar en ese momento procesal, por (i) formular la acusación contra el imputado; (ii) solicitar la preclusión de la investigación o (iv) puede hacer uso del principio de oportunidad que le confiere el nuevo modelo penal acusatorio. Ahora bien, como lo afirmó la Corte en la sentencia C-591 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal,

“[P]ero debe siempre solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso; y solo excepcionalmente podrá realizar capturas en los términos señalados por el legislador con sometimiento al control judicial dentro de las treinta y seis horas siguientes; adelanta registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones sometidas asimismo a control judicial posterior dentro del término de 36 horas; asegura los materiales probatorios; en caso de requerirse medidas adicionales que implique afectación de derechos fundamentales deberá obtener la autorización del juez de control de garantías; suspende, interrumpe o renuncia al ejercicio de la acción penal mediante el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, sometido al control de juez de control de garantías; presenta escrito de acusación ante el juez de conocimiento con el propósito de dar inicio a un juicio público,

oral, con intermediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; solicita al mismo juez la preclusión de la investigación; dirige y coordina las funciones de policía judicial; e igualmente, demanda al juez de conocimiento la adopción de medidas judiciales para la asistencia a las víctimas, y asimismo, vela por la protección de éstas, de los testigos [...]”.

De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, esta acusa y la Defensa, en el ejercicio de la igualdad de armas debe en equilibrio de condiciones, buscar las pruebas exculpatorias.

6.7. Ahora bien, ¿qué papel juega el archivo de la indagación en el sistema penal al que se ha hecho referencia?

Para dar una respuesta a esta pregunta, lo primero que debe tomarse en consideración es que el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, reza lo siguiente:

Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. //Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal⁴⁹.

Como ya se mencionó, el archivo de las diligencias, independientemente de la forma que adopte, se encuentra clasificado como una orden, una de las clases de providencias judiciales consagrada en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

La orden de archivo de las diligencias, ocurre generalmente en la etapa de indagación preliminar y procede cuando se constata que no existen “motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito”. La norma que se ha destacado (Art. 79 Ley 906/04), dispone que ante el conocimiento de un hecho, el fiscal debe: (i) constatar si tales hechos existieron y (ii) determinar si hay motivos o circunstancias que permitan caracterizar el hecho como delito.

En este sentido, la sentencia C-1154 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), sostuvo que en el ejercicio de la acción penal, el principio de legalidad es fundamental para el efecto. Dicho principio se desarrolla en el artículo 66 de la Ley 906 de 2004 así:

Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el 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 de control de garantías”.

En efecto, cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, “no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito”⁵⁰.

6.8. Ahora bien, según la misma sentencia a la que se hace referencia, la caracterización de un hecho como delito, obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. En términos generales, se pueden admitir como tales “la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.”⁵¹ Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permitan caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

La decisión de archivo de una acción penal, en consecuencia no es un desistimiento, ni

una preclusión⁵², ni una renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal, ni corresponde a la aplicación del principio de oportunidad. Tampoco reviste el carácter de cosa juzgada, en la medida en que la figura prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción. En ese orden de ideas, el archivo de la diligencia previsto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

6.9. Revisado lo anterior, el archivo de la indagación se encuentra en el ámbito exclusivo del fiscal, y no comporta una extinción de la acción penal, aunque sí tiene efectos significativos para la víctima en el proceso. En ese sentido, el ejercicio arbitrario de una determinación como archivo de un caso, en cabeza del Fiscal de conocimiento, puede suponer en los términos ya enunciados una afectación cierta del derecho de acceso a la justicia.

Se recuerda, en efecto, que no le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. La Fiscalía, de hecho, no puede entrar a hacer consideraciones de carácter subjetivo a la hora de dar aplicación al artículo 79 de la ley 906 de 2004⁵³. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación, lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionó la exequibilidad de la norma⁵⁴.

