



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02571-00

Actor: WW¹

Demandado: Tribunal Administrativo de Casanare

Asunto: Fallo de primer instancia - Tutela contra providencia judicial

Se pronuncia la Sala sobre la acción de tutela interpuesta por la señora WW en contra del Tribunal Administrativo de Casanare.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Con escrito presentado el 28 de septiembre de 2017², la señora WW, a través de apoderada, interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Casanare³, autoridad que conoció de la acción de reparación directa, identificada con el número de radicado 19001-33-31-004-2011-00054-01, instaurada por los representantes legales de la actora, en su momento, en contra del Hospital Susana López de Valencia E.S.E.

Lo anterior, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, al *“desconocimiento del enfoque de género: víctima femenina menor de edad, deberes reforzados de protección, derecho a la verdad y a reivindicar la dignidad personal interés superior del menor”*, los cuales considera vulnerados con ocasión de la decisión contenida en la sentencia de 19 de julio de 2017, mediante la cual se revocó el fallo de 30 de junio de 2015, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de

¹ Nombre que se le da a la parte actora con el fin de proteger su identidad.

² Folios 56 a 76.

³ Conoció del proceso como consecuencia de una medida de descongestión.



Descongestión del Circuito de Popayán que accedió a las pretensiones de la demanda.

2. Hechos

La solicitud de tutela se sustentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- WW a la edad de 15 años fue víctima del delito de abuso sexual.
- A raíz de ello, el 26 de enero de 2010 sus padres interpusieron denuncia penal.
- Mediante Oficio 026 – F-003 URI de esa misma fecha, la Fiscalía 001 de la Unidad de Reacción Inmediata URI de Popayán ordenó al Hospital Susana López de Valencia que le realizara la valoración médico legal a la menor WW, esto es, de análisis sexológico y de embriaguez y/o cícotóxico.
- El Hospital Susana López de Valencia informó que no tenía los medios para realizar análisis toxicológico de las muestras, por lo que ordenó realizarlo al día siguiente a través del Instituto de Medicina Legal.
- A las 8 de la mañana del 27 de enero de 2010, el Instituto de Medicina Legal tomó las muestras y mediante informe de laboratorio DRSO-LTOF-0210-2010 del 16 de febrero de 2010 indicó que *“el análisis de sustancias psicoactivas en la orina de la examinada fueron reportadas como negativas”*. Asimismo mediante informe de laboratorio DRSO-LALAL-0250-2010 se señaló que *“el análisis de etanol en muestra de sangre fue negativo”* y que *“el análisis de Clonacepan, Flunitrazepan en muestra de orina no fue detectado”*.
- Mediante informe de 28 de febrero de 2011 el Instituto de Medicina Legal indicó que los tiempos de eliminación de sustancias en un organismo humano de 15 años es muy corto,



y que el de escopolamina es de 6 horas.

- Por lo anterior, acudió en demanda de reparación directa que correspondió al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán quien mediante fallo de 30 de junio de 2015 accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes afirmaciones (i) el médico internista desconocía el protocolo por cuanto remitió al examen médico legal cuando él era el responsable, (ii) se omitió la recolección de muestras para exámenes de embriaguez y/o cicotóxicos ordenados por autoridad judicial, (iii) se desconoció el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual (iv) la ESE no prestó una atención oportuna y especial por la condición de mujer, mejor de edad y víctima de delito sexual, si se tiene en cuenta que sólo 12 horas después de ingresar al Hospital se recolectaron las muestras para verificaciones toxicológicas y, (v) el Hospital no guardó la reserva de las muestras, pese a que era su deber en tanto se trataba de una investigación penal.
- Tal decisión fue apelada y mediante sentencia de 19 de julio de 2017 el Tribunal Administrativo de Casanare resolvió revocarla y en su lugar negar las súplicas de la demanda, al considerar que (i) el Reglamento Técnico Forense involucra tanto entidades públicas como privadas para prestar la colaboración en la realización del examen médico legal y, (ii) el especialista realizó todo el procedimiento hasta donde le era materialmente posible, pues la entidad no contaba con el Kit establecido en los protocolos.

3. Petición de amparo constitucional

A título de amparo se incoaron las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales al DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA JUSTICIA, DESCONOCIMIENTO DEL ENFOQUE DE GÉNERO: VÍCTIMA FEMENINA MENOR DE EDAD, DEBERES REFORZADOS DE PROTECCIÓN. DERECHO A LA VERDAD Y A REIVINDICAR LA DIGNIDAD PERSONAL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, y demás que se encuentran desconocidos a la señorita [WW]



SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de fecha 19 de julio de 2017 proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual revoca la sentencia No. 258 de fecha 30 de junio de 2015, proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, y en consecuencia niega las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Casanare que en el término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera nueva sentencia, resolviendo el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la sentencia de primera instancia, bajo los lineamientos señalados en la presente acción de tutela”⁴

4. Fundamentos de la solicitud

A juicio de la demandante, la autoridad judicial demandada vulneró sus derechos fundamentales por cuanto con la decisión reprochada incurrió en defecto sustantivo, desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía, aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual “*nadie está obligado a lo imposible*” e invadió la competencia del juez penal.

Para argumentar el defecto sustantivo, indicó que el fallo reprochado desconoció los mandatos de la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006 por medio del cual se adopta el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral de la Víctima en la Investigación del Delito Sexual, expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que en su artículo 3.2 establece:

RESPONSABLES. Son responsables de la realización del examen, así como de la recolección y manejo de los elementos materiales probatorios o evidencia física, los peritos médico-forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y todos aquellos profesionales médicos de un servicio de salud, público o privado, que en Colombia deban realizar un examen médico-legal como parte del abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y rendir el respectivo informe pericial.

Señaló que fue tal el desconocimiento del citado Reglamento, que cuando Medicina Legal llegó al día siguiente de los hechos a realizar el examen, solicitó las muestras para practicarlos, pero no las habían tomado. Dijo que comoquiera que la exigencia de realizar los

⁴ Folio 75.



análisis o practicar los exámenes surgen como consecuencia del cumplimiento del Reglamento, ello no implica una solicitud fuera de lo humanamente posible y por lo tanto genera responsabilidad para el Estado.

Afirmó que desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía comoquiera que de conformidad con el artículo 320 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, *“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”* y que, el Tribunal enfocó su análisis en la responsabilidad médica en que pudo incurrir el personal médico que atendió a la menor, y no, en la omisión de los deberes funcionales de la entidad demandada para garantizar la preservación de las muestras biológicas con cadena de custodia, hasta que se pudiera realizar el examen ordenado.

Que además, se apartó sin justificación del problema jurídico planteado en la sentencia de primera instancia, y que no corresponde a lo solicitado en la demanda.

