

Sentencia T-973/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evolución y reiteración de jurisprudencia

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Characterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR DE DIECIOCHO (18) AÑOS-Sustento constitucional e internacional

La jurisprudencia de esta Corporación, amparada en disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado que se considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años (18). En este sentido, ha dejado en claro que la protección especial de que son titulares los niños y niñas, se entiende referida, sin duda alguna, a todos los menores de dieciocho (18) años, dentro de los que se incluye a los adolescentes.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Criterios jurídicos para determinarlo

Aunque el interés superior del menor alude a la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad de vida del menor, analizado desde el punto de vista de su situación particular y concreta, esta Corporación se ha encargado de definir los criterios jurídicos que han de guiar la labor de las autoridades judiciales y administrativas en la protección eficaz de dichas garantías, a través del reconocimiento e identificación del interés superior del menor en casos puntuales. Dichos criterios son los siguientes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado y (vi) la necesidad de tomar en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto que se decide. En suma, el interés superior del menor es un principio rector, ampliamente reconocido por el derecho internacional y reproducido de manera directa en la Constitución Política, que propende por la máxima satisfacción de los derechos de que son titulares todos los niños, niñas y adolescentes, entendidos como fundamentales, prevalentes e interdependientes, y que como tal,

constituye una limitación u obligación de carácter imperativo, especialmente dirigida a todas las autoridades del Estado, quienes deberán actuar con diligencia y especial cuidado al momento de adoptar sus decisiones, en aquellos asuntos en los que se hayan involucrados los intereses de un menor.

MENOR DISCAPACITADO Y VICTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO-Protección

Es obligación de la familia, la sociedad y el Estado brindar a los niños una especial protección de sus derechos fundamentales, protección que se torna imperativa y prioritaria, es decir, doblemente reforzada, cuando el menor padece alguna clase de discapacidad o es víctima del desplazamiento forzado, pues dichas situaciones desafortunadas lo hacen aún más vulnerable e indefenso frente a todo tipo de riesgos. En ese contexto, la acción de las autoridades frente a las graves violaciones de sus garantías fundamentales debe ejercerse con tal rigurosidad, que se garantice a toda costa la protección de sus derechos.

DERECHO DE VICTIMAS DE CONDUCTA PUNIBLE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Protección integral en cabeza de la Fiscalía General de la Nación

La Constitución consagra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como máximo órgano investigativo, específicos deberes en torno a la protección integral de los derechos de las víctimas de conductas punibles dentro de la actuación penal, siendo pieza fundamental en el propósito de alcanzar la verdad, la justicia y la reparación. Ahora bien, tratándose de delitos sexuales, a las víctimas de dichos abusos se les debe asegurar, además de la protección integral de sus derechos, un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades judiciales, quienes están obligadas a adoptar medidas para reducir los riesgos de la doble victimización que puedan ocasionarse en la práctica de pruebas o de otras diligencias judiciales, o en el manejo de la información sobre su identidad y los hechos del proceso.

MENORES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Protección y garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación por parte de autoridad judicial que adelanta proceso penal

En el caso de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, dicha protección adquiere un especial significado, pues el decreto y práctica de pruebas, así como la valoración de las mismas, deben estar siempre orientados hacia la protección del interés superior del menor,

máxime cuando aquel es discapacitado y afronta las consecuencias del desplazamiento forzado. Así las cosas, la consagración constitucional de la víctima como sujeto que ocupa un papel predominante en el proceso penal, básicamente apunta al reconocimiento y protección de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, a través de su acceso a un recurso judicial efectivo, que se materializa en el hecho de que la actuación judicial se inicie y concluya con una decisión de fondo y, además, a que la misma se desarrolle con plena observancia de las garantías procesales, en particular, las de comunicación e información, que posibilitan el agotamiento de las acciones y los recursos judiciales, los cuales se constituyen en los mecanismos más efectivos para proteger y garantizar eficazmente los derechos de quienes han sido víctimas de una conducta punible.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN PRECLUSION DE LA INVESTIGACION PENAL-Papel de la Fiscalía General en el antiguo sistema penal de la ley 600 de 2000

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Vulneración de la Fiscalía al dictar resolución de preclusión en proceso penal por violencia sexual contra menor discapacitada y desplazada por la violencia, argumentando no tener testimonio de la menor

Dentro de los procesos penales que se adelantan por la comisión de delitos sexuales, el testimonio de la víctima resulta de importante relevancia y constituye prueba esencial para establecer la responsabilidad del sindicado, no lo es menos que su valor probatorio está condicionado a que quien lo otorgue se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales, de tal manera que pueda ofrecer un testimonio real y objetivo que apunte a la solución efectiva del caso. Cuando ello no es así, es obligación de la autoridad competente analizar y valorar en su conjunto los demás elementos probatorios que obran dentro del expediente, o hacer uso de facultades oficiosas en orden a recaudar las pruebas necesarias para adoptar una decisión acorde con los postulados del debido proceso y el respeto por los derechos de las víctimas. Así las cosas, ha de precisar la Sala, que la condición de sujetos de especial protección constitucional, de que gozan los menores de edad en condición de discapacidad y desplazamiento forzado, y el principio del interés superior que los cobija, le impone a las autoridades judiciales y, en particular, a la Fiscalía General de la Nación -a través de sus distintos fiscales delegados- una carga máxima de diligencia en el ejercicio de sus funciones, en el sentido de tener que desplegar el mayor esfuerzo investigativo posible, tendiente al esclarecimiento de los delitos en que han resultado involucrados, en calidad de víctimas, este

grupo de personas. Ello, dentro del propósito insustituible de garantizar plenamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, de parte de los responsables de tales conductas delictivas. En ese sentido, no es jurídicamente admisible, como ocurrió en este caso, que la Fiscalía renuncie al ejercicio de la acción penal o precluya la actuación a su cargo, sin antes haber ejecutado todas las acciones posibles, tendientes a acopiar el material probatorio suficiente para esclarecer la ocurrencia de los hechos delictivos y, de esa manera, asegurar un juicio justo acorde con la realidad de lo ocurrido.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Vulneración de la Fiscalía con su actuación negligente en la que se efectuó una incorrecta valoración del material probatorio y las notificaciones se dirigieron a direcciones equivocadas

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN CONDICIONES DE DISCAPACIDAD Y DESPLAZADAS POR LA VIOLENCIA-Caso en que Fiscalía precluyó investigación por el delito de violencia sexual en menor discapacitada

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto procedimental absoluto, por cuanto en proceso penal por delito de violencia sexual en menor discapacitada, la Fiscalía efectuó una incorrecta valoración del material probatorio y las notificaciones se dirigieron a direcciones equivocadas

DERECHOS AL DEBIDO PROCESO PENAL, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, DIGNIDAD HUMANA DE MENOR DISCAPACITADA VICTIMA DE DELITO SEXUAL-Orden a la Fiscalía para reabrir investigación por delito sexual contra menor discapacitada y víctima de desplazamiento forzado

Referencia: expediente T-2.477.844

Demandante:

Matilde en representación de su hija Lucía

Demandado:

Fiscalía 21 Seccional de Cartagena de Indias

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil once (2011)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 04 de noviembre de 2009, que confirmó el dictado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 24 de septiembre del mismo año, en el trámite de la acción de tutela promovida por la ciudadana Matilde en representación de su hija Lucía, contra la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena.

I. ANTECEDENTES

1. Aclaración preliminar: reserva de identidad de la víctima y su familia

La Corte Constitucional, en distintos pronunciamientos, ha venido adoptado como regla mantener la reserva de identidad de ciertas personas involucradas en procesos de tutela, cuando a partir de situaciones específicas, advierte que la publicación de sus nombres, así como el de sus familiares o, incluso, datos puntuales, podrían afectar su derecho a la intimidad, su integridad moral y física, y el sosiego suyo y de su familia. Ello ha ocurrido, por ejemplo, tratándose de víctimas de delitos sexuales, enfermos de VIH u otras afecciones que pueden generar rechazo o discriminación, personas con distinta orientación sexual, casos de hermafroditismo, entre otros¹. En dichos eventos, esta Corporación ha decidido omitir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, sus verdaderos nombres y el de sus familiares, al igual que cualquier información que permita su identificación.

En el presente asunto, se halla involucrada una persona que, para el momento de los hechos,

era menor de edad, discapacitada y desplazada, y que bajo tal condición, fue víctima del delito de acceso carnal abusivo. En atención a las consecuencias negativas que para la intimidad y el sosiego de la víctima y de su familia podría generar la publicación de sus nombres y otros datos que permitan su identificación, esta Sala de Revisión procederá a dictar sentencia en dos ejemplares similares, en uno de los cuales se omitirán los nombres y los demás datos de las personas vinculadas en estos hechos.

Así, el ejemplar contentivo de la identidad de la víctima y de sus familiares estará destinado exclusivamente a integrarse al expediente de tutela, con el fin de que las autoridades encargadas de dar cumplimiento al fallo ejecuten las órdenes allí proferidas. Cabe destacar que sobre éste recae estricta reserva, que sólo podrá ser levantada a favor de las partes y de las autoridades citadas.

Entre tanto, el segundo ejemplar, corresponde a aquél en el que el nombre de la víctima, de su progenitora y de terceros involucrados, así como datos relacionados con lugares específicos, direcciones, número de radicación de procesos judiciales, y cualquier otro tipo de información que los vincule, han sido sustituidos por nombres y datos ficticios señalados en letra cursiva, por lo que se entiende que su finalidad es solamente consultiva.

2. La solicitud

El 10 de septiembre de 2009, la señora Matilde, en su condición de madre y representante legal de Lucía, y actuando a través de apoderado judicial², promovió acción de tutela contra la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, por considerar que dicha autoridad vulneró los derechos fundamentales de su hija, quien padece retraso mental moderado, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a la dignidad humana y la protección especial que demandan las personas discapacitadas, como consecuencia de haber ordenado la preclusión de la investigación penal, que por el presunto delito de acceso carnal y actos sexuales abusivos con incapaz de resistir adelantaba en la ciudad de Cartagena (Bolívar) contra Samuel.

La situación fáctica a partir de la cual se fundamenta la invocación del amparo constitucional, es la que a continuación se expone:

3. Reseña fáctica

3.2. Manifiesta la actora que los días 21 y 22 de febrero de 2005, su hija Lucía, quien para esa época era menor de edad, fue víctima de violencia sexual por parte de un vecino del barrio donde reside en la ciudad de Cartagena, quien valiéndose de engaños y ardidés, logró mantenerla retenida durante esos días en su lugar de residencia en contra de su voluntad, accediéndola carnalmente, aprovechándose de su estado de indefensión.

3.3. Por lo anterior, el 23 de febrero de 2005, le fue practicado un examen sexológico por parte del Cuerpo Técnico de Investigación -CTI- de la Fiscalía General de la Nación, en el que se concluyó lo siguiente: “EXAMINADA CON EDAD CRONOLÓGICA DE 17 AÑOS Y MENTAL DE 12 AÑOS, CON HIMEN NO INTEGRO DESGARROS ANTIGUOS, ANO INFUNDIBULAR CON FISURAS, COMPATIBLE CON ACCESO CARNAL RECIENTE, SE ENVIAN MUESTRAS A MEDICINA LEGAL” (sic).

3.4. En consecuencia, el 25 de febrero de 2005, la actora formuló la respectiva denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación -Seccional Cartagena-, en cuya diligencia expuso con detalle los hechos que a continuación se citan³:

“el 21 de febrero de siendo las 7:30 de la noche Lucía salió para donde unas amiguitas en XXX, a las nueve de la noche notamos que no había llegado y empezamos a buscarla, fuimos donde las amigas SONIA no recuerdo el apellido y ella me dijo que había salido y apenas regresaron Lucía se había ido para la casa, después la buscamos en YYY, luego en XXX en vista de que no aparecía, no la pudimos encontrar, en la mañana del 22 de febrero me fui para PPP donde unas tías que tiene allá y no estaba de ahí regresé a mi casa y en la noche como a las 7:00 de la noche, oí el comentario de la gente que la había visto en una casa en XXX salí con varios vecinos para allá, cuando llegué a la casa del sujeto llamado SAMUEL, él salió y negó que ella no estaba ahí, de ahí regresamos para mi casa otra vez y una prima de nombre SALOMÉ, se regresó para allá con ANIBAL hijo de ella y HÉCTOR un vecino y cuando llegaron le dijo al tipo que ella sabía que su sobrina estaba ahí, él se negó nuevamente, entonces ella le siguió insistiendo y metiendo presión, entonces los muchachos le dijeron que si seguía negando iban a llamar a la policía y cuando dijo que la niña sí estaba ahí y que él no le había hecho nada, nos metimos a la casa y Lucía estaba allí, en un cuarto en una cama de solo cuerpo, estaba vestida y con los zapatos en la mano, en ese momento llegó la Policía y él decía que no le había hecho nada, en el momento cuando llegamos a la casa ese tipo SAMUEL tenía unos condones en la mano, yo le dije a la policía que lo detuvieran, mientras

yo hacía los trámites en la Fiscalía pero según lo soltaron en la mañana temprano(...)" (sic).