En ese sentido, la sentencia C-1154 afirmó que:

“Como lo ha establecido esta Corporación en varias oportunidades las víctimas en el proceso penal tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación⁵⁵. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos se han pronunciado en varias ocasiones sobre los derechos de las víctimas. En sus

pronunciamientos se han consolidado las formas de reparación de las víctimas que constituyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen entre otras la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad⁵⁶.

La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.”

Por lo tanto, ya que esa decisión de archivo puede perturbar a las víctimas, concluyó la sentencia C-1154 de 2005 lo siguiente: (i) dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. (ii) La orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos; así como para (iii) el cumplimiento de sus funciones al Ministerio Público. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar (iv) la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación y (v) eventualmente cabe la intervención del juez de garantías. Finalmente la Corte en esa providencia, (vi) condicionó la norma a que “la caracterización del delito” corresponda a la tipicidad objetiva del mismo. No puede hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad.

7. Análisis del caso concreto.

7.1. La señora Juliana Quintero presentó acción de tutela invocando la violación de sus derechos y los de su hijita Lina, al debido proceso y a la protección de los derechos de los niños -integridad-, ante la aparente falta de actuación del fiscal de conocimiento de su caso, en razón a la denuncia presentada contra el abuelo paterno de la niña por un presunto acceso carnal. Las conductas de los funcionarios judiciales que dieron a su juicio como resultado, la vulneración de esos derechos fundamentales invocado, son las siguientes (i) la actuación irregular del Fiscal Delegado 111, al archivar la causa de la menor sin investigar las pruebas aportadas por ella al expediente, dejando a la familia en la impunidad y a la menor en riesgo de tener que acudir a la casa de su presunto

agresor nuevamente, alegando como motivación de la decisión, inexistencia de la conducta punible. (ii) La actuación de la Fiscalía general con respecto a su solicitud de reasignación de la investigación, que no fue a su juicio resuelta oportunamente y (iii) la actuación del Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación sobre su solicitud de que se adelantara un proceso disciplinario en contra del funcionario judicial accionado por su indebida conducta.

7.2. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, negó la tutela de la referencia contra el Fiscal Delegado 111, afirmando, en primer lugar, que era competencia exclusiva de la Fiscalía la titularidad de la acción penal y que entonces, sobre tales determinaciones tomadas por ese funcionario en su autonomía, no cabía la acción de tutela. En el caso de la solicitud de reasignación de Fiscal - presentada por Juliana-, estimó ese Tribunal que si bien no se le dio una respuesta oportuna a su derecho de petición, si se siguieron las directrices y los procedimientos diseñados por esa entidad para evaluar la reasignación de los casos a otros fiscales, por lo que se niega la tutela, ya que para el momento del fallo ya había decisión definitiva de la Fiscalía en ese sentido. Por último, en cuanto a la Procuraduría y el Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal llega a la conclusión de que no se le violó a la madre su derecho de petición, porque ambas entidades le dieron respuesta a su solicitud y porque en especial frente al caso del Consejo Superior de la Judicatura, no se presentó petición alguna.

En salvamento de voto de uno de los magistrados del Tribunal, el funcionario judicial que conoció del caso en primera instancia, consideró que la tutela debió ser concedida bajo la égida de la jurisprudencia constitucional relacionada con la vía de hecho contra providencia judicial, en particular por defecto fáctico, dado que sí se le habían violado los derechos a la madre y a la menor al desestimar sin investigación ninguna las pruebas allegadas al proceso, por ella.

7.3. Con fundamento en los elementos técnicos presentados en esta providencia para la toma de una decisión judicial efectiva, considera la Sala que el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que se separó de la mayoría, tiene razón de señalar que en este caso era procedente la acción de tutela, pero por las razones que a continuación se aducen:

i. Si bien ha sido amplia y nutrida la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de la tutela contra providencias judiciales, así como en la caracterización dogmática de los defectos que pueden dar lugar a ese tipo de amparo, la Sala destaca en esta oportunidad, que aunque la legislación penal le da el carácter de providencia judicial al acto de archivo del expediente por parte del Fiscal (161 C.P.), la naturaleza misma de esa decisión escapa particularmente al contenido técnico de protección de la figura por esa vía concreta de protección jurisprudencial. La razón de lo anterior, surge del hecho de que la decisión de archivo de un expediente en la etapa previa de indagación, supone simplemente la aplicación del principio de legalidad a la titularidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal que corresponde exclusivamente a los Fiscales, más allá que tratarse de la solución de un conflicto o de la definición de derechos.