Sostuvo que el Tribunal aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual “nadie está obligado a lo imposible” por cuanto para aplicarlo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la exigencia sea previsible y el obligado tome todas las medidas para dar cumplimiento, (ii) que contara con el tiempo suficiente para cumplir y (iii) que se avengan hechos de fuerza mayor o caso fortuito.

En esa medida, precisó que en la demanda de reparación directa instaurada se reclamaba la responsabilidad del Estado por la conducta omisiva de no haber tomado las muestras de fluidos necesarios para llevar a cabo los exámenes cicotóxicos ordenados por la Fiscalía y con ello, negarle la oportunidad de tener acceso a la prueba idónea para establecer la responsabilidad penal, por lo que, lo que se alega es que la entidad no implementó la infraestructura necesaria para llevar a cabo las pruebas como lo ordena el Reglamento citado, frente a lo que llama la atención acerca de que éste se expidió 4 años antes de la ocurrencia de los hechos.



Finalmente indicó que se invadió la competencia del juez penal comoquiera que afirmó que *“la práctica o no del examen omitido, no constituye la única evidencia ni menos indispensable que se debía tener en cuenta como apoyo probatorio para continuar con la actuación penal”* y considera que la validez, pertinencia y utilidad de la prueba corresponde al análisis del juez penal.

5. Trámite de la acción de tutela

Con auto de 4 de octubre de 2017⁵, el Consejero Ponente admitió la solicitud de amparo constitucional y ordenó su notificación a la parte actora y a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Casanare en calidad de autoridad judicial demandada, con el fin de que en un término de dos días rindieran informe sobre los hechos materia de la acción.

En la misma providencia se ordenó notificar al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, o quien haya asumido sus procesos, al Hospital Susana López de Valencia E.S.E. y a los demás demandantes de la referida acción como terceros interesados en las resultados del proceso.

Como consecuencia de tal orden, la Secretaría General de esta Corporación notificó la admisión de la demanda a la Fiscalía Seccional de Popayán, a la Procuraduría 73 en Asuntos Administrativos de Popayán, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Popayán y a los padres de la señora WW⁶

6. Contestaciones

6.1. El Tribunal Administrativo del Casanare

Los magistrados de la autoridad judicial demandada se remitieron a las consideraciones del fallo objeto de reproche, pues afirman que en él se explicó expresamente el problema jurídico, la tesis que se aplicó para resolverlo y la argumentación que soporta la conclusión.

6.2. El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Popayán⁷

⁵ Folio 79 del expediente de tutela.

⁶ Folios 101, 102, 127 a 129

⁷ Quien asumió los procesos del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Popayán en Descongestión.



La Juez Décima de Popayán informó que asumió el conocimiento del asunto cuando ya se había proferido fallo de segunda instancia, por lo que no puede pronunciarse de fondo frente a la solicitud de amparo.

6.3. La Fiscalía General de la Nación

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia se desvinculara a esa entidad comoquiera que del escrito de tutela no se desprende ningún argumento de donde se desprenda que ha vulnerado los derechos fundamentales invocados.

6.4. El Hospital Susana López de Valencia

Guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.⁸

6.5. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.⁹

6.6. Los padres de la señora WW

Guardaron silencio pese a haber sido notificados en debida forma.¹⁰

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo del Casanare, de conformidad con lo establecido por el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sección Quinta determinar si la decisión contenida en la sentencia de 19 de julio de 2017, proferida por el Tribunal

⁸ Folios 82 y 85.

⁹ Folio 102.

¹⁰ Folio 127.



Administrativo del Casanare, dentro del proceso de reparación directa identificado con número de radicado 19001-33-31-004-2011-00054-01, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, al *“desconocimiento del enfoque de género: víctima femenina menor de edad, deberes reforzados de protección, derecho a la verdad y a reivindicar la dignidad personal interés superior del menor”* de la señora WW.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y; **(iii)** el caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹¹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹² **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹³.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar

¹¹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

¹² Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.



expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁴.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”¹⁵ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁶, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional

¹⁴ Se dijo en la mencionada sentencia: **“DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia”.

¹⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una *“tercera instancia”* que se emplee, por

¹⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.4.1. Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que **no se trata de una tutela contra decisión de tutela**, pues las providencia que se censura corresponde a una sentencia dictada en el marco de un proceso de reparación directa.

2.4.2. Ahora bien, tampoco existe reproche alguno en relación con el acatamiento del requisito de **inmediatez**, toda vez que la providencia que se acusa como vulneradora de derechos fundamentales fue proferida el 19 de julio de 2017 y notificada por edicto desfijado el 2 de agosto de 2017, cobrando fuerza ejecutoria el 8 del mismo mes y año¹⁸ y, la solicitud de amparo constitucional se presentó el 28 de septiembre de 2017, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

2.4.3. Por otra parte, en consideración a la **subsidiariedad**, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios, asimismo, se advierte que contra la decisión cuestionada no son procedentes los recursos extraordinarios de revisión (arts. 248-255 del CAPACA) y de unificación de jurisprudencia (arts. 256-268 de la Ley 1437 de 2011).

Así las cosas, al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva, concierne a la Sala abordar el estudio del asunto planteado de fondo.

2.3. Caso concreto

¹⁸ De acuerdo con el Código General del Proceso, aplicable en materia contenciosa administrativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las providencias proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres días después de notificadas.



A juicio de la demandante, la autoridad judicial demandada vulneró sus derechos fundamentales por cuanto con la decisión reprochada incurrió en defecto sustantivo, desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía, aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual *“nadie está obligado a lo imposible”* e invadió la competencia del juez penal.

Para argumentar el defecto sustantivo, indicó que el fallo reprochado desconoció los mandatos de la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006 por medio del cual se adopta el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral de la Víctima en la Investigación del Delito Sexual, expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Afirmó que desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía comoquiera que de conformidad con el artículo 320 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA *“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”* y que, el Tribunal enfocó su análisis en la responsabilidad médica en que pudo incurrir el personal médico que atendió a la menor, y no, en la omisión de los deberes funcionales de la entidad demandada para garantizar la preservación de las muestras biológicas con cadena de custodia, hasta que se pudiera realizar el examen ordenado.

Agregó, que la autoridad judicial se apartó sin justificación del problema jurídico planteado en la sentencia de primera instancia, y que no corresponde a lo solicitado en la demanda.

Sostuvo que el Tribunal aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual *“nadie está obligado a lo imposible”* por cuanto para aplicarlo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la exigencia sea previsible y el obligado tome todas las medidas para dar cumplimiento, (ii) que contara con el tiempo suficiente para cumplir y (iii) que se avengan hechos de fuerza mayor o caso fortuito.