3.5. Con fundamento en la anterior denuncia, el 4 de marzo de 2005, la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, dio apertura a la investigación penal contra Samuel, por el presunto delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, del que resultó víctima Lucía. En ese orden de ideas, (i) procedió a vincular al proceso al implicado mediante indagatoria, (ii) solicitó la declaración de Lucía y de una testigo, (iii) ordenó la práctica de una valoración psicológica a la víctima para efectos de determinar su estado de salud mental y, finalmente, (iv) solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el resultado del examen sexológico que le fue practicado a la misma, el 23 de febrero de 2005. A dicha actuación le correspondió el radicado número 169.022.

3.6. Como quiera que, vencido el término de rigor, el investigado no acudió a rendir indagatoria, el 4 de marzo de 2005, fue declarado persona ausente y, en consecuencia, le fue designado un abogado de oficio para efectos de que asumiera su defensa durante el proceso. Ello, de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 344 de la Ley 600 de 2000.

3.7. Después de un año y seis meses de haberse iniciado la respectiva investigación, el 8 de agosto de 2006, se dio por terminada la misma y, en consecuencia, el 22 de septiembre del mismo año, se calificó el sumario con resolución de preclusión de la investigación. Ello, sobre la base de considerar la Fiscalía que no existían suficientes elementos de juicio para dar por ciertos los hechos declarados en la denuncia, pues, según lo informó la Fiscal del caso, a pesar de que acepta que no hay duda acerca de la materialización de la conducta punible, "no ha sido posible conocer la versión de la presunta ofendida a fin de establecer las circunstancias de que fue víctima de un punible contra la Formación y Libertad Sexual".

3.8. Frente a este hecho, afirma la demandante que no recibió ninguna de las citaciones efectuadas por la Fiscalía, pues, al parecer, fueron enviadas a una dirección distinta a la que informó en el momento de instaurar la denuncia.

3.9. Cabe mencionar, que la situación fáctica que dio lugar al proceso penal en discusión, aparece relacionada en el Auto 092 de 2008, mediante el cual, la Corte Constitucional adoptó medidas de protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

En documento anexo a dicho auto, la Corte reportó, con destino a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES-, un número aproximado de 183 casos de violencia sexual ocurridos como consecuencia del conflicto armado interno, dentro de los cuales se incluyeron dos episodios de abuso sexual de que fue víctima Lucía. Uno de ellos dio lugar a la investigación penal radicada por la Fiscalía con el número 169.022, que ahora se analiza, y el otro se encuentra bajo conocimiento del Juzgado Único de Menores de Cartagena, con el número de radicado 239.682.

3.10. Finalmente, menciona la apoderada de la actora, que en varias oportunidades elevó sendas peticiones ante la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se analizara la viabilidad jurídica de adelantar la acción de revisión en el asunto objeto de controversia. Sin embargo, afirma que en respuesta a su solicitud, dichas autoridades le informaron que ello no era procedente, habida cuenta que no se configuraba ninguna de las causales de revisión previstas en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000.

4. Fundamentos de la demanda

4.1. Teniendo como soporte el escenario descrito en precedencia, la demandante, con el acompañamiento de la Corporación SISMA MUJER, señala que la vulneración de los derechos fundamentales de su hija se deriva del hecho de que se haya precluido la investigación penal adelantada por lo hechos constitutivos de violencia sexual de que fue víctima, sobre la base de no haberse obtenido su testimonio, aún cuando es de conocimiento de la Fiscalía General de la Nación que la víctima padece de retardo mental y, que no fue debidamente citada a dicha diligencia.

4.2. Para la actora, la decisión del ente acusador constituye una vía de hecho por defecto fáctico, ya que no desplegó todo su actuar en orden a esclarecer los hechos delictivos, buscar la verdad y determinar la responsabilidad del implicado, haciéndolo comparecer al proceso a través de los medios coercitivos que le otorga la ley, máxime cuando se encontraba plenamente identificado.

4.3. A su juicio, la Fiscalía trasladó de manera injustificada y desproporcionada toda la carga de la prueba a la víctima, quien es un sujeto de especial protección constitucional, debido a

la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentra, condicionando el trámite de la investigación a su testimonio, como si no existieran otros elementos de juicio suficientes para dar continuidad a la misma, como el dictamen de medicina legal y la denuncia de la madre.

Frente a este hecho, menciona que ni ella ni su hija se presentaron a dar testimonio de lo ocurrido porque no fueron informadas de dicha diligencia, pues, al parecer, las citaciones fueron enviadas a una dirección diferente a la que había informado en el momento de instaurar la denuncia.

4.4. Adicionalmente, pone de presente que no recibieron ningún tipo de asesoría jurídica para procurar la defensa de sus derechos e intereses dentro de la actuación penal, teniendo en cuenta su desconocimiento en la materia, la situación de desplazamiento por la que atraviesan, y la falta de recursos económicos necesarios para contratar los servicios de un abogado.

4.5. En cuanto a la resolución de preclusión de la investigación, que puso fin al debate jurídico acerca de la responsabilidad penal de Samuel, afirma que la misma no fue notificada a la víctima y que, por esa razón, no fue posible hacer uso de los medios de impugnación para controvertir su contenido.

4.6. En suma, considera la demandante, que la Fiscalía faltó a su deber de realizar una investigación inmediata, exhaustiva, seria, competente e imparcial de los hechos y de los daños sufridos por Lucía, así como de brindarle el acompañamiento y la asesoría que requería ella y su familia ante la evidente situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, en procura del restablecimiento efectivo de sus derechos fundamentales, omisión que redundaba en detrimento de los mismos.

5. Pretensiones

Bajo el entendido que la decisión de la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, de precluir la investigación penal adelantada contra Samuel por los hechos constitutivos de violencia sexual de que fue víctima Lucía, en su condición de discapacitada, desconoce por entero sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a la dignidad humana y la protección especial que demandan las personas en

circunstancias de debilidad manifiesta, la actora, en representación de su hija, promueve la presente acción de tutela, a fin de lograr la protección de dichas garantías, solicitando al juez constitucional que se ordene a dicha autoridad que “declare la nulidad de la resolución de preclusión proferida el 22 de septiembre de 2006” y, en consecuencia, disponga la reapertura de la investigación No. 169.022.

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las siguientes:

* Copia simple de la denuncia penal No. 1665, presentada el 25 de febrero de 2005 por Matilde (f. 29 a 31).

* Copia simple del dictamen sexológico No. 072 GIDES del 23 febrero de 2005, practicado a la víctima por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, el cual resultó “compatible con acceso carnal reciente” (f. 32).

* Copia simple de la providencia del 4 de marzo de 2005, a través de la cual se da apertura a la investigación penal en contra de Samuel, se ordena vincular al indiciado y se decretan algunas pruebas (f. 33).

* Copia simple del telegrama enviado por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena a la señora Salomé y a Lucía, en el que se les cita para que asistan el 23 de noviembre de 2005 a rendir declaración jurada dentro de la actuación No. 169.022 (f. 34).

* Copia simple de la providencia del 16 de diciembre de 2006, mediante la cual se declara persona ausente a Samuel y se designa un abogado de oficio para que asuma su defensa (f.35).

* Copia simple de la providencia del 8 de agosto de 2006, a través de la cual se dispuso el cierre del ciclo sumarial seguido contra Samuel, por el presunto delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (f.26).

* Copia simple de la Resolución No. 287 del 22 de septiembre de 2006, mediante la cual se decidió precluir la investigación penal No. 169.022 en favor de Samuel (f. 38 a 40).

* Copia simple del Oficio No. 523 del 5 de diciembre de 2008, en el que la Fiscal 21 Seccional de Cartagena remite con destino al Director Nacional de Fiscalías información por él solicitada (f. 42 y 43).

* Copia simple de la petición elevada por la apoderada de la demandante ante el Director Nacional de Fiscalías acerca de la viabilidad jurídica de ejercer la acción de revisión (f. 44 a 46).

* Copia simple de la petición elevada por la apoderada de la demandante ante la Directora Seccional de Fiscalías de Cartagena acerca de la viabilidad jurídica de ejercer la acción de revisión (f. 47 a 49).

* Copia simple de la petición elevada por la apoderada de la demandante ante la Procuraduría Regional de Bolívar acerca de la viabilidad jurídica de ejercer la acción de revisión (f. 51 a 53).

* Copia simple de la respuesta emitida por la Fiscalía General de la Nación a las solicitudes efectuadas por la apoderada de la actora (f. 55 a 62).

* Copia simple de la respuesta emitida por la Procuraduría General de la Nación a la solicitud efectuada por la apoderada de la actora (f. 55 a 62).

* Original del documento de sustitución del poder inicialmente conferido por la señora Matilde a otra abogada (f. 317 cuaderno principal).

7. Oposición a la demanda de tutela

Con el propósito de conformar debidamente el contradictorio, la autoridad judicial que conoció de la acción de tutela resolvió admitirla y ordenó ponerla en conocimiento de la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, para efectos de que se pronunciara respecto de los hechos y las pretensiones de la demanda.

7.1. Fiscalía Veintiuno (21) Seccional de Cartagena

Dentro del término otorgado para ejercer el derecho de réplica, la Fiscal Seccional 21 de Cartagena dio respuesta al requerimiento judicial, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y solicitó la declaratoria de improcedencia de la misma.

Para tal efecto, inicia por señalar que a su cargo estuvo la investigación penal radicada con el número 169.122, dirigida contra Samuel, por el presunto delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir del que resultó víctima Lucía, en virtud de la denuncia presentada por la madre de aquella, el 25 de febrero de 2005.

Menciona que en dicha actuación se profirió la Resolución No. 287 del 22 de septiembre de 2006, mediante la cual se calificó el mérito sumarial con preclusión de la instrucción, encontrándose actualmente archivada.

II. INTERVENCIONES AMICUS CURIAE EN SEDE DE REVISIÓN

Con posterioridad a la selección del presente asunto, distintas organizaciones y ciudadanos interesados en la causa, presentaron escritos de intervención en los que coadyuvan las pretensiones de la demanda de tutela, con fundamento en las razones que a continuación se

exponen:

1. Corporación AVRE

Mediante escrito allegado a esta Corporación, el 22 de abril de 2010, la Representante Legal de la Corporación AVRE, se pronunció en relación con los hechos que motivaron la presente acción de tutela.

A manera de ilustración, comienza por señalar que la entidad que representa “es una organización no gubernamental, constituida desde el año 1992 con el propósito de desarrollar procesos interdisciplinarios en la atención psicosocial y en salud mental, con una perspectiva de Derechos Humanos, orientados a la articulación de acciones y respuestas jurídicas, políticas e institucionales y el fortalecimiento de capacidades para la promoción del bienestar y el desarrollo integral de las personas, organizaciones y comunidades víctimas de violaciones de Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en diferentes zonas del país”.

En punto al caso objeto de la presente acción, manifiesta que la confluencia de múltiples factores de riesgo y vulnerabilidad que afectan a Lucía dan cuenta de la especial necesidad de protección para la garantía de sus derechos fundamentales, atendiendo a las consideraciones consagradas en la Constitución Política, en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos y los Autos 192 de 2008, 251 de 2008, 005 de 2009 y 006 de 2009 dictados por la Corte Constitucional y demás jurisprudencia sobre la materia, en su calidad de mujer, menor de edad, afrodescendiente, discapacitada y en situación de desplazamiento forzado.

A su juicio, la judicialización de los casos de violencia sexual como el presente, debe considerar siempre el acompañamiento psicojurídico para garantizar que las víctimas mitiguen los impactos psicosociales derivados de su participación en escenarios judiciales y asuman un rol protagónico en los procesos de restablecimiento y exigibilidad de sus derechos, sin que ello implique que el avance de las investigaciones dependa exclusivamente de su participación directa.

Conforme con ello, considera que en estos eventos se debe partir del reconocimiento de las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas, especialmente aquellas que estructuralmente se sitúan en posición de desventaja frente a sus victimarios, debido a factores como la pobreza, la discapacidad, las relaciones patriarcales y la marginación socio cultural.

Por último, estima que la prevención de la violencia sexual y otros conflictos por motivo de género contra niñas y mujeres en situación de discapacidad requiere, entre otros elementos, el fundamento de una perspectiva de género que permita comprender y modificar prácticas patriarcales que marginan a las mujeres.

2. Comisión Colombiana de Juristas

El Director y representante legal de la Comisión Colombiana de Juristas, la Coordinadora del área de Promoción y Debates, y la Abogada de Promoción y Debates de la misma entidad, expresaron su concepto dentro del trámite de la referencia, mediante escrito de intervención remitido a esta Corporación, el 11 de mayo de 2010.