De hecho es complejo invocar sobre tales órdenes, - como se ha hecho-, la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico, cuando el Fiscal no puede entrar a “valorar jurídicamente” las pruebas del proceso penal, ya que en el sistema acusatorio ello corresponde exclusivamente al juez.

Lo anterior, sin embargo, no significa que la Corte no pueda revisar las órdenes descritas, ligadas claramente a los deberes legales de los fiscales en cuanto a la titularidad de la acción penal, cuando con ellas se violan o amenazan derechos fundamentales de los ciudadanos.

(ii) Así las cosas, recordando lo anteriormente expuesto, las órdenes de archivo están supeditadas: (a) al principio de legalidad o de obligatoriedad, que consiste según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas éstas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la República, si a ello hubiere lugar⁵⁷. Por ende, (b) sólo en los caso en que “no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización del delito, o indiquen su posible existencia” (art.79 C.P) podrá archivarse el expediente. Sobre el concepto de caracterización del delito, se

recuerda que la Corte condicionó la expresión “caracterización del delito” a que corresponda a la tipicidad objetiva del mismo que mínimamente incluye un sujeto activo del delito, una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado⁵⁸. Con todo, para llegar a esa conclusión, el fiscal debe cumplir su función básica constitucional y legal en el nuevo sistema, que es (c) la de investigar los hechos que se le den a conocer con el fin de perseguir a los infractores. No puede olvidarse que la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación se inicia con la encomiable y comprometida labor de los Fiscales propender por ella. El Fiscal está obligado entonces, a llevar a cabo aquellas investigaciones que le permitan establecer los elementos esenciales probatorios y la evidencia física para la identificación e individualización de los presuntos responsables de los ilícitos, sin valoraciones subjetivas de la conducta del sujeto o de la víctima. (d) Sus actuaciones fundadas claramente en la legalidad del proceso penal, no pueden ser ajenas a los deberes constitucionales e internacionales existentes, relacionados con la garantía del acceso a la justicia que él represente, el respeto a la dignidad de las víctimas y la protección especial y reforzada de los derechos de los menores. Finalmente la orden de archivo, derivada del cumplimiento objetivo de las consideraciones anteriores debe ser motivada y comunicada a la víctima, partes y Ministerio Público.

(iii) Vistas las anteriores consideraciones, sorprende a la Sala la obstinación del Fiscal Delegado 111 por desestimar el contenido de los elementos probatorios aportados por la madre. Si bien los fiscales son autónomos en sus decisiones, lo que sí no pueden es apartarse irrazonablemente de sus obligaciones legales con respecto al ejercicio de la titularidad de la acción penal; menos aún cuando son los llamados a cumplir con los deberes de investigación y acusación de los delitos. En sentido abstracto, el compromiso de llegar a la verdad y perseguir a los culpables, puede considerarse una carga enorme para tales autoridades, bajo el supuesto de que esa búsqueda, en todos los casos, resulta ser una responsabilidad imposible de asegurar en términos de recursos y tiempo. No obstante, en circunstancias como ésta, no hay justificación alguna para apartarse del deber de investigar en lo pertinente, existiendo duda sobre la comisión del delito. La Corte reconoce que el Fiscal accionado se apoyó efectivamente en su determinación final, por expertos de la Fiscalía y de Medicina Legal. Sin embargo, los otros expertos dieron razones puntuales y técnicas, también relevantes para su consideración. El Fiscal alega en consecuencia, que se sostiene en las pruebas por él

recaudadas por razones de objetividad. No obstante destaca la Corte que sus razones no fueron compartidas por los demás fiscales de rango superior que revisaron el expediente durante el trámite de la solicitud de reasignación. De hecho, todos coincidieron en que tales pruebas debieron ser investigadas.