En esa medida, precisó que en la demanda de reparación directa instaurada se reclamaba la responsabilidad del Estado por la



conducta omisiva de no haber tomado las muestras de fluidos necesarios para llevar a cabo los exámenes cicotóxicos ordenados por la Fiscalía y con ello, negarle la oportunidad de tener acceso a la prueba idónea para establecer la responsabilidad penal, por lo que, lo que se alega es que la entidad no implementó la infraestructura necesaria para llevar a cabo las pruebas como lo ordena el Reglamento citado, frente a lo que llama la atención acerca de que el Reglamento se expidió 4 años antes de la ocurrencia de los hechos.

Finalmente indicó que se invadió la competencia del juez penal comoquiera que afirmó que *“la práctica o no del examen omitido, no constituye la única evidencia ni menos indispensable que se debía tener en cuenta como apoyo probatorio para continuar con la actuación penal”* y considera que la validez, pertinencia y utilidad de la prueba corresponde al análisis del juez penal.

2.3.1. Sobre los defectos alegados

De lo expuesto en precedencia, se puede establecer que la actora alega la configuración de un defecto sustantivo, por lo que, a continuación se expondrá el marco teórico que informa este tipo de cargos.

En relación con el **defecto sustantivo**, la Corte Constitucional ha analizado su alcance y configuración, bajo los siguientes términos:¹⁹

“(...) Esta Corporación ha reconocido que se configura un defecto sustantivo cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o que claramente son inaplicables al caso concreto. Cabe recordar que la autonomía e independencia de las autoridades judiciales no es absoluta, puesto que la tarea de interpretar y aplicar las normas jurídicas, se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de las partes en el proceso y por lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones de la Constitución o de la ley” [18].

6.1.2. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto sustantivo se estructura cuando “una decisión judicial desborda el ámbito de actuación que la

¹⁹ Sentencia T-360 de 2015.



Constitución y la ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, por lo siguiente: (i) derogación o declaración de inexequibilidad; (ii) inconstitucionalidad manifiesta y omisión de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, (iii) inconstitucionalidad de su aplicación al caso concreto, (iv) inadecuación de la norma a la circunstancia fáctica a la cual se aplica; (v) reconocimiento de efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. (...).”

Además, ha precisado que se configura este defecto “cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o resuelve la Litis con base en una interpretación manifiestamente inadecuada de la base legal señalada.”²⁰

2.3.2. El estudio de los defectos alegados en el caso concreto

De conformidad con los antecedentes expuestos en esta providencia, en el marco del proceso de reparación directa iniciado por los padres de WW en contra del Hospital Susana López de Valencia E.S.E., se solicitó declarar administrativamente responsable al hospital por los daños causados como consecuencia de la omisión en realizar el examen toxicológico a la entonces menor de edad WW, y con ello, sustrayéndose de dar cumplimiento a la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006 por medio de la cual se adopta el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral de la Víctima en la Investigación del Delito Sexual.

2.3.2.1. Las sentencias proferidas en el proceso de reparación directa

De las pruebas que fueron debidamente aportadas al proceso, el Juez de primera instancia determinó lo siguiente:

Conclusiones probatorias.-

De todo lo anotado en precedencia el Despacho puede arribar a las siguientes conclusiones:

El día 26 de enero de 2010, siendo las 23:53 horas, se presentó ante la Fiscalía General de la Nación la señora XX con el fin de denunciar la presunta comisión del delito denominado acceso carnal violento, siendo víctima su hija menor de edad que hemos denominado WW, en hechos ocurridos el mismo día a eso de las 16 horas, hora en que salió WW de su

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-174 de 11 de abril de 2016, MP. Dr. Alberto Rojas Ríos.



casa, hasta después de las 22 horas que arriba nuevamente (fl. 258-261 c. pbas 2).

Que la Unidad de Reacción Inmediata -URI mediante oficio Nro. 026-F 0003 U.R.I. en virtud de lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 906 de 2008, solicitó al HOSPITAL SUSANA LOPEZ DE VALENCIA ESE, valoración MEDICO LEGAL de la menor presuntamente abusada, sobre los aspectos sexológicos, embriaguez y/o cícotóxicos, y en el caso que el galeno considerara, exámenes específicos relevantes; asimismo, toma de muestras, obtención de Perfil genético e inclusión en base de datos y búsqueda CODIS.

De lo requerido se ordenó entregar los resultados a la URI para los fines pertinentes (fis. 225 y 262 c. ppal. 2).

En virtud de la referida orden, la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SUSANA LOPEZ DE VALENCIA, según historia clínica', WW ingresó a urgencias -especialidad ginecología, donde se realizó inspección de prendas, examen externo, examen oral y genital, y ordenó la práctica de TEST DE EMBARAZO, GRAM Y DIRECTO DE SECRESION (sic) VAGINAL, VALORACION POR MEDICINA INTERNA y otros.

El médico internista definió como plan, protocolo de abuso sexual – valoración por medicina legal y examen rápido de HIV.

A las 10:30 horas del 27 de enero de 2010, hizo presencia personal de Medicina Legal, quienes realizaron a la menor WW examen externo y recolección de muestras según historia clínica arribada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 18 c. pbas 1), en virtud de orden de policía judicial de la misma fecha a las 9:20 horas (20-21 c. pbas. 1), teniendo en cuenta que la víctima se encontraba desde las 23 horas del día anterior.

Posteriormente, por parte de la ESE se practicaron los exámenes de VIH DUO Ultra (HIV5) AgP24 muestra tomada a las 11:50 horas (fl. 84 c. pbas. 1), serología y prueba de embarazo, prueba tomada a las 03:57 (fl. 86 c. pbas. 1) y directo de flujo vaginal, el cual resultó negativo para trichomonas y hongos, no se observaron espermatozoides, GRAM de flujo vaginal, reacción leucocitaria abundante, abundantes cocobacilos GRAN negativos, escasos cocos GRAM positivo.

A las 18:00 horas del día 27 de enero de 2010, se da salida de WW con recomendaciones y control por medicina legal.

Los resultados de las muestras recolectadas por Medicina Legal valoradas por los Profesionales adscritos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses regional Suroccidente Grupo Química, Laboratorio de Toxicología Forense, arrojaron resultados negativos de las sustancias



investigadas en el metabolismo de la menor WW tanto de la primeras muestras como en la reserva de las mismas, de ello dan cuenta los diferentes informes.