Luego de citar distintos instrumentos internacionales que consagran la prohibición de cualquier forma de violencia contra la mujer y el deber de los estados de tipificar las conductas que amenacen sus derechos fundamentales, especialmente, en el marco del conflicto armado interno, teniendo en cuenta los riesgos específicos a los que se encuentran expuestas, señalan los coadyuvantes que el caso de Lucía, dadas las múltiples circunstancias de vulnerabilidad que la rodean, exige del Estado la adopción de todas las medidas necesarias en orden a garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales, que se traduce en una correcta administración de justicia, sin exigir cargas adicionales a la víctima que no está en condiciones de asumir.

Concretamente, manifiestan que “las limitaciones impuestas al proceso penal por las condiciones de indefensión y vulnerabilidad de la víctima no pueden ser un argumento para truncar el acceso a la justicia o el derecho a un recurso efectivo, pues esto implica trasladar una carga más a la víctima, cuando el mandato constitucional en este sentido implica todo lo contrario, esto es, que se debe procurar mayor protección a estas personas, y en la práctica eso se traduce en una mayor carga que debe ser asumida adecuadamente por el Estado, en este caso por la Fiscalía y los jueces de conocimiento”.

1. Entre tanto, las ciudadanas Brenda Heliana Portilla, Jenny Paulina León, Diana Carolina Rodríguez, Liliana Rocío Vargas, Silvia Marcela Yáñez, Karol Yohana Camargo, Laura Helena Quintero Martínez, July Calderón Segura, Leidy Yohana Rodríguez y Migdolia Rueda Bolaños, se pronunciaron sobre el asunto objeto de la presente decisión, en el sentido de solicitarle a la Corte conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora.

En criterio de los intervinientes, la Fiscalía General de la Nación conculcó los derechos fundamentales de Lucía, al haber desconocido su deber de brindarle a la víctima todas las garantías necesarias dentro del proceso penal, atendiendo las especiales circunstancias de indefensión y vulnerabilidad en las que se encuentra, dado que para la época de los hechos era una menor de edad, actualmente se encuentra discapacitada y afronta los rigores del desplazamiento forzado.

Consideran que la decisión adoptada por el órgano acusador, de precluir la respectiva investigación penal, no hace más que perpetuar la impunidad de hechos constitutivos de grave afectación de los derechos humanos y despoja a la víctima de un recurso judicial efectivo en aras de reivindicar sus garantías fundamentales y obtener la reparación del daño ocasionado.

III. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante sentencia proferida el 24 de septiembre de 2009, negó el amparo constitucional invocado, luego de concluir, de acuerdo con el material probatorio allegado al proceso, que la actora no hizo uso de los medios ordinarios de defensa que tenía a su disposición para controvertir la decisión adoptada por la autoridad demandada de precluir la correspondiente investigación penal, sin que sea ahora admisible alegar la falta de recursos económicos para contratar los servicios de un profesional del derecho, pues “existen entidades que brindan asistencia legal y jurídica sin exigir contraprestación alguna”.

1. Impugnación del fallo

Durante el término otorgado para el efecto, la demandante impugnó la anterior decisión, sobre la base de estimar que “no basta con la existencia de los recursos judiciales para garantizar el acceso material a la administración de justicia, es necesario que las autoridades de investigación y juzgamiento actúen de manera diligente, lo que implica la obligación de brindar todas las garantías procesales a las víctimas y establecer medidas que les permitan participar activamente en el proceso”.

A su juicio, “no es aceptable que se obligue a la víctima a constituirse en parte civil, para deducir de allí su interés o no en el proceso, y mucho menos que la falta de interposición de un recurso en contra de la decisión de preclusión que adoptó la Fiscalía, por motivos ajenos a su voluntad e imputables a la autoridad judicial, pueda constituir causal invencible para desechar la procedencia de la acción de tutela. Se debe recordar que quienes tienen la obligación constitucional y legal de investigar las violaciones a los derechos humanos son las autoridades judiciales, por lo cual no se le puede imputar esa carga a las víctimas”.

Así mismo, considera que el juez de instancia olvidó que el presente asunto reviste un especial interés constitucional, pues los hechos de violencia sexual de que fue víctima Lucía, constituyen una grave violación a los derechos humanos que no puede quedar impune, siendo deber de la autoridad judicial competente velar por la garantía de sus derechos fundamentales, a través de una investigación seria y diligente en procura de lograr la verdad, la justicia y la reparación del daño ocasionado.

Por último, pone de presente que no existe otro medio de defensa judicial idóneo, distinto a la acción de tutela, para lograr la protección de dichas garantías, pues el Ministerio Público consideró que no era posible promover la acción de revisión dentro del proceso penal en cuestión, con lo cual se agotó cualquier posibilidad de obtener la reapertura de la investigación.

3. Segunda instancia

En providencia del 4 de noviembre de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

de Justicia, confirmó el fallo dictado por el juez de primer grado, al considerar que la decisión del ente acusador no constituye una vía de hecho, pues si bien las pruebas obrantes en el expediente daban cuenta de la existencia de un hecho punible, no lograban establecer con alto grado de certeza la responsabilidad penal del implicado.

Adicionalmente, puso de presente que, dado su carácter subsidiario y residual, la acción de tutela no es el instrumento judicial idóneo para cuestionar decisiones respecto de las cuales no se hizo uso de los medios ordinarios de defensa, pues no ha sido diseñada para revivir términos ya vencidos o para reemplazar la labor de las autoridades judiciales.

IV. PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. A través de Auto del 10 de junio de 2010, la Sala Cuarta de Revisión consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar y actualizar los supuestos de hecho que dieron origen a la solicitud de tutela y mejor proveer en el presente asunto. En consecuencia, resolvió oficiar al señor Fiscal General de la Nación para que informara a esta Sala lo siguiente:

“(…) si en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte en el numeral segundo de la parte resolutive del Auto 092 de 2008, y con posterioridad a la Resolución de preclusión proferida el 22 de septiembre de 2006 por la Fiscalía Veintiuna (21) Seccional de Cartagena, la entidad que preside ha adoptado alguna medida, o ha llevado a cabo alguna gestión, tendiente a reactivar la investigación penal que por el delito de acceso carnal y actos sexuales abusivos en la persona de Lucía, se inició en la ciudad de Cartagena (Bolívar), por los hechos de violencia sexual de que fue víctima los días 21 y 22 de febrero de 2005, y que aparece identificada con el número de radicación 169.022. Precisar si, en todo caso, el proceso ha continuado frente a persona desconocida y en que estado se encuentra actualmente”.

Además, “si, por fuera de los procesos tramitados ante la Fiscalía Veintiuna (21) Seccional de Cartagena (radicado número 169.022) y el Juzgado Único de Menores de Cartagena (radicado número 239.682), el organismo que preside tiene conocimiento sobre nuevas situaciones de violencia sexual en que aparezca involucrada, en condición de víctima, la joven Lucía. De ser afirmativa la respuesta, describir o identificar los casos, e informar el estado en que se

encuentran y la actividad desplegada por la Fiscalía con miras a asegurar que las investigaciones que estén en curso avancen aceleradamente”.

1.2. De igual forma, se le requirió al señor Procurador General de la Nación para que informara a esta Sala de Revisión, “si, conforme a lo dispuesto por la Corte en el numeral segundo de la parte resolutive del Auto 092 de 2008, la entidad que preside ha ejercido una supervigilancia particularmente estricta sobre la investigación penal que por el delito de acceso carnal y actos sexuales abusivos en la persona de Lucía, se inició ante la Fiscalía Veintiuna (21) Seccional de Cartagena (Bolívar), por los hechos de violencia sexual de que fue víctima los días 21 y 22 de febrero de 2005, y que aparece identificada con el número de radicación 169.022. De haberse llevado a cabo dicha vigilancia, informar en qué ha consistido la actividad desplegada por la Procuraduría”.

1.3. Así mismo, se dispuso oficiar al Juzgado Único de Menores de Cartagena (Bolívar) para que se sirviera informar “el estado en que se encuentra el proceso penal número 239682, que por el delito de acceso carnal y actos sexuales abusivos en conexidad con lesiones personales, adelanta ese despacho contra Germán, y cuya víctima es la joven discapacitada Lucía”.

1.4. Por otra parte, se solicitó a la Corporación Sisma Mujer que informara “si, por fuera de los hechos ocurridos en los meses de febrero de 2005 y abril de 2006, la Corporación tiene conocimiento sobre nuevas situaciones de violencia sexual contra la joven Lucía, y si las mismas fueron puestas en conocimiento de las autoridades competentes”.

1.5. Del mismo modo, se requirió a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social- para que se sirviera informar, “si la señora Matilde (identificada con la C.C. N° 45'742.020 de El Carmen de Bolívar) y su hija discapacitada Lucía (identificada con R.C. N° 14666329), se encuentran inscritas en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-. De ser afirmativa la respuesta, informar: (i) cómo está integrado su grupo familiar; (ii) cuál es la situación actual de vulnerabilidad en que se encuentran y (iii) si han recibido todas las ayudas humanitarias indicadas en la Ley 387 de 1997 (apoyo alimentario, asistencia en salud, estabilización socio-económica, educación y capacitación, atención en necesidades habitacionales básicas y acceso a bienes rurales). Concretamente, informar si la joven Lucía, recibe o ha recibido algún tipo de ayuda especial

(psicológica, educativa, formativa y de capacitación) dada su discapacidad mental y las situaciones de abuso sexual de que ha sido víctima”.

1.6. En la misma providencia, dispuso, además, ordenar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Bolívar, con sede en la ciudad de Cartagena que se sirviera “someter a la joven Lucía, a una valoración integral por parte del grupo de profesionales de la institución, con el fin de determinar sus condiciones física, mental y sociológica”.

1.7. Para efectos del estricto cumplimiento de lo ordenado por la Sala de Revisión, se comisionó a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, como juez de primera instancia en la presente acción, para que adoptara todas las medidas que fueran necesarias a fin de garantizar la práctica del dictamen médico legal.

2. El 29 de junio de 2010, la Secretaría General de la Corporación puso a disposición del despacho del Magistrado Sustanciador la respuesta que la Fiscalía General de la Nación dio a los cuestionamientos planteados en el Auto del 10 de junio de 2010.

En el correspondiente escrito, esa autoridad judicial informó que en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional en el numeral segundo de la parte resolutive del Auto 092 de 2008, “se dispuso la realización de comités técnico jurídicos frente a las investigaciones que ya se habían iniciado en virtud de los episodios de violencia sexual en aquél contenidos, al paso que se iniciaron de oficio los procedimientos investigativos correspondientes frente a los hechos que aún no habían sido objeto de conocimiento por la jurisdicción penal ordinaria”.

Destaca, además, que en el marco de las gestiones adelantadas en aras de lograr la introducción del enfoque diferencial de género en la entidad, se han adelantado diferentes estrategias, dentro de las cuales se destacan (i) el adecuado registro de casos y caracterización de víctimas en los sistemas de información misional, (ii) la inclusión de esta perspectiva dentro de los módulos de capacitación en DDHH, (iii) la creación del Comité de Género como herramienta de articulación institucional en la defensa de los derechos de las mujeres y (iv) la creación de una nueva Unidad Nacional contra el Desplazamiento y la Desaparición Forzada, producto del esfuerzo mancomunado de la Agencia para la Acción Social, la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación.

Particularmente, puso de presente que “frente a la investigación radicada bajo la partida 169022, por el delito de acceso carnal y actos sexuales abusivos en la persona de Lucía, en el que la Fiscalía Veintiuna (21) Seccional de Cartagena profirió resolución de preclusión el 22 de septiembre de 2006, en el comité se ordenó inspección al proceso requiriendo a la Fiscal Seccional allegar copia de la actuación a través de la Directora Seccional de Cartagena.

Por otra parte, afirma que “en comité efectuado el 5 de mayo de 2009 con acompañamiento especial por parte de asesores de la Dirección Nacional de Fiscalías, se evaluó nuevamente el proceso 169022, requiriendo para ello respuesta a la solicitud elevada el 5 de diciembre de 2008 a la Dra. VIVIANA BAENA PUELLO, 82 Judicial Penal II, en el sentido de instaurar acción de revisión de este proceso, en atención a petición incoada por la Corporación SISMA MUJER (sic)”.

En relación con el estado actual del proceso penal, señala que el mismo se encuentra archivado con resolución de preclusión ejecutoriada el 5 de octubre de 2006.

Por último indica que, “verificados los sistemas de información misional de la entidad SIJUF y SPOA y de conformidad con lo informado por la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, no se encontraron registros de investigaciones penales adelantadas en virtud de nuevas situaciones de violencia sexual en las que aparezca involucrada en condición de víctima la joven Lucía”.