El Fiscal Delegado 111 por lo tanto, debió haberse comprometido con una investigación eficiente y la búsqueda de la verdad, so pena de incumplir con sus obligaciones y amenazar el derecho de acceso a la justicia de Juliana y Lina. Por lo tanto, no le era pertinente en la fase de mera indagación, “tachar” los elementos probatorios presentados por la madre, sin una pesquisa previa, y menos hacer afirmaciones desobligantes contra ella, alegando que todo era producto de su imaginación. Claramente la preocupación de la señora Juliana no surgió de una conclusión espontánea, sino de consideraciones de expertos que afirmaron que pudo haber existido ciertamente el delito que la madre sospecha. En ese sentido, cuando hay expertos de un lado sosteniendo la presunta existencia de una conducta punible y expertos del otro, señalando lo contrario, la duda debe ser resuelta constitucionalmente, en favor de los derechos del menor, de su interés superior y de su protección reforzada. La respuesta inversa, es la impunidad. Por lo tanto no se deben escatimar esfuerzos en obtener la verdad, buscando nuevas pruebas o valoraciones de expertos de mayor jerarquía que expliquen esas diferencias sobre la existencia o no de la conducta típica, etc. De hecho, la omisión del Fiscal de investigar los elementos probatorios aportados por la madre, con fundamento en una negativa irracional apoyada en desestimaciones subjetivas, amenaza ciertamente los derechos fundamentales de la accionante y los de su hija. A su vez, archivar la investigación bajo el supuesto de inexistencia de la conducta típica, existiendo una duda importante apoyada en elementos técnicos relevantes, significa la amenaza cierta a los derechos de la madre y de Lina, al acceso a la justicia y la protección de los derechos de los niños.

En este sentido, ordenará la Sala de Revisión, al Fiscal Delegado 111 en los términos de esta providencia, reabrir la investigación penal y adelantar una investigación técnica completa, que tome en consideración los hechos y las pruebas aportados por la madre de la menor y permita que se dirima la duda relacionada con si existe o no la conducta típica.

(iv) Finalmente, frente a la solicitud de reasignación a un nuevo fiscal presentada por la madre a la Fiscalía General⁵⁹, debe concluir la Corte que en lo que concierne al derecho de petición, en la fecha del fallo de primera instancia existía carencia actual de objeto, por cuanto la decisión negativa ya la había sido comunicada a la madre al momento de la decisión de instancia. Con respecto a la Procuraduría y al Consejo Superior de la Judicatura, la Sala hace suyas las apreciaciones del Tribunal, en la medida en que el derecho de petición de Juliana le fue efectivamente contestado por la Procuraduría, ya que esa entidad le corrió traslado a la autoridad competente en su oportunidad, e informó de ese hecho a la peticionaria. Ante el Consejo Superior de la Judicatura, nunca fue presentada por la accionante una petición directa de investigación del funcionario judicial⁶⁰.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, del 12 de febrero de 2009, en lo que respecta a los derechos al acceso a la justicia y a la protección especial de los derechos de los niños, y en su lugar, TUTELAR tales derechos a favor de la señora Juliana y de su menor hija Lina. En consecuencia, ORDENAR al Fiscal Delegado 111, reabrir la indagación archivada en el caso de Lina y subsiguientemente adelantar una investigación técnica completa, que tome en consideración los hechos y las pruebas aportados por madre de la menor, a fin de que dirima la duda relacionada con si existe o no la conducta típica.

SEGUNDO. CONFIRMAR el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, del 12 de febrero de 2009, en lo concerniente con los derechos de petición presentados a las demás entidades accionadas y las solicitudes de reasignación.