Finalmente, se concluye que, el metabolismo de algunas sustancias tiene un tiempo o término para ser identificadas en el organismo de una víctima, de lo contrario, como lo indica la Directora Seccional Cauca del Instituto de Medicina Legal, "puede perderse la evidencia", para ello se reitera el contenido del Informe Técnico Médico Legal - Respuesta a consulta. Rad. Interna 2011C-060103011277, del 28 de febrero de 2011, mediante el cual la directora de la Unidad Básica de Popayán Dra. ESTHER MARIELA ESTRADA MARTINEZ, detalla los tiempos de eliminación en un organismo humano de las diferentes sustancias; de los informes que anteceden al presente, se resalta lo siguiente (fls. 41-44 c. pbas. 1) y el Dictamen pericial presentado ante este Despacho el día 1 de agosto de 2012, por parte del profesional Especializado Forense, Dr. CARLOS VICENTE ZÚÑIGA VARGAS (fls. 461-468 c. pbas. 3)."²¹

De lo anterior, concluyó que si bien la entidad atendió a WW por medicina general, estas atenciones no revisten del Protocolo establecido por el Instituto de Medicina Legal comoquiera que:

1. El médico internista remitió a examen médico legal, cuando eran ellos los responsables de realizarlo,
2. Se omitió la recolección de muestras para exámenes de embriaguez y/o cicotóxicos ordenados por la autoridad judicial respecto de la víctima,
3. Pese a la sintomatología de la víctima y la discrecionalidad por parte del encargado del examen médico legal, no se realizó mayor actividad pues sólo se encuentra la práctica de examen sexológico, cuando también se había ordenado el de embriaguez y/o cicotóxicos,
4. Se desconoció la orden judicial de entregar los resultados a los interesados de la URI, por ende, no obra el informe del examen médico legal ordenado a la ESE Susana López de Valencia, conforme lo establece el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual,

²¹ Folios 224 a 225 del expediente allegado en calidad de préstamo.



5. La ESE no prestó una atención oportuna y especial por la condición de mujer, menor de edad y víctima de delito sexual, de WW, si se observa que la denuncia se formula por parte de la madre de la misma a las 23:53 horas del 26 de enero de 2010, por hechos ocurridos entre las 14 horas a las 22:30 horas (relato de los hechos en la noticia criminal), ingresó a las instalaciones de la ESE Susana López de Valencia a la 01:56:14 horas del 27 de enero de 2010 y solo hasta las 11:50 horas del mismo día se le practicaron exámenes de laboratorio, aunado a que a las 10:30 horas medicina legal había recolectado pruebas,
6. El Hospital no contaba con la reserva de las muestras, cuando es su deber mantenerlas, si se tiene en cuenta que tal recolección giraba en el marco de una investigación penal,
7. Finalmente destacó la certificación de la subdirección científica de la ESE, de 30 de abril de 2012, en la que se indicó que esa entidad, para la época de los hechos, no contaba con los medios necesarios para el procesamiento de pruebas toxicológicas ordenadas a la menor WW, y afirmó que tal documento reflejaba sin lugar a dudas, deficientes actuaciones administrativas respecto de la atención médico legal prestada, sin que se hubiera demostrado que se pusiera en conocimiento oportunamente a las autoridades respectivas o indicaran la viabilidad de una remisión a institución prestadora del servicio de salud que contara con los medios para llegar a feliz término el examen correspondiente.

Tal decisión fue objeto de apelación por parte de la entidad demandada quien entre otras argumentó que dado que no contaba con los medios necesarios para el procesamiento de pruebas toxicológicas que habían sido ordenadas a la menor, debía tenerse en cuenta que nadie está obligado a lo imposible.

Mediante fallo de segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Casanare acogió el argumento del hospital demandado, pues aunque reconoció que es obligación de todo profesional médico el



realizar el examen médico legal cuando se le es solicitado de conformidad con el reglamento técnico forense, que involucra a todas las entidades tanto públicas como privadas para prestar colaboración en la realización de los dictámenes médico legales, lo cierto es que señaló que el equipamiento constituye una herramienta para que el personal humano, esto es, los profesionales médicos especializados, puedan cumplir a cabalidad su labor de cooperación interdisciplinaria. Así lo advirtió la autoridad judicial:

“(...) se tiene que era obligación del médico que atendió a la menor, realizar todo el procedimiento siguiendo el protocolo médico establecido para tal fin, y revisada la historia clínica y demás documentos que dan cuenta del manejo dado al interior del hospital accionado, es dable afirmar que el especialista lo realizó hasta donde le fue materialmente posible, pues según lo que se deduce del análisis de las pruebas, la entidad no contaba con el kit establecido en los protocolos para tales efectos y por tal motivo, en lo que no estaba a su alcance por las razones anotadas, indicó que debía asumirlo Medicina Legal, que es la institución especializada en Colombia para practicar ese tipo de pruebas.”

Entonces, no es que el médico o la entidad se hayan negado a practicar la prueba solicitada por la Fiscalía, como lo señaló el a-quo en el fallo recurrido, sino que ni el médico ni la entidad accionada podían hacer más, por no contar con los elementos necesarios para la práctica de lo requerido por aquel órgano investigativo. De las pruebas se infiere que el médico hizo análisis físico y luego de realizar el examen sexológico y recolección de las prendas de vestir y ordenar otros exámenes, terminó por dar como indicación médica la valoración por medicina legal.

(...)

Así las cosas, la Corporación considera que le asiste razón a la recurrente al afirmar que nadie está obligado a lo imposible, y que si bien es cierto, legalmente existe el deber de colaboración y cooperación, también lo es que sin tener los medios adecuados para practicar cierto tipo de exámenes, no permiten cumplir el fin a cabalidad. La carencia de los elementos para poder realizar a cabalidad una prueba pericial, si bien puede constituir una insuficiencia del Hospital Susana López de Valencia para practicar este tipo de pruebas, pero no puede generar responsabilidad puesto que para ello nuestro ordenamiento tiene creado un órgano específico como lo es el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, función que además ha sido extendida al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, que funciona y debe funcionar durante 24 horas. Es decir, si alguien debe responder por no haberse practicado oportunamente, en forma total y siguiendo todos los protocolos, es la Fiscalía General de la Nación, que es el órgano constitucional y



legalmente habilitado para ello, y que cuenta además para la investigación con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía”.

Afirmó que no es un secreto la crisis hospitalaria por la que atravesaron y atraviesan muchos hospitales del país, además de no contar con las tecnologías y el material humano especializado necesario en muchas áreas de la medicina y que, en el caso en concreto se endilgaba culpa al ente hospitalario por la omisión de la toma de la muestra para exámenes de embriaguez y/o cictóxicos y se aseguró que ello impidió a la parte actora demostrar que tales muestras eran contundentes para que la actuación penal iniciada rindiera los resultados esperados, frente a lo que señaló que no se encontraba probado, comoquiera que la práctica o no del examen omitido, no constituía la única evidencia ni menos indispensable que se debía tener en cuenta como apoyo probatorio para continuar la actuación penal.

2.3.2.2. El marco normativo y jurisprudencial que orienta las actuaciones de las autoridades frente a la denuncia de un delito sexual a un menor de edad

La Constitución Política de Colombia exige al Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Por su parte, el Código Penal (Ley 599 de 2000), la Ley 1236 de 2008 tipifican los delitos sexuales de los que son víctimas los menores de edad. Asimismo, la Ley 1257 de 2008 dicta normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.

Por su parte, el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual R.T. INMLCF - 01 Versión 03, julio de 2009 está orientado al equipo de profesionales que aplican los procedimientos técnicos y científicos en la realización de la prueba pericial integral en el contexto del delito sexual.