La Fiscalía General de la Nación acompañó su escrito de respuesta con un informe ejecutivo del proceso número 169.022, varias actas del Comité Técnico Jurídico relacionado con el caso particular de Lucía y un concepto emitido por la Procuraduría 83 Judicial Penal II de Cartagena, en relación con la viabilidad de ejercer la acción de revisión.

2.1. Igualmente, mediante oficio del 1° de julio de 2010, la Secretaría General de esta Corporación envió al despacho del Magistrado Ponente, escrito del 28 de junio del mismo año, firmado por Sonia Patricia Sierra Román, Procuradora Delegada (e). A dicho escrito, acompañó un informe rendido por la Procuradora 82 Judicial Penal II, quien intervino como agente del Ministerio Público en la mencionada investigación penal.

Dicha funcionaria, informó acerca de la respuesta dada a la solicitud presentada por la apoderada de la actora, relacionada con la viabilidad de incoar la acción de revisión contra la

decisión de la Fiscalía de precluir la investigación penal por los hechos delictivos de que fue víctima la joven Lucía, señalando que una vez analizada la petición, se consideró que la misma no era procedente, toda vez que no se configuraba ninguna de las causales previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Así mismo, manifestó que, con ocasión de un oficio suscrito por el Coordinador Nacional de Procuradurías Justicia y Paz, recibido en su despacho el 2 de septiembre de 2009, en el que se requirió consolidar información acerca de casos de violencia sexual en mujeres en condición de desplazamiento, se realizó un informe relacionado con los dos episodios de violencia sexual de que fue víctima Lucía, cuyas investigaciones fueron radicadas con los números 169.022 y 239.682, apareciendo como denunciante Matilde y como sindicados Samuel y Germán, respectivamente.

Respecto de la primera investigación (169.022), señaló que la misma “se encuentra archivada y ejecutoriada desde el 5 de octubre del año 2006”, y advierte que, “mediante oficio del 8 de junio de 2009, ante derecho de petición instaurado por la Corporación SISMA Mujer en relación con este radicado, se respondió que al estimarse la acción de revisión improcedente en este evento, no se solicitó por esa razón agencia especial de la Procuraduría, por lo que representación del Ministerio Público continuaba ejerciéndola el Personero en lo Penal” (sic).

En cuanto hace a la segunda investigación (239.682), mencionó que ésta fue enviada por competencia al Juzgado Único de Menores de Cartagena, el 15 de julio de 2010, por remisión que hiciera la Fiscalía 32 Seccional de la misma ciudad. Paralelamente, informó que, “el 4 de agosto del año 2008 se ordenó la apertura de investigación previa. En varias oportunidades se ordenó escuchar en ampliación de declaración a la señora Matilde, sin embargo no se logró su comparecencia. El Juez de menores ordenó el traslado previsto en el artículo 191 del Código del Menor. En el despacho de conocimiento actúa como Ministerio Público ordinario la Procuradora 10 Judicial Familia II”.

2.3. Más adelante, la Secretaría General de la Corte, comunicó a la Sala de Revisión que se obtuvo respuesta por parte de la Corporación Sisma Mujer, entidad que mediante escrito del 22 de junio de 2010, firmado por la apoderada de la demandante, informó que, “de acuerdo con lo conversado con la señora Matilde, además de los hechos de violencia sexual ocurridos

en febrero de 2005 y abril de 2006 en contra de Lucía, no se han presentado nuevas situaciones de violencia sexual. Es preciso señalar que los dos eventos de violencia sexual fueron puestos en conocimiento de las autoridades competentes inmediatamente ocurrieron”.

Ha de anotarse que, posteriormente, mediante escrito allegado a esta corporación, el 30 de junio de 2010, la mencionada apoderada remitió a la Sala de Revisión información acerca de la situación actual de su representada y de su núcleo familiar, indicando al respecto que la señora Matilde es madre cabeza de familia y se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada como jefe de núcleo familiar, el cual se encuentra conformado por once (11) personas, de las cuales cinco (5) son menores de edad y dos (2) se encuentran en situación de discapacidad.

Manifiesta que estas once (11) personas comparten la misma vivienda y duermen en dos (2) habitaciones. Particularmente, Lucía vive con su madre, tres hermanas, dos hermanos, un cuñado y tres sobrinos (8, 6 y 3 años).

Informa que, actualmente, el sustento de quienes integran dicho núcleo familiar se encuentra a cargo del esposo de la hermana mayor de Lucía, quien devenga un salario mínimo mensual, toda vez que las condiciones de salud de la señora Matilde, solo le permiten generar ingresos ocasiones a través de ventas informales.

Finalmente, asevera que las ayudas económicas otorgadas por Acción Social resultan insuficientes para superar su grave situación de vulnerabilidad y que, hasta el momento, Lucía no ha recibido asistencia psicológica especial ni educativa, de cara a su situación de discapacidad y en virtud de los hechos de violencia sexual de los que fue víctima.

2.4. A través de oficio del 14 de julio de 2010, la Secretaría General de esta Corporación, puso a disposición de la Sala de Revisión el dictamen psiquiátrico del 29 de junio del mismo año, practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a Lucía. En dicho dictamen, se concluyó que, “dada la patología cerebral que padece la examinada y que la lleva a un Retraso Mental Moderado, con la consiguiente inmadurez psicológica, se deduce que ésta no se considera apta para recordar los hechos ocurridos como para servir de testigo y dar una declaración sobre lo sucedido. Se necesitan otros elementos materia de prueba para llegar a una conclusión sobre el delito sexual y hechos traumáticos de que fue objeto”.

2.5. Finalmente, ha de mencionarse que, comunicado el Auto del 10 de junio de 2010, a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, se venció el término probatorio dispuesto en el mismo, sin que dicha entidad atendiera el requerimiento efectuado por la Corte.

V. REVISIÓN DEL PROCESO DE TUTELA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El juez de tutela de segunda instancia, por oficio N° 26418, del 05 de noviembre de 2009, remitió el expediente de tutela de la referencia a la Corte Constitucional para su eventual revisión, siendo radicado en esta Corporación el 13 de noviembre del mismo año.

La Sala de Selección Número Dos, mediante Auto del 19 de febrero de 2010, dispuso su revisión por esta Corporación, a través de la Sala Cuarta de Revisión.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 19 de febrero de 2010, proferido por la Sala de Selección Número Dos de esta Corporación.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, en los casos específicamente previstos por el legislador.

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución

Política”, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. (Subraya fuera de texto)

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En el caso sub-exámine, presenta la acción de tutela la señora Matilde con la asistencia legal de la Corporación Sisma Mujer y en calidad de representante legal de su hija, Lucía, quien padece retardo mental moderado.

Así las cosas, de conformidad con las citadas normas, la Sala advierte que la joven Lucía no está en condiciones de promover por sí misma la defensa de sus derechos e intereses, en razón de la discapacidad cognoscitiva que presenta, situación que legitima a quien actúa en su nombre y representación, en este caso su señora madre, para promover el presente amparo constitucional.

2.2. Legitimación pasiva

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto, dada su calidad de autoridad pública, y en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema jurídico

3.1. Visto el contexto en el que se inscribe el amparo invocado, en esta oportunidad le corresponde a la Corte determinar, si en virtud de la decisión adoptada por la Fiscalía Veintiuno (21) Seccional de Cartagena, de precluir la investigación penal adelantada por los hechos constitutivos de violencia sexual de que resultó víctima la menor Lucía, en su

condición de discapacitada y víctima del desplazamiento forzado, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a la dignidad humana y la protección especial que demandan las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

3.2. Concretamente, habrá de establecer si la providencia judicial objeto de censura se profirió, conforme a una correcta valoración del material probatorio allegado a la correspondiente investigación penal y atendiendo a los postulados del interés superior del menor y de los derechos de las víctimas de delitos sexuales.

3.3. Para estos efectos, la Sala comenzará por abordar la doctrina de la Corte Constitucional respecto de (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales para, posteriormente (ii) verificar si en el presente asunto se cumplen los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la misma, no sin antes hacer referencia a temas puntuales que más adelante se expondrán, con el fin de ilustrar el alcance de dicho análisis.

4. Cuestión previa

Para efectos de la valoración jurídica de los hechos objeto del presente pronunciamiento, se tendrán en cuenta las condiciones de modo, tiempo y lugar existentes al momento de ocurrencia de los mismos.

Como ya se anotó, para la época en que se dio inicio a la investigación penal que en esta oportunidad se cuestiona, Lucía, en su condición de víctima, contaba con diecisiete años de edad, razón por la cual esta Sala de Revisión procederá a realizar las consideraciones generales del caso para, posteriormente, dar solución al mismo, teniendo como presupuesto de referencia su minoría de edad.

5. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración jurisprudencial

5.1. La posibilidad de controvertir las decisiones judiciales a través del ejercicio de la acción de tutela, ha sido objeto de un amplio proceso de elaboración jurisprudencial por parte de esta Corporación, tanto por vía de control concreto de constitucionalidad, como a través del

control abstracto. Bajo esta premisa, se ha llegado a considerar que la acción de tutela contra providencias judiciales constituye un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar la primacía, prevalencia y efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, cuya realización es uno de los pilares esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho⁴.

5.2. No obstante, la propia jurisprudencia constitucional se ha encargado de precisar que el ejercicio de la acción de tutela, a fin de controvertir las decisiones judiciales, es, en todo caso, de carácter excepcional y restrictivo. Ello, en razón de la necesidad de respetar el principio de cosa juzgada y de preservar la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado, así como el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de cada juez.

Sobre el particular, afirma la Corte que, “los jueces, como las demás autoridades del Estado, han sido instituidos para garantizar a todas las personas sus derechos y garantías constitucionales, razón por la cual todas sus actuaciones ‘constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales’⁵, sometidas al principio de legalidad, es decir, al imperio de la Constitución y la ley. Por encontrarse sometidas al imperio de la Constitución y la ley, las decisiones de las autoridades judiciales son autónomas e independientes, libres de cualquier injerencia por parte de otra autoridad, y se encuentran amparadas por el alcance de la cosa juzgada, que conlleva que una vez agotado el trámite procesal, las mismas adquieran firmeza, no pudiendo ser nuevamente revisadas, generando de este modo seguridad jurídica al ordenamiento”.⁶

5.3. Paralelamente ha sostenido que, dada la naturaleza supletiva de la acción de tutela, la misma no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos en el ordenamiento jurídico para la defensa de los derechos de manera preferente, como quiera que, a través de su ejercicio, no se busca reemplazar los procedimientos ordinarios o especiales y, menos aún, pretermitir los mecanismos que dentro de éstos se han establecido para controvertir las decisiones que se adopten⁷.

5.4. Siguiendo esta línea interpretativa, el carácter excepcional y restrictivo al que se ha hecho expresa referencia, conduce necesariamente a afirmar que sólo procederá la acción de tutela contra providencias judiciales, “en aquellos eventos en que se establezca una

actuación del juzgador, manifiestamente contraria al orden jurídico y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En estos casos, el control en sede de amparo constitucional se justifica, toda vez que los pronunciamientos judiciales que no se ajustan a las reglas preestablecidas, y que afectan de forma indebida los derechos fundamentales, constituyen en realidad una desfiguración de la actividad judicial, que termina por deslegitimar la autoridad confiada al juez para administrar justicia, y que debe ser declarada constitucionalmente para dar primacía al derecho sustancial y salvaguardar los derechos fundamentales de los administrados”⁸.

5.5. Así las cosas, para esta Corporación, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales adquiere fundamento y se justifica, en la necesidad de encontrar un equilibrio que permita armonizar adecuadamente principios constitucionales como el de seguridad jurídica y autonomía judicial con el deber de protección efectiva de los derechos fundamentales, cuando se advierta que éstos son amenazados o vulnerados por el actuar de las autoridades judiciales al resolver los asuntos de su competencia.

5.6. Por lo anterior, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha venido consolidando una profusa doctrina jurisprudencial, en relación con los eventos y condiciones que deben presentarse para que sea posible controvertir las decisiones judiciales por vía de la acción de tutela, de manera excepcional. Tanto es cierto, que en la Sentencia C-590 de 2005, proferida con fundamento en los precedentes recogidos a partir de la Sentencia C-543 de 1992, y reiterada en pronunciamientos posteriores, la Corte diferenció entre requisitos generales y causales específicas para su procedencia.

5.7. Respecto de los primeros, denominados también requisitos formales, indicó que se trata de aquellos presupuestos cuyo cumplimiento forzoso es condición necesaria para que el juez constitucional pueda entrar a valorar de fondo el asunto puesto en su conocimiento. En cuanto a los segundos, llamados requisitos materiales, señaló que corresponden, específicamente, a los vicios o defectos presentes en el fallo judicial y que constituyen la fuente de vulneración de los derechos fundamentales⁹.