TERCERO. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Los hechos se refieren a la investigación de presuntos delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de tres años de edad. Para garantizar el respeto a la intimidad de la niña y de su familia se suprimirá de la presente providencia y de toda futura publicación, como medida de protección, el nombre de la menor, de sus padres, allegados y de las demás autoridades correspondientes, a fin de impedir su identificación¹, los que se cambiarán por nombres ficticios, que en adelante se escribirán en letra cursiva. Esta determinación se ajusta a las normas constitucionales ligadas a la protección de la infancia, y a las disposiciones establecidas en la Ley 1098 de 2006, tendientes a asegurar la prevalencia de los derechos de los niños y niñas (art. 9) y su intimidad (art. 33). Los nombres ficticios a los que se aludirá en esta providencia, serán entonces los siguientes: (i) Lina: menor afectada; (ii) Juliana Quintero: madre biológica de la menor; (iii) Jacinto: padre biológico de la menor. (iv) Pablo: Abuelo paterno de la niña involucrada. (v) Fiscal Delegado 111: Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.

2 El 26 de enero de 2009.

3 La accionante presentó la tutela el 26 de enero de 2009

4 Se dijo en la providencia inhibitoria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que los hechos denunciados por la ciudadana son del resorte exclusivo de la competencia funcional del Fiscal investigado, por lo que se inhibirá de iniciar actuación disciplinaria.

5 Respuesta a la petición folio 27, cuaderno 1.

6 En los términos que señala el Decreto 2591 de 1991.

7 Corte Constitucional. SU- 1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

8 Ver entre otras las sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-803-02, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

12 Sentencia T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, citada por la sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Ref.- Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019. Aprobado Acta No. 022. Bogotá, D. C., julio cinco (5) de dos mil siete (2007).

14El Artículo 79 del C.P.P reza lo siguiente: “Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.// Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.” (Nota: Este artículo fue declarado

exequible condicionalmente por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1154 de 2005.).

15 Artículo 161 de la Ley 906 de 2004. “Clases. Las providencias judiciales son://1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión. //2. Autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial. //3. Ordenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro. //Parágrafo. Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables”.

16 Artículo 176. Recursos ordinarios. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación. //Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia. //La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria. (Nota: La expresión resaltada en negrilla fue declarada exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-47 de 2006.).

17 Dice el artículo 327 de la Ley 600 de 2000 lo siguiente: “Resolución inhibitoria. El Fiscal General de la Nación o su delegado, se abstendrán de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad. (Las expresiones resaltadas en este inciso, fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-760 de 2001.). //Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos de reposición y de apelación por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto. //La persona en cuyo favor se haya dictado resolución inhibitoria y el denunciante o querellante podrán designar abogado que lo represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas”.

18 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Ref.- Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019. Aprobado Acta No. 022. Bogotá, D. C., Julio Cinco (5) De Dos Mil Siete (2007).

19 Nótese que es expresa la posibilidad de actuación del juez de control de garantías frente al principio de oportunidad (art. 66 Ley 906 de 2004) y a partir de la imputación de la Fiscalía (Art. 78 C.P.P.)

20 Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa sentencia se cita la T-569 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, que señaló lo siguiente: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

21 Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

22 Artículo 44 C.P.: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. //La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. //Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

23 Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería

24 Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería

25 Sentencia C-157 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

26 Para el caso de los adolescentes, el artículo 45 superior reconoce su derecho a la

protección y a una formación integral. Ahora bien, la distinción entre niño y adolescente consagrada en la Carta, no excluye a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino que pretende hacerlos más participativos respecto de las decisiones que le conciernen, como lo manifestó en sentencia C-092 de 2002.

27 Ver también sentencias T-415 y T-727 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

28 Sentencia C- 318 de 2003. M. P. Jaime Araújo Rentería.

29 La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño. Así en la Declaración de Ginebra de 1924 se estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor, con frases como “los niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ver Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

30 Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

31 Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

32 Sentencia C-157 de 2007. Marco Gerardo Monroy Cabra.

33 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Sentencia C-205 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

35 Sentencia C-1195 de 2001.

36 MAXERA, Rita. “Informe de Costa Rica”. En: “Acceso a la Justicia y Equidad”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo. San José de Costa Rica. 1999.