Dicho reglamento pretende asegurar la calidad de la atención y la



coordinación efectiva con otros sectores como los de salud, protección y justicia, y garantizar la correcta preservación, registro y documentación de los elementos de prueba, así como su estudio específico y la consolidación e interpretación de los resultados especializados en el contexto de la información de la cual dispone el perito sobre el caso que se investiga.

Su objetivo es apoyar a la justicia mediante el aporte de pruebas periciales integradas en la investigación judicial del delito sexual, brindar un manejo integral a la víctima para el restablecimiento de sus derechos en salud, protección y justicia, mediante la coordinación interinstitucional efectiva con estos sectores estatales.

Ese reglamento es aplicable a todos los organismos y personas que hacen parte del equipo que realiza funciones relacionadas con el abordaje forense integral en la investigación de delitos sexuales en Colombia, desde la recepción del caso hasta el envío del informe pericial y archivo de la copia respectiva; por tanto, incluye a los peritos de las áreas de clínica y odontología forense y a todos los demás componentes del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, incluyendo los profesionales de la salud que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1146 de 2007²², participen en el abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y deban rendir el respectivo informe pericial, en todo el territorio nacional. Igualmente, al personal auxiliar y administrativo, involucrado en el respectivo proceso de atención que tenga contacto con los elementos materiales probatorios o evidencia física que puedan ser de utilidad en la investigación.

²² ARTICULO 9. ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD. En caso de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes, el Sistema General en Salud tanto público como privado, **así como los hospitales y centros de salud de carácter público, están en la obligación de prestar atención médica de urgencia e integral en salud a través de profesionales y servicios especializados.** La no definición del estado de aseguramiento de un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual no será impedimento para su atención en salud, que en todo caso incluirá como mínimo lo siguiente:

1. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, serán atendidos en las instituciones prestadoras de salud tales como EPS, IPS, ARS previamente mencionadas, de manera inmediata y en cumplimiento del principio de prevalencia de sus derechos, clasificando y atendiendo estos casos como de urgencia médica.
2. Examen y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual adquiridas con ocasión del abuso.
3. Provisión de antiretrovirales en caso de violación Y/o riesgo de VIH/SIDA.
4. Durante la atención de la urgencia se realizará una evaluación física y psicológica del niño, niña o adolescente víctima del abuso, teniendo cuidado de preservar la integridad de las evidencias.
5. **A que se recoja de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la Cadena de Custodia.**
6. Se dará aviso inmediato a la policía judicial y al ICBF.
7. Se practicarán de inmediato las pruebas forenses, patológicas y psicológicas necesarias para adelantar el proceso penal correspondiente

PARÁGRAFO: Las EPS, IPS, y ARS u otros prestadores del servicio que no cumplan de manera inmediata con lo ordenado en el presente artículo, serán objeto de sanción por parte de la Superintendencia de Salud, quien para el efecto deberá dentro de los treinta (30) días siguientes a la promulgación de la presente ley, determinar la escala de sanciones y procedimientos que estarán enmarcados dentro de los principios de celeridad y eficacia, a fin de que se cumplan efectivamente los preceptos aquí consagrados.



En el mismo, se establece que el procedimiento que debe agotar la autoridad responsable del abordaje forense integral de la víctima, es el siguiente:

1. Recepción del caso.
2. Entrevista a la víctima en la investigación del delito sexual.
3. Examen médico legal y recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física.
4. Análisis, interpretación y conclusiones del informe pericial forense integral.
5. Cierre de la atención forense a la víctima.

Se destaca en la actividad 3, esto es, el examen médico legal y recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, lo siguiente:

“3.2. RESPONSABLES

Son responsables de la realización del examen, así como de la recolección y manejo de los elementos materiales probatorios o evidencia física, los peritos médico-forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y todos aquellos profesionales médicos de un servicio de salud, público o privado, que en Colombia deban realizar un examen médico-legal como parte del abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y rendir el respectivo informe pericial.

(...)

3.4.9 CRITERIOS A CONSIDERAR PARA LA TOMA DE MUESTRAS

En todos los casos los procedimientos de recolección y manejo de muestras y/o evidencias para análisis, se realizarán teniendo en cuenta los parámetros establecidos para la recolección, preservación, almacenamiento, transporte y cadena de custodia de evidencias.

(...)

ANEXO 4. INSTRUCTIVO DE MANEJO DEL KIT PARA LA TOMA DE MUESTRAS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO SEXUAL

(...)

5.3.2. Para estudios toxicológicos

5.3.2.1. Sangre



Si se va a solicitar la prueba de alcoholemia, no use alcohol para desinfectar el área de punción, para ello utilice compuestos a base de yodo. Llene un tubo tipo vacutainer tapa gris (con Fluoruro de Sodio/Oxalato de Potasio) con aguja hipodérmica para toma con sistema de vacío. Una vez recolectada la muestra en el tubo, procurando que el espacio de cabeza (es decir, el espacio libre que queda entre el nivel de la sangre y el tapón) sea mínimo, asegúrese que está tapado herméticamente y agite ocho veces para permitir la mezcla con el Fluoruro de Sodio y el Oxalato de Potasio¹⁸². No emplee ningún tubo con especificaciones diferentes. Rotule, selle con cinta de seguridad e introduzca el tubo en una bolsa pequeña de plástico transparente. Selle la bolsa plástica con cinta de seguridad.

5.3.2.2. Orina

Suministre al examinado un frasco de polipropileno de al menos 30 ml de boca ancha y tapa rosca hermética, nuevo, sin preservantes. Solicítele que recolecte la muestra, tome precauciones para evitar que durante la recolección la muestra pueda ser alterada. Luego reciba del examinado el recipiente con la muestra de orina y verifique que se encuentre herméticamente cerrado. Rotule, selle con cinta de seguridad.

5.4. PROCEDIMIENTO PARA EL ENVÍO

5.4.1. Una vez concluido el examen, envíe las muestras a los laboratorios correspondientes, si el caso ha sido atendido por médicos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En caso contrario entregue las muestras y los documentos asociados a la Policía Judicial.

(...)

6. RESPONSABLES

Los médicos que examinen víctimas o posibles victimarios en casos de delitos sexuales, son los responsables por la aplicación de este instructivo”.

Además, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995, en su artículo 7 establece que:

“ARTÍCULO 7o. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;



b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, **investigar y sancionar la violencia contra la mujer**;

c) *Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*

d) *Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;*

e) *Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;*

f) *Establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;*

g) **Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y**

h) *Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.” (Negritas fuera de texto).*

Ahora bien, la Corte Constitucional²³ ha señalado que “*tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas*”; que en esa medida y por ser objeto de una protección reforzada, se erigen “*una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8º Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía).*”

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-177/14



Recordó que en procura de esos fines, el artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 consagró una serie de *“criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”*, según los cuales la autoridad judicial:

“(…)

3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados”.