5.8. Así, de conformidad con la aludida providencia, para que un fallo dictado por cualquier juez de la República pueda ser objeto de cuestionamiento mediante el ejercicio de la acción

de tutela, se requiere que le anteceda el cumplimiento de los requisitos generales que a continuación se exponen:

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹¹. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹². De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹³. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁴. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad

en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁵. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”¹⁶ (Negrilla fuera del texto original).

5.9. Agotada la observancia de los anteriores requisitos, el paso a seguir por el juez de tutela es el de verificar, en el caso particular y concreto, si se configura cualquiera de las causales específicas de procedibilidad o defectos materiales fijados por la jurisprudencia constitucional. Los mismos han sido reiterados recientemente por esta Sala de Revisión, en las Sentencias T-217 de 2010 y T-018 de 2011, de la siguiente manera:

“a. Defecto orgánico. El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Dicho en otras palabras, tal defecto se estructura en los eventos en que la decisión cuestionada vía tutela, ha sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

b. Defecto procedimental absoluto. Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando éste se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

Así, por ejemplo, la Corte ha encontrado que se configura un defecto procedimental, en los siguientes casos: (i) cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. Sin embargo, si la falta

de notificación no tiene efectos procesales importantes, o si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real, lo cual puede ocurrir porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios, no procederá la tutela; (ii) cuando existe una dilación injustificada, tanto en la adopción de decisiones como en el cumplimiento de las mismas por parte del juez; cuando la autoridad judicial pretermite la recepción y el debate de unas pruebas cuya práctica previamente había sido ordenada; y (iii) cuando resulta evidente que una decisión condenatoria en materia penal, se produjo como consecuencia de una clara deficiencia en la defensa técnica, siempre que sea imputable al Estado.

c. Defecto fáctico. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

En punto a los fundamentos y al margen de intervención que tiene el juez de tutela para configurar la ocurrencia de un defecto fáctico, la Corte ha fijado los siguientes criterios de aplicación:

* La intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por el principio de autonomía judicial y el

principio del juez natural, impiden que en sede de tutela se lleve a cabo un examen exhaustivo del material probatorio.

* Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima.

* Para que la acción de tutela pueda proceder por error fáctico, '[e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto'17.

d. Defecto sustantivo o material. Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.

f. Error inducido o por consecuencia. Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

g. En una decisión sin motivación. Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que les competen proferir.

h. En desconocimiento del precedente judicial. Se presenta en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.

i. En violación directa de la Constitución. La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.”¹⁸

5.10. Conclusión ineludible de las consideraciones precedentes, es que la acción de tutela, como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, procede excepcionalmente para controvertir el sentido y alcance de las decisiones judiciales, siempre que (i) se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) se advierta que la providencia cuestionada incurrió en una o varias de las causales específicas, y (iii) se

determine que el vicio o defecto es de tal trascendencia que conlleva la amenaza o la vulneración de derechos fundamentales.

5.11. Partiendo del primer test de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, encuentra la Sala que en el presente asunto, se cumplen en su totalidad los requisitos generales de procedencia de la misma que habilitan al juez constitucional para efectuar un análisis de fondo de los hechos materia de controversia.

En efecto, se evidencia que la cuestión que se discute resulta (i) de indudable relevancia constitucional, toda vez que se persigue la protección efectiva de los derechos fundamentales de una persona que, para el momento de los hechos, era menor de edad (17 años), y que presenta múltiples factores de vulnerabilidad que se derivan de su situación de discapacidad mental y de su condición de desplazada, en el marco de una actuación penal en la que figura como víctima de un delito contra la libertad, la integridad y la formación sexual, y frente a la cual existe una decisión judicial que ha cobrado firmeza; (ii) también es claro que, tratándose de una menor de edad, las consecuencias de la falta de agotamiento de los recursos legales por parte de su representante legal, no pudo repercutir negativamente en detrimento de sus garantías fundamentales, pues no está en condiciones de asumir dicha carga. En todo caso, es conveniente destacar que la apoderada de la accionante en sede de tutela, en repetidas ocasiones, insistió ante las autoridades competentes para promover el Recurso Extraordinario de Revisión, el cual resultó infructuoso, en razón de la no configuración de ninguna de las causales previstas en la ley para dicho efecto; (iii) adicionalmente, se observa que la vulneración de los derechos fundamentales de la víctima no ha cesado, a pesar del tiempo transcurrido entre la decisión judicial que se cuestiona y la presentación de la acción de tutela, toda vez que con la decisión de precluir la investigación penal no se pudo lograr establecer la verdad, la justicia y la reparación del daño ocasionado; (iv) del mismo modo, considera la Sala que la actora identificó claramente los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración alegada y los derechos fundamentales presuntamente infringidos, aspectos que fueron abordados en el proceso penal; (v) finalmente, es patente que la providencia objeto de discusión no corresponde a un fallo de tutela.

5.12. En ese orden de ideas, la segunda cuestión que le corresponde estudiar a la Corte es, si la situación fáctica descrita, se enmarca en alguna de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, más específicamente, en

un defecto fáctico, como lo plantea la actora en su demanda. Pero, antes de analizar dicha cuestión, la Sala considera pertinente abordar algunos temas de especial relevancia, tales como: (i) el interés superior del menor y su caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional, (ii) la situación del menor discapacitado y víctima del desplazamiento forzado, (iii) los derechos de las víctimas de conductas punibles en la jurisprudencia constitucional, (iv) el papel de la Fiscalía General de la Nación en el antiguo sistema penal contemplado en la Ley 600 de 2000 , así como (v) el alcance de la decisión de preclusión de la investigación.

6. El interés superior del menor y su caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional

6.1. Bajo la concepción de que los niños, por su falta de madurez física y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos–, y por ser quienes representan el futuro de los pueblos, necesitan protección y cuidados especiales, los Estados y en general la comunidad internacional, los han proclamado como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, centrado su atención en el propósito de garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde al rol de gran trascendencia que están llamados a cumplir en la sociedad.

6.2. Ese especial interés en proporcionarle a los menores un tratamiento preferencial, que implica adoptar “una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran”¹⁹, encuentra particular sustento en los distintos instrumentos o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, que consagran el principio del interés superior del menor, establecido por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 y, posteriormente reproducido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Este último instrumento dispuso en su artículo 3°, numeral 1°, que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá

será el interés superior del niño.”

6.3. A este respecto, cabe precisar que la jurisprudencia de esta Corporación, amparada en las anteriores disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado que se considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años (18). En este sentido, ha dejado en claro que la protección especial de que son titulares los niños y niñas, se entiende referida, sin duda alguna, a todos los menores de dieciocho (18) años, dentro de los que se incluye a los adolescentes.

6.4. Siguiendo la pauta trazada por el derecho internacional, la Constitución Política, en su artículo 44, consagra expresamente el principio del interés superior del menor, que se manifiesta en los siguientes postulados básicos: (i) 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, así como los demás derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por Colombia; (ii) le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger a los niños y niñas contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, en orden a garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos y (iii) establece el principio de prelación, en virtud del cual, “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Ello, como una manera de explicar la importancia que reviste su protección, aún en aquellos eventos en los que el derecho de un menor entra en conflicto con los intereses de un adulto, que de no ser posible conciliarlo, aquel deberá prevalecer sobre éste.

6.5. Para la Corte, los contenidos del artículo 44 Superior representan “verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual²⁰; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico²¹” ²².

6.6. Bajo esa orientación, tanto las autoridades públicas como los particulares, en el ejercicio

de sus competencias y en el cumplimiento de las acciones relacionadas con asuntos de menores, deben proceder conforme a dicho postulado, haciendo prevalecer en todo caso el deber de asistencia y protección a la población infantil, en procura de garantizar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como sus condiciones de libertad y dignidad.

6.7. De conformidad con el marco trazado por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, el principio del interés superior del menor ha venido siendo objeto de un amplio desarrollo legislativo en el orden interno, inicialmente a través del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) y, en la actualidad, a través de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, que en su artículo 8° dispone que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

6.8. Esta Corporación, refiriéndose concretamente a dicho principio, desde sus inicios explicó que:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la [psicología], la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.”²³

6.9. Más adelante, señaló que el interés superior del menor es un principio que se caracteriza, esencialmente, por ser: “1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”²⁴ (Negrilla fuera del texto original).

6.10. A partir del reconocimiento explícito de un catálogo de derechos en favor de todos los niños y niñas, tanto en el orden jurídico interno como internacional, es posible afirmar que el interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos. El contenido de este principio son los propios derechos del menor, razón por la cual, puede decirse que interés y derechos, en este caso, se identifican plenamente.

6.11. Antes de adoptarse la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la falta de un instrumento de esta naturaleza que identificara plenamente las garantías de los menores, y la precariedad del status jurídico de la infancia, incidió notablemente en la vaguedad de la noción de interés superior del menor, de suerte que su interpretación y aplicación quedaba librada a la discrecionalidad de la autoridad administrativa en el plano de desarrollo de las políticas públicas y programas sociales, o de la autoridad judicial en el ámbito del control y protección de la infancia.

6.12. A partir de la entrada en vigencia del mencionado instrumento y con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el interés superior del menor dejó de ser un objetivo social deseable -perseguido por una autoridad progresista o benevolente-, para convertirse en un principio de derecho que vincula directamente a la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza, en cuanto límite del ejercicio de sus competencias, cuando están de por medio los derechos fundamentales del menor.²⁵

6.13. Cabe destacar que, además de orientar y limitar a las autoridades en sus decisiones según los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los niños y niñas, el principio

del interés superior del menor cumple también una importante función hermenéutica, toda vez que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones del orden internacional, constitucional y legal que reconocen el carácter integral y prevalente de los derechos del niño, en procura de su efectiva protección, facilitando del mismo modo la solución de los eventuales conflictos que pueden surgir en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa aplicable.

6.14. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha destacado que la determinación del interés superior del menor debe efectuarse de conformidad con las circunstancias específicas de cada caso en particular, ya que éste no puede ser entendido como un ente abstracto, desprovisto de cualquier vínculo con la realidad concreta sino que, por el contrario, su contenido es de naturaleza real y relacional.

A este respecto, en la Sentencia T-510 de 2003, reiterada recientemente en la sentencia T-319 de 2011, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

“El interés superior del menor refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

6.15. Sin embargo, aunque el interés superior del menor alude a la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad de vida del menor, analizado desde el punto de vista de su situación particular y concreta, esta Corporación se ha encargado de definir los criterios jurídicos que han de guiar la labor de las autoridades judiciales y administrativas en la protección eficaz de dichas garantías, a través del reconocimiento e identificación del interés superior del menor en casos puntuales. Dichos criterios son los siguientes: (i) la

garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado y (vi) la necesidad de tomar en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto que se decide.

6.16. En suma, el interés superior del menor es un principio rector, ampliamente reconocido por el derecho internacional y reproducido de manera directa en la Constitución Política, que propende por la máxima satisfacción de los derechos de que son titulares todos los niños, niñas y adolescentes, entendidos como fundamentales, prevalentes e interdependientes, y que como tal, constituye una limitación u obligación de carácter imperativo, especialmente dirigida a todas las autoridades del Estado, quienes deberán actuar con diligencia y especial cuidado al momento de adoptar sus decisiones, en aquellos asuntos en los que se hayan involucrados los intereses de un menor.

6.1. Situación del menor discapacitado y víctima de desplazamiento forzado

6.1.1. Como ya se mencionó en líneas anteriores, todos los niños y niñas, sin distinción alguna, son titulares de una especial protección constitucional, que se traduce en un trato especial y preferente por parte de la familia, la sociedad y el Estado, en razón de su falta de madurez física y mental que los sitúa en un estado de debilidad manifiesta.

6.1.2. Dicha protección, que se hace efectiva a través de la aplicación del principio del interés superior del menor, resulta doblemente reforzada, cuando frente al menor concurren, además, una serie de circunstancias que lo hacen aún más vulnerable. Tal es el caso de aquellos que padecen algún tipo de discapacidad o son víctimas del desplazamiento forzado. Así lo dispone el artículo 13 de la Constitución Política, al señalar que “[e]l Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Al respecto, la Corte, en Sentencia T-608 de 200726 expresó:

“La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos

sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13).

Al amparo de la previsión del artículo 13 de la Carta, que impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, las autoridades deben emprender acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados, categoría dentro de la cual cabe incluir a los discapacitados, y de manera particular, cuando se encuentran en condiciones de pobreza.

En esta materia, la Corte ha puesto de presente que, por un lado, los discapacitados gozan de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la igualdad, razón por la cual resulta contrario a la Carta todo tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad”.

6.4.3. Al respecto, conviene destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de enero de 1989²⁷, en su artículo 23, consagra la obligación de los estados partes de otorgar cuidados y asistencia especial en diversas áreas a los niños y niñas mental y físicamente impedidos, como una garantía de plena satisfacción de sus derechos fundamentales, en el marco del principio de dignidad humana²⁸.