37 Cfr. PAPACCHINI, Ángelo. “Ética y Derechos Humanos”. Ministerio de Justicia. Instituto para el Desarrollo de la Democracia Luis Carlos Galán, Usaid. Julio de 1998.

38 CIDH, Informe No 30/97, caso 10.987, Informe Anual de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/ Ser L. V/ II. 98, doc. 6, rev., 13 de abril de 1998) Sin notas de pie de página. Tomado de “La dimensión Internacional de los derechos Humanos” Op.cit.. Caso 10.987 (Argentina)

39 CIDH, Informe No 10/95, Caso - Caso 10.843 (Chile) OEA/Ser. L /V/II.91, Doc 7 rev. 3 de abril de 1996. Tomado: RODRÍGUEZ, Diego; MARTIN, Claudia, OJEA, Tomás. “La dimensión Internacional de los Derechos Humanos”. Banco Interamericano de Desarrollo. American University. Washington 1999.

40 Sentencia C-396 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

41 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Página 45.

42 Sentencia C-396 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

43 Cfr. Sentencia C-1194 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver Ley 906 de 2004. Artículo 200. Órganos. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo”.

45 Ley 906 de 2004. Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia.

46 Cf. Sentencia C-1195 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

47 Cf. Sentencia C-1195 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

48 Ver sentencia C-799 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería

49 Integra el capítulo denominado Consideraciones Generales del Título dedicado a la acción penal; de tal modo que el archivo de las diligencias aparece junto a disposiciones que regulan la titularidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, el deber de denunciar los delitos y la exoneración al mismo, los requisitos de la denuncia, la querrela y la petición especial, la extinción de la acción penal así como las causales y sus efectos.

50 Cfr. sentencia C-1154 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa),

51 Roxin, Claus. 1999. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid: Civitas.

52 Ley 906 de 2004. Artículo 331. Preclusión. En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.

53 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Ref.- Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019. Aprobado Acta No. 022. Bogotá, D. C., Julio Cinco (5) De Dos Mil Siete (2007).

54 Sentencia C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

55 Sentencia C-228 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. AC: Jaime Araujo Rentería. (Cita transcrita de manera incompleta frente a la original),

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) Sentencia de 14 de Marzo de 2001. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la sentencia Barrios Altos del Perú estableciendo que la amnistía que había concedido Perú era contraria a la Convención, a pesar de que el país se había comprometido a reparar materialmente a las víctimas, pues se estaba desconociendo su derecho a la verdad y a la justicia: "Todo Estado está en la obligación de realizar una investigación exhaustiva de hechos de los cuales tenga conocimiento como presuntas violaciones de derechos humanos, además de sancionar a los responsables de los mismos... El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención." (párrafos 47-49 sentencia de fondo). En el mismo sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado estableciendo que el derecho de participación de los afectados por atentados contra la dignidad humana en proceso penales no se limita sólo a la reparación material sino además les corresponde un derecho a la

reparación integral incluyendo el derecho a la verdad y a la justicia (Ver sentencias T-1267 de 2001 MP: Rodrigo Uprimny Yepes; SU-1184 de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-578 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-875 de 2002 MP: Rodrigo Escobar Gil; C-228 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; C-004 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett; T-249 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett.)

57 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Ref.- Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019. Aprobado Acta No. 022. Bogotá, D. C., julio cinco (5) de dos mil siete (2007).

58 Roxin, Claus. 1999. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid: Civitas.

59 Con el Acto Legislativo 03 de 2002, necesario para implementar el sistema acusatorio, se modificó el artículo 251.3 superior, que le consagra como función especial al Fiscal General de la Nación, la de asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Como resultado de la anterior competencia, el Fiscal expidió la circular 002 de 2004 y la resolución 3605 de 2006 que reglamenta tales mecanismos de reasignación, estableciendo su procedencia donde sea evidente por “razones objetivas calificables como excepcionales”, que no puedan ser subsanadas a través de los mecanismos procesales previstos en la legislación

60 Se recuerda sin embargo que el CSJ expidió sentencia inhibitoria a favor del funcionario judicial.