En consecuencia, de acuerdo con las normas internacionales y nacionales, y la jurisprudencia constitucional es responsabilidad del Estado frente a esta forma de agresión garantizar el restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados y garantizar la reparación del daño en un pronto y eficaz proceso judicial.

2.3.2.3. Análisis del caso objeto de estudio

Esta Sala considera que el Tribunal Administrativo de Casanare sí incurrió en un defecto sustantivo porque en el análisis realizado no tuvo en cuenta las normas que informaban el proceso, su vigencia y la incidencia de la misma en la valoración probatoria.

Así, tal y como lo reconocen los jueces de instancia, el Hospital Susana López de Valencia, se encontraba en la obligación legal y reglamentaria de seguir el protocolo establecido en la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006, vigente incluso 4 años antes de la ocurrencia de los hechos. En esa medida, el hospital debía contar con el kit para la toma de muestras en la investigación del delito sexual y a su vez, debía guardar la cadena de custodia de las muestras tomadas a la víctima.

En efecto, si la autoridad judicial demandada hubiese aplicado la mencionada norma, habría concluido que correspondía a los deberes funcionales del hospital demandado equiparse con los medios necesarios para dar cabal cumplimiento al mencionado Protocolo y en esa medida, garantizar la preservación de las muestras biológicas con cadena de custodia, hasta que se pudiera realizar el examen ordenado, lo que en consecuencia no era una facultad de la entidad prestadora de servicios de salud, sino una obligación.



Así lo reconoce la Resolución 001776 de 2008 *“por medio de la cual se determina la escala de sanciones y procedimientos por incumplimiento a los preceptos señalados en el artículo 9° de la Ley 1146 de 2007”*, que en el literal b de su artículo 1° señala:

Artículo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a los preceptos contenidos en el artículo 9° de la Ley 1146 de 2007, a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y Entidades Promotoras de Salud de Salud del Régimen Subsidiado, EPS-S, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en las siguientes cuantías a favor del Tesoro Nacional.

(...)

b) Multa de 1 a 1800 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la comisión del hecho, a las EPS, IPS, EPS-S, que incumplan el precepto de recoger de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la cadena de custodia, o de practicar de inmediato las pruebas forenses, patológicas y psicológicas necesarias para adelantar el proceso penal correspondiente”.

En consecuencia, no comparte la Sala el argumento del Tribunal Administrativo de Casanare según el cual *“la carencia de los elementos para poder realizar a cabalidad una prueba pericial, si bien puede constituir una insuficiencia del Hospital Susana López de Valencia para practicar este tipo de pruebas, pero no puede generar responsabilidad puesto que para ello nuestro ordenamiento tiene creado un órgano específico como lo es el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, función que además ha sido extendida al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, que funciona y debe funcionar durante 24 horas”*, pues lo cierto es que las normas ampliamente desarrolladas exigen a todas las EPS, IPS, EPS-S, sin distinción alguna, que cumplan con los preceptos contenidos en el artículo 9° de la Ley 1146 de 2007, esto es, que se recoja de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la Cadena de Custodia.

En esa medida, la autoridad judicial demandada no debió aplicar el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, comoquiera que la exigencia normativa cuyo cumplimiento se echa de menos en la demanda de reparación directa instaurada por la señora WW era previsible por parte del hospital y contó con tiempo suficiente para cumplirlo, pues debe recordarse que la Ley 1146 de



2007 entró en vigencia el martes 10 de julio de 2007, el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual es de julio del año 2009, y los hechos ocurrieron el 26 de enero de 2010.

Ahora bien, echa de menos esta Sala la observancia por parte del Hospital Susana López de Valencia y de contera del Tribunal Administrativo de Casanare, de las normas de carácter interno, así como las de bloque de constitucionalidad que **exigen a todas las autoridades condenar toda forma de violencia contra la mujer y adoptar las medidas necesarias para investigar y sancionar estas conductas.**

Problemática que hace parte de la agenda internacional, y que exige la utilización de los mecanismos necesarios para contrarrestarla desde la prevención y hasta la sanción de la violencia.

En esa medida, y para el caso concreto, las autoridades de salud y la justicia, debió enfocar su actuar en pro de la defensa de los derechos de las víctimas de la violencia sexual, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una menor de edad, que pretendía acceder a los servicios especializados apropiados para conculcar la acción y resarcir los perjuicios que ella le ocasionó.

El rol del sector de la salud frente a casos de violencia sexual es actuar con diligencia con el objetivo de (i) atender los requerimientos de salud de la víctima y (ii) apoyar a las autoridades mediante el aporte de pruebas periciales integradas en la investigación judicial del delito, y por esta razón no entiende la Sala cómo el Hospital puede sustraerse de su obligación legal y reglamentaria de adecuar sus instalaciones para la atención en salud y conservar las muestras biológicas tomadas, con el argumento de que nadie está obligado a lo imposible.

Con él se restringen los derechos de quien desafortunadamente es víctima de un delito sexual y en ese sentido la decisión objeto de reproche se aparta de la ley y la convencionalidad, pues desconoce el carácter de urgencia médica que siempre tiene cualquier caso de violencia sexual y que impone brindar una atención integral e inmediata a las víctimas.



En conclusión, para esta Sala, el fallo de 19 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare incurrió en defecto sustantivo en la medida en que desconoció la obligatoriedad de cumplir los mandatos de la Ley 1146 de 2007 y el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual por parte del hospital demandado.

Por lo anterior, se amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la señora WW y en consecuencia se dejará sin efectos la sentencia de 19 de julio de 2017 y se ordenará al Tribunal Administrativo de Casanare que dicte una providencia de reemplazo en la que tenga en cuenta la Ley 1146 de 2007 y el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual impone a todos los profesionales médicos de un servicio de salud, público o privado recoger de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la cadena de custodia, y practicar de inmediato las pruebas forenses, patológicas y psicológicas necesarias para adelantar el proceso penal correspondiente.

2.4. Solicitud de desvinculación

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación solicitó ser desvinculada por considerar que carece de legitimación en la causa por pasiva.

Al respecto se advierte que se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva comoquiera que la vinculación al proceso se hizo en calidad de tercero con interés en el resultado de éste y teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales del ente en mención y no como entidad accionadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

III. FALLA:



PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la señora WW, por las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida el 19 de julio de 2017 por el Tribunal Administrativo de Casanare dentro del proceso de reparación directa identificado con el número de radicado 19001-33-31-004-2011-00054-01.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Casanare que dentro los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuestos en esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por la apoderada de la Fiscalía General de la Nación.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1





CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-33-42-053-2017-00286-01

Actor: GERMÁN HUMBERTO RINCÓN PERFETTI

Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DANE, ALTA CONSEJERIA PRESIDENCIAL PARA LA MUJER, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, COMISIÓN DE GENERO DE LA RAMA JUDICIAL, ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA.