6.1.4. En el contexto del desplazamiento forzado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad, que padecen los rigores del conflicto armado interno, son las víctimas más débiles e indefensas del conjunto de la población desplazada, pues se encuentran gravemente expuestos a múltiples riesgos que afectan su desarrollo individual y sus condiciones de existencia, y que escapan por completo, tanto a su control y responsabilidad, como a su capacidad de resistir o de responder frente a determinadas acciones.

6.1.5. En razón de ello, en la Sentencia T-025 de 2004, esta Corporación sostuvo que, en términos generales, las personas desplazadas por el conflicto armado interno y en especial los menores de edad²⁹, dadas las circunstancias que rodean el desplazamiento forzado, “quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: ‘Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado’”.

Esa especial atención por parte de las autoridades al menor desplazado se funda en los mandatos constitucionales de protección a la infancia y en las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. De manera particular, en el documento de Naciones Unidas que contiene los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, se indicó que “ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales”.

6.1.6. En ese orden de ideas, es obligación de la familia, la sociedad y el Estado brindar a los niños una especial protección de sus derechos fundamentales, protección que se torna imperativa y prioritaria, es decir, doblemente reforzada, cuando el menor padece alguna clase de discapacidad o es víctima del desplazamiento forzado, pues dichas situaciones desafortunadas lo hacen aún más vulnerable e indefenso frente a todo tipo de riesgos. En ese contexto, la acción de las autoridades frente a las graves violaciones de sus garantías fundamentales debe ejercerse con tal rigurosidad, que se garantice a toda costa la protección de sus derechos.

7. Los derechos de las víctimas de conductas punibles en la jurisprudencia constitucional

7.1. Esta Corporación ha señalado, de manera reiterada y uniforme, que en un Estado social de derecho y en una democracia participativa, los derechos de las víctimas de conductas punibles resultan de indudable relevancia constitucional. Dicha concepción se funda en

varias normas y principios plasmados en la Constitución Política y en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que propugnan por la protección efectiva de los derechos de quienes resultan afectados por el delito.

7.2. En efecto, el artículo 1° superior, al consagrar el estado social de derecho como forma de organización política y los principios de participación y de dignidad humana, promueve la intervención directa de las víctimas en el proceso penal, en orden a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos vulnerados, siendo merecedores de un trato especial acorde con su condición humana.

7.3. A su vez, conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del mismo ordenamiento, al adelantar las investigaciones y demás procedimientos necesarios para sancionar la comisión de una conducta punible, las autoridades en general, y las judiciales en particular, tienen el deber de garantizar el goce efectivo de los derechos de todas las personas, incluidas las víctimas, así como asegurar la protección integral de sus bienes jurídicos. Protección que no se reduce exclusivamente a la reparación material del daño ocasionado con el delito.

7.4. Ahora bien, según lo previsto en el artículo 93 de la Carta Política, en punto a la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos, también los derechos de las víctimas del delito resultan de importancia capital en el orden jurídico interno, pues su amplio desarrollo y reconocimiento en dichos instrumentos internacionales, en los que se ha establecido que las víctimas tienen esencialmente tres derechos: el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación del daño ocasionado, los hace especialmente exigibles.

7.5. En desarrollo de dichos postulados, la Corte, en varios de sus pronunciamientos, ha explicado que el derecho a la verdad “implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima”³⁰; el derecho a la justicia, es decir, a que no haya impunidad, “incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las

víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso”³¹ y el derecho a la reparación del daño ocasionado comprende una dimensión individual y una colectiva. “Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas. La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”.

7.6. A este respecto, ha precisado la Corte que “el reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito, pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica”.

7.7. A su turno, el artículo 229 superior consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, “el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.”³² En el caso de las víctimas, el derecho de acceso a la administración de justicia comprende especialmente la obligación de las autoridades competentes de investigar, identificar y sancionar las conductas punibles, así como de lograr el restablecimiento de sus derechos o la reparación integral del daño ocasionado. No cumplir dichos presupuestos implica una denegación de justicia que se encuentra proscrita por la Constitución Política y el derecho internacional de los derechos humanos.

7.8. En este punto específico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado 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 responsables, 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.”³³ (Subrayas fuera de texto)

7.9. Acorde con ello, el artículo 250 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002, le impuso a la Fiscalía General de la Nación, en su condición de titular del ejercicio de la acción penal, entre otras, las siguientes funciones:

“1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

(...)

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.”³⁴

7.10. De lo anterior se deduce, entonces, que la Constitución consagra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como máximo órgano investigativo, específicos deberes en torno a la protección integral de los derechos de las víctimas de conductas punibles dentro de la actuación penal, siendo pieza fundamental en el propósito de alcanzar la verdad, la justicia y la reparación.

7.12. En el caso de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, dicha protección adquiere un especial significado, pues el decreto y práctica de pruebas, así como la valoración de las mismas, deben estar siempre orientados hacia la protección del interés superior del menor, máxime cuando aquel es discapacitado y afronta las consecuencias del desplazamiento forzado, conforme quedó expuesto en el acápite precedente.

7.13. Así las cosas, la consagración constitucional de la víctima como sujeto que ocupa un papel predominante en el proceso penal, básicamente apunta al reconocimiento y protección de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, a través de su acceso a un recurso judicial efectivo, que se materializa en el hecho de que la actuación judicial se inicie y concluya con una decisión de fondo y, además, a que la misma se desarrolle con plena observancia de las garantías procesales, en particular, las de comunicación e información, que posibilitan el agotamiento de las acciones y los recursos judiciales, los cuales se constituyen en los mecanismos más efectivos para proteger y garantizar eficazmente los derechos de quienes han sido víctimas de una conducta punible.

8. El papel de la Fiscalía General de la Nación en el antiguo sistema penal contemplado en la Ley 600 de 2000. Alcance de la decisión de preclusión de la investigación

8.1. Como ya se ha mencionado, en el presente caso se cuestiona la decisión adoptada por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, dentro de la investigación penal por el delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, de que fue víctima Lucía.

Dicha investigación se inició en el mes de marzo de 2005, con fundamento en los hechos acaecidos en el mes de febrero de ese mismo año, razón por la cual, la actuación penal se adelantó bajo el rito procesal contenido en la Ley 600 de 2000, antiguo sistema procesal penal.

Conforme lo ha destacado esta Corporación, con la reforma constitucional introducida por el

Acto Legislativo 03 de 2002, el Constituyente derivado modificó la estructura básica del proceso penal en Colombia, pasándose de un modelo mixto que había sido el originalmente adoptado por la Constitución de 1991, a un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, contemplado en la Ley 906 de 2004.

Sin desconocer las diferencias existentes entre los citados modelos, resulta relevante destacar que, en uno y otro caso, es el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, el titular de la instrucción penal y, como tal, el encargado de investigar los hechos constitutivos de conductas delictivas, debiendo promover la respectiva acusación ante los jueces competentes, en caso de que hubiere lugar a ello.

Antes de expedirse el Acto Legislativo 03 de 2002, el proceso penal se encontraba regulado, como ya se mencionó, en la Ley 600 de 2000. Concretamente, el artículo 114 de dicho ordenamiento definió como funciones a cargo de la Fiscalía General de la Nación, las siguientes: (a) Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes; (b) Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento; (c) Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar; (d) Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas; (e) Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley; (f) Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso y (g) Las demás que le atribuya el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

8.3. El proceso penal contemplado en el mencionado estatuto, se caracterizó por un sistema procesal con tendencia acusatoria, conformado básicamente por una etapa de investigación o instrucción a cargo de la Fiscalía General de la Nación, organismo investigador y acusador, y una etapa de juzgamiento, de competencia exclusiva de los jueces penales de cada jurisdicción. Bajo el sistema preexistente, la Fiscalía General de la Nación tuvo un papel preponderante en la fase de investigación, pues disponía la práctica y valoración de las pruebas obrantes dentro del proceso, ejerciendo funciones investigativas y jurisdiccionales al mismo tiempo.

8.4. Antes de dar inicio a la etapa investigación propiamente dicha, siempre que existiera

duda sobre la procedencia de la apertura de instrucción, el Fiscal asignado puede optar por realizar una investigación previa, durante el término de seis meses, con el fin de (i) determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por denuncia, querrela, informe, o cualquier otro medio de información ha llegado a su conocimiento, (ii) si está descrita en la ley penal como punible, (iii) si se ha actuado bajo el amparo de una causal eximente de responsabilidad, (iv) si procede el ejercicio de la acción penal y (v) de obtener la identificación o individualización de los autores o partícipes de dicha conducta³⁵.

8.5. Así pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 322 del antiguo estatuto procesal penal, la investigación previa no es obligatoria en todos los procesos, solo cuando en caso de duda se considere necesaria para determinar si hay lugar o no al inicio de la investigación propiamente dicha o al desarrollo de la actuación penal. Esta etapa concluye con resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria, según el caso.

8.6. Superada la etapa de investigación previa, de haber sido necesaria, el Fiscal daba inicio a la etapa de investigación o instrucción, mediante resolución de sustanciación que dispone la apertura de la instrucción, la cual debe contener los fundamentos de la decisión, las personas por vincular y las pruebas a practicar. Ello, con el fin de determinar (i) si se ha infringido la ley penal, (ii) quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible, (iii) los motivos determinantes y factores que influyeron en la comisión del delito, (iv) las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta, (v) las condiciones de índole personal del procesado, así como (vi) los daños y perjuicios ocasionados³⁶. El sindicado queda formalmente vinculado al proceso una vez es escuchado en diligencia de indagatoria o declarado persona ausente y, posteriormente, se debe resolver su situación jurídica solo en aquellos eventos en que es procedente la detención preventiva³⁷.

8.7. Cuando se ha recaudado la prueba necesaria para calificar o se ha vencido el término de instrucción (18 meses), mediante providencia de sustanciación que debe ser notificada personalmente y solo admite el recurso de reposición, el Fiscal declara cerrada la etapa de investigación y ordena que el expediente pase al despacho para su calificación. En el evento en que sean varias las personas vinculadas al proceso o se investigaban delitos conexos, y concurren las circunstancias para cerrar la investigación solo frente a un sindicado o una sola conducta punible, se debe proceder al cierre parcial de la misma, que genera como

consecuencia la ruptura de la unidad procesal, lo cual permite continuar la instrucción en relación con los delitos en que no aparece prueba suficiente para calificar, y seguir adelante el trámite de juzgamiento para los demás³⁸.

8.8. Ejecutoriada la providencia de cierre de investigación, se corre traslado por ocho días a las partes para que presenten las solicitudes que consideren necesarias en relación con las pretensiones sobre la calificación que debe adoptarse. Vencido el término de traslado, el Fiscal cuenta con quince días hábiles para calificar o evaluar el mérito de la investigación, para analizar con detenimiento la prueba recaudada en la etapa de instrucción y decidir cómo continuará el proceso.

8.9. La calificación del sumario supone entonces una valoración exhaustiva de las probanzas allegadas al proceso, con miras a determinar si se presenta mérito sustancial para que el procesado sea llamado a juicio ante el juez competente.

8.10. Según lo dispuesto en el artículo 395 del mismo ordenamiento, el sumario se califica de dos maneras: profiriendo resolución de preclusión de la instrucción o resolución de acusación. La resolución de preclusión de la investigación se profiere en los mismos eventos previstos para dictar cesación de procedimiento, es decir, “cuando aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse”³⁹. En caso de que el cierre de la investigación se haya producido por vencimiento del término de instrucción o por imposibilidad de recaudar o practicar pruebas, la duda se resolverá a favor del sindicado⁴⁰.

8.11. Contra la resolución de preclusión de la investigación proceden los recursos de reposición y apelación. Ejecutoriada y en firme dicha providencia, el proceso pasa al archivo con las correspondientes anotaciones, hace tránsito a cosa juzgada, pero admite la acción de revisión en los eventos previstos en los numerales 4° y 5° del artículo 120 de la Ley 600 de 2000, esto es, cuando la misma fue proferida con fundamento en una conducta típica del fiscal o de un tercero, o cuando se demuestre que el fiscal basó su decisión en una prueba falsa.

8.12. En lo que respecta a la resolución de acusación, la misma se profiere cuando está demostrada la ocurrencia del hecho y existe confesión, testimonio que ofrezca serios motivos

de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicato. Contra dicha resolución también proceden los recursos de reposición y apelación. Una vez ejecutoriada y en firme la anterior decisión se inicia la etapa de juzgamiento.

Hasta este momento procesal el Fiscal actúa como titular de la acción penal. De allí en adelante se convierte en el sujeto procesal acusador y el juez asume la titularidad de la acción penal.

8.13. Con la ejecutoria de la resolución de acusación se da inicio a la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento, y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal.

8.14. Esta segunda etapa del proceso, marcada por una fuerte tendencia acusatoria, consta de dos audiencias especiales: la audiencia preparatoria y la audiencia pública. En la primera audiencia se cita a los sujetos procesales con el fin de resolver sobre las nulidades que se hayan podido presentar en la etapa de instrucción y sobre las pruebas que se van a practicar en la audiencia pública, que comprende aquellas que no fueron controvertidas, y se decide si se practican las pruebas que dada su naturaleza requieran estudios previos o las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado. Una vez aceptadas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales u ordenadas oficiosamente por el juez, se practican en el término de quince días.

8.16. En este orden de ideas, pasará la Sala a abordar el estudio del caso concreto, aplicando el segundo test de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, esto es, verificando si se configura cualquiera de las causales específicas de procedibilidad o defectos materiales anteriormente enunciados (§ 5.9), para así determinar si se justifica que se adopten medidas de protección de los derechos fundamentales invocados por la demandante.

9. Análisis del caso concreto

9.1. La resolución de preclusión de la investigación proferida por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena adolece de un defecto fáctico y constituye la fuente de vulneración de los derechos fundamentales de la víctima

9.1.1. En el caso bajo estudio, la actora considera que la resolución de preclusión de la investigación proferida por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, el 22 de septiembre de 2006, dentro del proceso penal adelantado por los hechos constitutivos de violencia sexual de que resultó víctima la menor Lucía, en su condición de discapacitada y desplazada por la violencia, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a la dignidad humana y la especial protección que demandan quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

9.1.2. Lo anterior, por cuanto dicha autoridad basó su decisión en la ausencia del testimonio de la víctima, quien padece retardo mental moderado y no se encuentra en condiciones de rendir declaración sobre lo ocurrido, desconociendo otros elementos materiales probatorios de importancia significativa, como lo es el dictamen de medicina legal y el testimonio de la madre, que no generaban duda acerca de la materialización de la conducta punible y que servían de fundamento para calificar el mérito del sumario con resolución de acusación.

9.1.3. Una vez valoradas las circunstancias de hecho que dieron origen a la correspondiente actuación penal, las pruebas aportadas al proceso, así como aquellas recaudadas en sede de revisión, y el contenido de la Resolución No. 287, del 22 de septiembre de 2006, mediante la cual se precluyó la investigación penal No. 169.022, encuentra la Corte que al adoptar dicha decisión, la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena trasgredió los derechos fundamentales invocados por la parte actora, circunstancia que por demás se encausa en un defecto fáctico por incorrecta valoración del material probatorio allegado al proceso.

9.1.4. Como ya se indicó en la parte considerativa de esta providencia, el defecto fáctico que habilita la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura cuando existen fallas sustanciales en la decisión de la autoridad correspondiente, atribuibles a deficiencias probatorias en el proceso. Dichas deficiencias pueden producirse como consecuencia de: (i) la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso, lo que se traduce en una insuficiencia probatoria; (ii) la errada valoración de las pruebas allegadas al proceso, esto es, una interpretación errónea de las mismas y (iii) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes, es decir, por ineptitud o ilegalidad de la prueba. Para que la acción de tutela proceda por defecto fáctico, el error en el juicio valorativo del material probatorio debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y de incidencia directa en la decisión que se cuestiona.

9.1.5. Así pues, importante es evocar el trámite impartido por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, dentro de la etapa sumarial del proceso penal No. 169.022, que se adelantó en ese despacho por el delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, cometido en la persona de Lucía, para confirmar este aserto.

9.1.6. Se recuerda, entonces, que el 25 de febrero de 2005, la señora Matilde formuló denuncia penal contra Samuel, por los hechos de violencia sexual de los que resultó víctima su hija menor de edad, quien padece de retardo mental moderado y se encuentra en situación de desplazamiento forzado. Para tal efecto, puso de presente que durante los días 21 y 22 de febrero de 2005, Lucía estuvo desaparecida, luego de haber departido con unas amigas del barrio donde reside. Después de una búsqueda infructuosa, vecinos del sector le informaron que habían visto a la menor en la vivienda de otro vecino, razón por la cual, en compañía de su prima SALOMÉ, de su hijo ANIBAL y de un vecino llamado HECTOR, se dirigió hacia el lugar indicado, encontrando allí al señor SAMUEL, quien en principio negó que la menor estuviera en su residencia. Sin embargo, al regresar nuevamente y amenazarlo con llamar a la Policía, finalmente aquél aceptó que la menor se encontraba allí, y fue así como la hallaron en una de las habitaciones de la vivienda, en donde al parecer fue objeto de acceso carnal violento. Informa que de inmediato dio aviso a las autoridades de policía, quienes acudieron al lugar de los hechos y detuvieron al agresor. No obstante, refiere que horas más tarde fue dejado en libertad.

9.1.7. A la correspondiente denuncia se acompañó el examen sexológico practicado a la víctima, el 23 de febrero del mismo año, por parte del Cuerpo Técnico de Investigación -CTI- de la Fiscalía General de la Nación, en el que se concluyó lo siguiente: “EXAMINADA CON EDAD CRONOLÓGICA DE 17 AÑOS Y MENTAL DE 12 AÑOS, CON HIMEN NO INTEGRO DESGARROS ANTIGUOS, ANO INFUNDIBULAR CON FISURAS, COMPATIBLE CON ACCESO CARNAL RECIENTE, SE ENVIAN MUESTRAS A MEDICINA LEGAL”. (Negrilla fuera del texto original).

9.1.8. En consecuencia, mediante resolución del 4 de marzo de 2005, la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, quien asumió el conocimiento del caso, dio apertura a la investigación penal por el presunto delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir. En ese orden de ideas, (i) procedió a vincular al proceso al implicado mediante indagatoria, (ii) solicitó la declaración de la víctima y de la señora Salomé, en calidad de testigo presencial de

los hechos, (iii) ordenó la práctica de una valoración psicológica a la víctima para efectos de determinar su estado de salud mental y, finalmente, (iv) solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el resultado del examen sexológico que le fue practicado a la misma.

9.1.9. La anterior providencia fue comunicada al indiciado mediante oficio del 7 de marzo de 2005. Como quiera que fue citado pero no compareció a rendir indagatoria, en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 344 de la Ley 600 de 2000, se procedió a vincularlo al proceso mediante declaración de persona ausente y se le designó un abogado de oficio para efectos de que asumiera su defensa dentro del proceso.

9.1.10. En la misma fecha, se citó a la menor Lucía y a la señora Salomé, para que se presentaran a rendir declaración jurada sobre los hechos materia de investigación. Dicha comunicación fue enviada a la dirección de la víctima (XXX, Manzana X, lote Y). Como no se logró su comparecencia, mediante oficio del 29 de septiembre de 2005, fueron nuevamente citadas, pero esta vez se envió la comunicación a una dirección diferente, esto es, a la dirección XXX, Manzana Z, lote Y (f. 261). En esa medida, no se pudo llevar a cabo la correspondiente diligencia.

9.1.11. Después de un año y seis meses de haberse iniciado el proceso penal, el 8 de agosto de 2006, la autoridad demandada decidió clausurar el ciclo sumarial y, en consecuencia, mediante Resolución No. 287 del 22 de septiembre del mismo año, resolvió precluir la investigación. Dicha providencia se basó en los siguientes argumentos:

“Ritúa el procedimiento penal, en el artículo 399, que se decretará la preclusión de la investigación como forma de calificación, cuando estén vigentes los mismos eventos para proferir cesación de procedimiento y en todo caso, la duda se resolverá a favor del sindicado, decisión que procede en el caso sub-júdice, ante el panorama procesal acopiado, que arroja dudas no en cuanto a la materialización de la conducta pero si con relación a la responsabilidad del encartado.

(...)

Se observa que dentro de la foliatura, se cuenta solo con la denuncia de la madre de la joven y un examen médico legal que evidencia himen no íntegro, con desgarros antiguos mayor de

diez (10) días, presencia de flujo blanco verdoso fétido y ano infundibular, separación de 3 cms, luego de ceder presión de separación de glúteos, más fisuras recientes, todo lo anterior compatible con acceso carnal reciente, no dejando duda sobre la efectiva materialización de la conducta, aunado a que allí se dejó constancia de tener la examinada la edad física de 17 años, ostenta una edad mental de 12 años.

(...)

Como se acaba de afirmar, es evidente la falta de medios probatorios, la sola presentación de la denuncia no es suficiente para dar por ciertos los hechos que allí se resaltan, es necesario contar con el dicho de la víctima, para que narre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo sucedieron los mismos, respaldando de esta manera la querrela instaurada por la madre de la menor.

Conforme al caudal probatorio recopilado y todas las razones expuestas en esta providencia, no se detallan los requisitos indispensables para proferir resolución de acusación, por lo que se impone entonces ante estas falencias probatorias, como se había anunciado, precluir la instrucción en su favor, con sustento en el artículo 399 del rito procesal penal (sic)”

9.1.12. De acuerdo con la cita anterior, encuentra la Corte que, en la resolución de preclusión, la Fiscalía admite que Lucía fue, en efecto, víctima del delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir; sin embargo, se abstuvo de proferir resolución de acusación en contra del presunto implicado, aduciendo insuficiencia probatoria, particularmente, por considerar que era necesario contar con el testimonio de la propia víctima, el cual no fue posible recepcionar.

9.1.13. Analizado el contenido de la providencia acusada, observa la Sala que, en el presente caso, la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena no fue diligente en el análisis de los hechos ni en el recaudo del material probatorio. En ese sentido, limitó de manera desproporcionada la responsabilidad penal del presunto infractor al testimonio que pudiese ofrecer la víctima, desconociendo que se trataba de una menor de edad, en condición de discapacidad mental y en situación de desplazamiento forzado, lo cual, sin lugar a dudas, convertía dicho testimonio en una prueba imposible de recaudar y de valorar, pues, dichos factores le impedían a aquella exponer dentro del proceso un relato serio, real y coherente en relación con los hechos que dieron lugar al proceso.

9.1.14. En efecto, según el resultado del examen sexológico practicado a la víctima por parte del CTI de la Fiscalía General de la Nación el día siguiente a la ocurrencia de los hechos, la examinada presenta una edad cronológica de 17 años y mental de 12 años. El anterior estado, fue confirmado a través de la valoración psiquiátrica efectuada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por solicitud de este alto tribunal, en la que se indicó que, “dada la patología cerebral que padece la examinada y que la lleva a un Retraso Mental Moderado, con la consiguiente inmadurez psicológica, se deduce que ésta no se considera apta para recordar los hechos ocurridos como para servir de testigo y dar una declaración sobre lo sucedido”.

9.1.15. Siendo así, era claro que la Fiscalía no podía sustituir o soportar la investigación en el testimonio de la víctima, razón por la cual era necesario acudir a otros elementos probatorios para efectos de determinar la presunta responsabilidad del encartado y, en esa medida, garantizar los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación del daño ocasionado, todo ello valorado dentro del contexto en el que se desarrollaron los hechos objeto de investigación. Varios de dichos elementos fueron debidamente aportados al proceso, tal es el caso del examen sexológico emitido por el CTI y el testimonio de la madre; mientras que otros, era necesario recaudarlos, adoptando las medidas que fueran necesarias para asegurar su inmediata incorporación al trámite judicial.

9.1.16. En ese orden de ideas, encuentra la Sala que la autoridad demandada omitió dar relevancia en el proceso a la información suministrada por la madre de la víctima, esto es, darle valor probatorio a su denuncia, teniendo en cuenta que, si bien no presencié directamente el momento del ataque, situación que resulta atípica tratándose de delitos sexuales por la forma como opera el sujeto activo, sí narró con detalle la manera como fue hallada la menor en la vivienda de su agresor, a quien se sorprendió con unos preservativos en las manos y fue inmediatamente capturado. En cambio, centró sus esfuerzos en recaudar una prueba a todas luces imposible, desconociendo abiertamente el anterior acervo probatorio.

9.1.17. A su vez, extraña la Corte como la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, a pesar de la duda que asegura se presentaba, no hizo uso de su facultad oficiosa para solicitar el informe

de Policía Judicial en el que se consignó el registro de la captura del indiciado; para obtener la declaración de los policiales que acudieron al lugar de los hechos e intervinieron en dicha diligencia, así como de todos los testigos que estuvieron presentes en el momento en que fue hallada la víctima, pues si bien es cierto se requirió en dos oportunidades a la señora Salomé, no aparece acreditado dentro del expediente que la misma haya recibido tales comunicaciones. Así mismo, no se advierte que haya adoptado las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del implicado al proceso, a pesar de que se encontraba plenamente identificado e individualizado y se conocía su lugar de residencia.