Asunto: Acción de Cumplimiento. Fallo de segunda instancia

La Sala decide la impugnación interpuesta por: i) la Fiscalía General de la Nación; ii) el Ministerio de Educación Nacional y iii) el demandante contra la providencia del 27 de octubre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera -Subsección A-.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

En ejercicio de la acción constitucional, el señor Germán Humberto Rincón Perfetti, en nombre propio, demandó de: i) La Defensoría del Pueblo; ii) el Ministerio de Educación Nacional; iii) el Consejo Superior de la Judicatura -Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-; iv) la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer; v) la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial; vi) el Departamento de Estadística Nacional, en adelante DANE; vii) el Ministerio de Justicia y del Derecho; viii) el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y ix) la Fiscalía General de la



Nación el cumplimiento de los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 1761 de 2015 *“Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.(Ley Rosa Elvira Cely)”*.

2. Hechos

Como sustento de su solicitud, el accionante señaló que:

2.1 Los diversos tratados de derechos humanos a nivel internacional han abogado para que en los Estados se adopten medidas de la más variada índole, con el propósito de erradicar toda forma de violencia y de discriminación contra la mujer.

2.2 En consecuencia, el Estado Colombiano ha expedido un sinnúmero de cuerpos normativos con la finalidad de atender a las mujeres víctimas de violencia y, en especial, para adoptar medidas adecuadas que impidan que esas conductas se perpetúen.

Especialmente, sobre el punto se han expedido: i) los artículos 2, 5, 13, 40 y 43 de la Constitución; ii) La Ley 51 de 1981²⁴; iii) La Ley 984 de 2005²⁵; iv) la Ley 1719 de 2014²⁶; v) la Ley 248 de 1995²⁷; vi) la Ley 1257 de 2008²⁸ y vii) y la Ley 1542 de 2012²⁹.

2.3 Pese a lo anterior, en América Latina se siguen presentando actos de violencia contra la mujer en episodios de feminicidios; violencia por parte de la pareja o ex pareja y violencia sexual;

²⁴ *“Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980”*

²⁵ *“por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).”;*

²⁶ *Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes [599](#) de 2000, [906](#) de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”*

²⁷ *Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994”*

²⁸ *“Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley [294](#) de 1996 y se dictan otras disposiciones”*

²⁹ *Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.*



dentro de los cuales cobran especial relevancia para el país los conocidos casos de Rosa Elvira Cely y Yuliana Samboní.

2.4 En la Ley 1761 de 2015 conocida como “*Ley Rosa Elvira Cely*” se estipularon una serie de obligaciones para las entidades estatales, las cuales debían satisfacerse dentro de los plazos ahí consagrados. Sin embargo, a la fecha las demandadas se encuentran “*en mora de cumplir con los deberes legales necesarios para sancionar ejemplarmente a quienes cometen actos de violencia contra la mujer*”.

3. Fundamentos de la acción

Para la parte actora, los artículos 9, 10, 11, y 12 de la Ley 1761 de 2015 se encuentran incumplidos, pues pese a que dichas disposiciones consagran diversas obligaciones para las entidades demandadas a efectos de erradicar todo tipo de violencia contra la mujer, las accionadas no les han dado cumplimiento.

4. Pretensiones

En el escrito introductorio se presentó la siguiente:

“Se solicita el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 1761 de 2015, artículos 9, 10, 11 y 12 por medio de la cual se tipifica el feminicidio como un delito autónomo para garantizar la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres por motivo de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias (sic) y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana”³⁰.

5. Trámite de la solicitud

5.1 La solicitud se presentó ante el Juzgado 53 Administrativo de Bogotá, autoridad judicial que por auto del 8 de agosto de 2017 admitió la demanda y ordenó notificarla personalmente a las entidades accionadas.

5.2 En auto del 11 de septiembre de 2017, el Juzgado 53 Administrativo de Bogotá declaró la falta de competencia para conocer del presente asunto y decidió remitir el expediente de la referencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 183)

³⁰ Folio 14



5.3 Mediante providencia del 21 de septiembre de 2017, el Magistrado Ponente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera -Subsección A- : **(i)** avocó conocimiento del asunto ; y **(ii)** ordenó que por Secretaría se requiriera al Ministerio de Educación Nacional y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para que informaran si han dado cumplimiento a lo señalado en el artículo 11 de la Ley 1761 de 2015, en lo que atañe en la formación de género en sus servidores públicos (fl.191).

6. Contestaciones

6.1 Fiscalía General de la Nación

A través de apoderado judicial y mediante memorial radicado el 18 de agosto de 2017, la Fiscalía General de la Nación solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda por no ser procedentes, por cuanto, a su juicio, sí ha dado cumplimiento a las normas invocadas.

Para probar su dicho transcribió en extenso el informe de la Fiscalía Especializada Delegada para la Seguridad Ciudadana en el que, según su criterio, se evidencian las acciones que la Fiscalía adelanta en razón del tipo penal de feminicidio.

En este sentido, aseguró que esa entidad: i) realiza las investigaciones penales relacionadas con el feminicidio; ii) divulgó y socializó la ley entre los funcionarios de la fiscalía; iii) requirió a las seccionales para que designaran a un fiscal que pudiera consolidar los equipos especializados de apoyo y asistencia a los casos de feminicidios e iv) implementó una estrategia de formación de los funcionarios³¹.

Por lo anterior, concluyó que ha observado plenamente la Ley 1761 de 2015 en el desarrollo de las competencias ahí otorgadas, razón

³¹ Señaló que en el tema de capacitación se incluyó el seminario del 19 de agosto de 2015 de la mano con ONU mujeres; el encuentro internacional sobre prevención, investigación y sanción del feminicidio liderado por la Secretaría Distrital de la Mujer los días 24 y 25 de septiembre y los encuentros focales y ejercicios locales de participación.



por la que, a su juicio, es evidente que no existe incumplimiento de la referida normativa.

6.2 Defensoría del Pueblo

En escrito del 18 de agosto de 2017, esta autoridad señaló que la Ley 1761 de 2015 impuso a su cargo dos obligaciones: la primera, relacionada con la orientación y asesoramiento de mujeres víctimas de violencia, y la segunda, garantizando la representación jurídica de las mismas.

Sostuvo que ambos deberes se han cumplido cabalmente, pues para dar aplicación al primer mandato cuenta con dos canales de orientación y asesoría para las víctimas, el primero en los 36 centros de atención al ciudadano y, el segundo, más especializado a través de las “*duplas de género*” ubicadas en 19 defensorías regionales, las cuales en el periodo enero - junio de 2017 atendieron 38 casos de feminicidios y 58 casos de tentativa de feminicidio.