9.1.18. Los elementos probatorios allegados al proceso, así como aquellos que debió acopiar la Fiscalía, de haber sido valorados en su conjunto, habrían podido conducir a una decisión diferente a la adoptada en el presente caso, en el sentido de proferir resolución de acusación en contra de Samuel, por el delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, del que resultó víctima Lucía ante la existencia de un indicio grave en su contra, en lugar de disponer la preclusión y el archivo de la investigación.

9.1.19. En efecto, conforme lo prevé el artículo 397 de la Ley 600 de 2000, “el Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado”.

En el presente caso, se encontraba plenamente demostrada la ocurrencia del hecho delictivo, como lo admite la autoridad judicial demandada, y existía un testimonio, el de la madre de la víctima, que ofrecía serios motivos de credibilidad a cerca de la responsabilidad del sindicado, cuya validez no fue controvertida por la Fiscalía ni por ningún otro sujeto procesal. De dicho testimonio, y de los hechos que dieron lugar a la investigación, surgían igualmente indicios graves que también comprometían la responsabilidad penal del sindicado. Cabe recordar al respecto, (i) que la víctima fue hallada dentro del lugar de residencia del implicado, en una de sus habitaciones; (ii) que éste, a su vez, tenía en sus manos unos condones; (iii) que fue capturado en su lugar de residencia por la policía nacional y posteriormente dejado en libertad por la misma autoridad sin razón aparente; (iv) y el examen practicado a la víctima al día siguiente de los hechos por el CTI, no deja duda acerca de que la misma fue para esos días accedida carnalmente. A lo anterior se suma el hecho de

que el sindicato, a pesar de tener conocimiento que se adelantaba en su contra la investigación penal por el delito de acceso carnal abusivo, evadió los llamados de la autoridad judicial para explicar su conducta.

9.1.20. Así las cosas, es claro que el ente acusador faltó a su compromiso de garantizarle a la víctima su derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido, a que se investigue y se sancione al responsable, y a obtener la reparación del daño ocasionado, que como ya se mencionó, escapa del ámbito meramente patrimonial y, en definitiva, comporta la adopción de todas las medidas tendientes a hacer desaparecer, en la medida de lo posible, las violaciones cometidas, y a devolverla al estado en que se encontraba antes de la afectación de sus derechos.

De igual manera, desconoció la protección reforzada de la que es titular, dada su situación de extrema indefensión y vulnerabilidad; omitió realizar una exhaustiva investigación de los hechos delictivos de que resultó víctima, y al condicionar el desarrollo de la actuación penal al recaudo de una prueba imposible y no procurar el acopio de otras, la despojó desproporcionadamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección de sus demás derechos fundamentales.

9.1.21. A este respecto, cabe reiterar que la obligación de investigar la ocurrencia de una conducta punible debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de los elementos probatorios que de manera particular se puedan aportar, sin que la autoridad competente busque efectivamente establecer la verdad de lo sucedido y evitar la impunidad, a través de los medios procesales que el ordenamiento jurídico le otorga para dicho propósito. Máxime cuando lo que se discute es la grave afectación de derechos fundamentales de sujetos titulares de una especial protección constitucional, como lo son los menores de edad, los discapacitados y los afectados por el desplazamiento forzado, situaciones todas que concurren en el presente asunto en una sola persona, la víctima.

9.1.22. Si bien es cierto, dentro de los procesos penales que se adelantan por la comisión de delitos sexuales, el testimonio de la víctima resulta de importante relevancia y constituye prueba esencial para establecer la responsabilidad del sindicato, no lo es menos que su valor

probatorio está condicionado a que quien lo otorgue se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales, de tal manera que pueda ofrecer un testimonio real y objetivo que apunte a la solución efectiva del caso. Cuando ello no es así, es obligación de la autoridad competente analizar y valorar en su conjunto los demás elementos probatorios que obran dentro del expediente, o hacer uso de facultades oficiosas en orden a recaudar las pruebas necesarias para adoptar una decisión acorde con los postulados del debido proceso y el respeto por los derechos de las víctimas.

9.1.23. Así las cosas, ha de precisar la Sala, que la condición de sujetos de especial protección constitucional, de que gozan los menores de edad en condición de discapacidad y desplazamiento forzado, y el principio del interés superior que los cobija, le impone a las autoridades judiciales y, en particular, a la Fiscalía General de la Nación -a través de sus distintos fiscales delegados- una carga máxima de diligencia en el ejercicio de sus funciones, en el sentido de tener que desplegar el mayor esfuerzo investigativo posible, tendiente al esclarecimiento de los delitos en que han resultado involucrados, en calidad de víctimas, este grupo de personas. Ello, dentro del propósito insustituible de garantizar plenamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, de parte de los responsables de tales conductas delictivas. En ese sentido, no es jurídicamente admisible, como ocurrió en este caso, que la Fiscalía renuncie al ejercicio de la acción penal o precluya la actuación a su cargo, sin antes haber ejecutado todas las acciones posibles, tendientes a acopiar el material probatorio suficiente para esclarecer la ocurrencia de los hechos delictivos y, de esa manera, asegurar un juicio justo acorde con la realidad de lo ocurrido.

En lo que respecta a este asunto, se advierte precisamente la ausencia de una investigación seria y real por parte de la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena de los hechos delictivos de los que resultó víctima Lucía, en su condición de sujeto de especial protección.

9.2. La providencia acusada también se enmarca en un defecto procedimental absoluto

9.2.1. Por si lo anterior no fuera suficiente para conceder el amparo invocado en la presente causa, la decisión judicial que en esta oportunidad se cuestiona también se enmarca en lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado un defecto procedimental absoluto. Sobre este particular, cabe destacar que se origina cuando el juez ha actuado al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando se aparta abiertamente y sin justificación válida

de la normatividad procesal aplicable al caso concreto. Una de sus manifestaciones se presenta cuando se deja de notificar una decisión judicial, a raíz de la cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión.

9.2.2. Descendiendo al caso en estudio, encuentra la Corte que desde el inicio de la actuación se presentaron serias inconsistencias en materia de notificación de los actos que allí se profirieron. En efecto, cuando se efectuaron las dos comunicaciones, en un mismo oficio, a la víctima y a la testigo Salomé, para rendir testimonio de los hechos, aquellas fueron enviadas a direcciones distintas, pues en la primera oportunidad se dirigió a la dirección XXX, Manzana X, lote Y y, en la segunda, a la dirección XXX, Manzana Z, lote Y, sin que obre dentro del proceso la constancia de recibido.

9.2.3. Entre tanto, la representante legal de la víctima, la madre, no tuvo ocasión de hacerse oír dentro de la supuesta investigación, pues no se le hizo ningún llamado en dicho sentido, ni mucho menos se le informó sobre la resolución de preclusión de la investigación; de hecho, no aparece acreditado dentro del expediente, cuya copia simple se aportó al trámite de tutela, que haya recibido algún tipo de asesoría jurídica a efecto de enterarla de las distintas actuaciones que podían surgir en el transcurso del proceso y, de esa manera, poder evitar la decisión aludida. Lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de una persona que por su escasa escolaridad y por el entorno social y económico que la rodea, no cuenta con los medios necesarios para asegurar en debida forma la defensa de los derechos e intereses de su hija discapacitada, de los que la propia Fiscalía debió apersonarse y no desdeñar como lo hizo.

9.2.5. Así las cosas, encontrándose plenamente acreditada la vulneración de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la igualdad y a la dignidad humana de Lucía, en virtud de la actuación negligente e irregular adelantada por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, en la que se efectuó una incorrecta valoración del material probatorio allegado al proceso, que derivó en la resolución de preclusión de la investigación que en esta oportunidad es cuestionada, y en la que no se siguió el rito procesal correspondiente, la Corte revocará la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, resolviendo no amparar los derechos fundamentales invocados por la demandante.

En consecuencia, la Sala de Revisión concederá la protección tutelar impetrada y ordenará dejar sin efecto la Resolución No. 287, del 22 de septiembre de 2006, proferida por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, y, en consecuencia, dispondrá la reapertura de la investigación penal radicada con el número 169.022, contra Samuel.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala de Revisión en auto del 10 de junio de 2010.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, confirmó el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la dignidad humana de Lucía, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. 287, del 22 de septiembre de 2006, proferida por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, mediante la cual dispuso la preclusión de la investigación penal radicada con el número 169.022 contra Samuel. En consecuencia, ORDENAR al Fiscal Seccional 21 de Cartagena, o quien haga sus veces, reabrir dicha investigación, la cual se encuentra archivada desde el 5 de octubre de 2006, y realizar una verdadera investigación seria y exhaustiva de los hechos en los que se sustentó y una correcta valoración del material probatorio allegado al proceso.

CUARTO.- Por conducto de la Secretaria General de esta Corporación, COMPULSAR COPIAS del presente expediente, incluida esta sentencia, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que se designe un agente especial del Ministerio Público que intervenga en todas las etapas del referido proceso, en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, incluidos los de la víctima, merecedora de una protección reforzada.

QUINTO.- Por conducto de la Secretaria General de esta corporación, COMPULSAR COPIAS del presente expediente, incluida esta sentencia, a la Fiscal General de la Nación, para que disponga lo pertinente a objeto de que otro fiscal asuma la presente actuación, PREVINIÉNDOLA para que investigaciones por esta clase de delitos contra menores de edad, aún más si están en condición de discapacidad y desplazamiento, sean debidamente adelantadas, de manera que el esclarecimiento de los hechos permita sustentar plenamente las imputaciones, si a ello hubiere lugar.

SEXTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Consultar, entre otras, las sentencias T-1025 de 2002, T-554 de 2003, T-1021 de 2003, T-349 de 2006, T-794 de 2007, T-856 de 2007, T-732 de 2009, T-051 de 2010, T-078 de 2010, T-509 de 2010, T-898 de 2010, T-1042 de 2010, T-025 de 2011 y T-036 de 2011.

2 La apoderada de la actora se identifica como miembro de la Corporación SISMA MUJER.

3 Fol. 30.

4 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias T-217 de 2010, T-285 2010, T-707 de 2010 y T-018 de 2011.

5 Sentencia C-590 de 2005.

6 Ver Sentencias T-217 de 2010, T-707 de 2010 y T-018 de 2011.

7 Ver entre otras, las Sentencias T-500 de 1995 y T-285 de 2010.

8 Ver Sentencia T-217 de 2010.

9 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias C-590 de 2005, T-789 de 2008, T-217 de 2010 y T-285 de 2010.

10 Sentencia 173 de 1993, cuyo pronunciamiento ha sido reiterado en la Sentencia T-707 de 2010.

11 Sentencia T-504 de 2000.

12 Ver entre otras la Sentencia T-315 de 2005.

13 Sentencia T-008 de 1998, reiterada recientemente en las Sentencias T-707 de 2010 y T-018 de 2011.

14 Sentencia T-658 de 1998, reiterada recientemente en las Sentencias T-707 de 2010 y T-018 de 2011.

15 Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

16 Sentencia C-590 de 2005.

17 "Sentencia T-590 del 2009.

18 Acápito contenido en la Sentencia T-217 de 2010.

19 Sentencia C-1064 de 2000, C-149 de 2009 y C-468 de 2009.

21 Cfr. Sentencia T-029 de 1994.

22 Sentencia C-149 de 2009.

23 Sentencia T-408 de 1995, reiterada posteriormente en las Sentencias C-273 de 2003 y C-716 de 2006.

24 *Ibíd.*

25 Sobre el particular, se pueden consultar las Sentencias C-273 de 2003, T-864 de 2005 y T-794 de 2007.

26 Este pronunciamiento fue reiterado, entre otras, en las Sentencias T-1016 de 2007, T-282 de 2008 y T-974 de 2010.

27 Aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

28 “ART. 23. —1. Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse así mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de su asistencia que se solicite y que se sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, y reciba tales servicios en forma conducente a que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. “Los Estados partes promoverán con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar sus experiencias en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

29 Según la Encuesta Nacional de Verificación, presentada por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado a la Corte Constitucional en febrero de 2008, el 54.3% de la población desplazada incluida en el RUPD/SIPOD tiene entre 0 y 19 años de edad, proporción significativamente superior a la de la población colombiana en general, constituida en un 40.2% por menores de 20 años – y que no refleja el amplio subregistro del que demostradamente adolece el sistema oficial de medición, de donde es viable inferir que el número de menores de edad víctimas de desplazamiento forzado es mucho mayor de lo que se ha reconocido o apreciado hasta ahora.

30 Sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006, T-520A de 2009 y T-078 de 2010.

31 *Ibidem*.

32 Ver Sentencia C-426 de 2002.

33 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.

34 Artículo 250 de la Constitución Política.

35 Artículo 322 de la Ley 600 de 2000.

36 Artículo 331 *ibídem*.

37 Artículo 334 *ibídem*.

38 Artículo 394 ibídem.

39 Artículo 39 de la Ley 600 de 2000.

40 Artículo 399 ibídem.