En tanto, frente a la segunda obligación se implementó la “*minuta contractual de los defensores públicos*” en la que de manera expresa se consagra que aquellos tienen el deber de garantizar la representación jurídica de las víctimas, con disponibilidad en todas las regionales del país, a lo que se suma que se realizaron capacitaciones sobre este asunto.

6.3. Ministerio de Justicia

En escrito del 22 de agosto de 2017, a través de apoderada judicial, esta cartera ministerial se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Para el efecto señaló, de un lado, que el cumplimiento de los artículos 9 y 10 de la Ley 1761 de 2015 corresponde a otras entidades tales como la Alta Consejería para la Mujer, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Educación Nacional y, de otro, que las obligaciones a su cargo contempladas en los artículos 11 y 12 *ibídem* sí se han cumplido.

Al respecto y frente a la aplicación del artículo 11 *Ejusdem* explicó que ha adelantado políticas de formación de los servidores que tienen a su cargo la prevención, sanción investigación y judicialización de violencia contra la mujer, lideradas por el



Viceministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa y dentro de sus actividades se destacan:

- i) El Observatorio de Política criminal del 7 de marzo de 2016 liderado por expertas en género.
- ii) La unión del Ministerio con la Escuela de Género de la Universidad Nacional y el programa “*superando la violencia contra las mujeres*” de ONU mujeres.
- iii) El Comité de Género del Ministerio de Justicia, creado por la Resolución N° 737 de 8 de noviembre de 2013 y que el día 6 de junio de 2017 realizó el taller de experiencias con enfoque de género en el que participaron tanto contratistas, como funcionarios del Ministerio.

Por su parte, frente a la materialización del artículo 12 de la Ley 1761 de 2015 aseguró que en coordinación con las otras entidades obligadas se creó el “*Sistema Integrado de Información sobre Violencia de Género -SIVIGE-*” con el fin de evaluar la violencia de género por medio de indicadores y la construcción de la “*línea de base de las inequidades relacionada con la violencia de género*”, cuyo primer producto se podrá consultar en línea en el mes de septiembre de 2017.

6.4. DAPRE -Consejería Presidencial para la Mujer-

Mediante escrito del 22 de agosto de 2017, solicitó que el asunto fuera remitido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por dirigirse la acción contra autoridades del orden nacional. En tanto, mediante memorial del 28 de septiembre de 2017 y en atención a la orden dada por el Tribunal requirió que se negaran las pretensiones de la solicitud.

Para sustentar su petición en primer lugar, solicitó que se tuviera en cuenta que sí había dado respuesta al requerimiento presentado por el actor para constituirlo en renuencia.

En segundo lugar, expuso que desde el Gobierno Nacional se trabaja desde tres áreas para garantizar la prevención y atención de violencia contra las mujeres a saber: i) prevención desde los territorios y con la implementación de 5 temáticas principales³²; ii)

³² Dentro de las cuales se destacan la promoción del desarrollo institucional para la equidad de género, fortalecimiento de comisarías de familia en atención de violencia



mejoras en la atención recibida por las mujeres fortaleciendo el acceso a la justicia de las mismas a través las comisarías de familia³³ y la creación de la línea 155 para orientación a las víctimas de la violencia y iii) difusión de los derechos de las mujeres en todos los medios, incluyendo un canal de televisión³⁴.

En tercer lugar, y frente al artículo 12 de la Ley 1761 de 2015 señaló que de manera mancomunada con las otras autoridades obligadas, se implementó el sistema SIVIGE como estrategia para apoyar el diseño e implementación de políticas públicas en violencia de género.

Por lo anterior, solicitó que se negaran las pretensiones de la acción.

6.5. Instituto de Medicina Legal

La Jefe de la Oficina Jurídica del referido instituto manifestó que de manera conjunta con el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia y la Presidencia de la República convocó a diferentes reuniones en el marco del Sistema SIVIGE para dar cumplimiento a la ley. En este sentido, adujo que el grupo coordinador del citado sistema trabaja “*arduamente*” en su implementación, lo cual se demuestra con la realización de las siguientes actividades:

- Talleres temáticos con diferentes entidades para estandarizar conceptos base.

intrafamiliar, creación de casas refugio para mujeres, desarrollo de procesos de formación, capacitación social y política de mujeres, consolidación de paz y reconciliación.

³³ Al efecto explicó, que este plan inició con la formación de alrededor de 3000 servidores entre jueces, policías y comisarios de familia, haciendo especial énfasis en los últimos, pues las comisarías de familia son consideradas como la puerta de acceso a la administración de justicia, razón por las que se han hecho varias capacitaciones para fortalecerlas.

³⁴ Sobre este punto, el DAPRE precisó que cuenta con: i) una campaña de publicación de la línea de atención; ii) la divulgación del “violentrometro” para identificar factores de violencia ocultos; iii) plegables sobre derechos de víctimas de violencia sexual; iv) un “*maletín divulgador de derechos*”; v) material audiovisual que se difunde en redes sociales; vi) seguimiento constante al cumplimiento de la Ley 1257 de 2008 y creación de equipos de género al interior de las 13 entidades del orden nacional y vii) trabajo mancomunado de perspectiva de género en el uso de la fuerza pública.



- Publicación del Libro *“Marco Normativo, Conceptual y Operativo del SIVIGE”*³⁵.
- Priorización de información que debe remitirse al SIVIGE por parte del instituto y tal como lo relacionado con el sistema de clínica y odontología forense y el sistema de información de red de desaparecidos.
- Seminario Taller *“sistema integrado de información de violencias de género basados en registros administrativos”* celebrado en noviembre de 2016.
- Construcción de indicadores sobre dimensión de la violencia sexual y la restitución de los respectivos derechos en los cuales el instituto ha participado de manera activa.

Por lo anterior, solicitó que se negaran las pretensiones, pues consideró que conforme a lo antes expuesto no ha sido renuente a dar aplicación a las normas invocadas en la demanda.

6.6. DANE

En escrito del 22 de agosto de 2018 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de ese departamento se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Para el efecto, hizo un recuento normativo del sistema SIVIGE y señaló que al efecto ha adelantado, entre otras, las siguientes actividades:

- Creación del Grupo Interno de Trabajo de Estadísticas de Género- Resolución N° 1567 de 2015- el cual acompaña la producción de estadísticas con perspectiva de género.
- Realización de talleres temáticos sobre estandarización de conceptos básicos.
- Reuniones con entidades coordinadoras, entidades responsables del registro que recopilan información relacionada con violencia basada en género.

³⁵ Copia del mismo fue allegada al expediente.



- Mesas de trabajo durante los años 2015, 2016, y 2017 de las cuales se concluyó que el SIVIGE debía construirse por módulos, los cuales en primera instancia serían: i) violencia sexual con ocasión y desarrollo del conflicto armado; ii) violencia contra las mujeres y iii) violencia basada en género.

En consecuencia, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda y se condenara en costas y agencias en derecho al demandante, por cuanto en ningún momento ha incumplido las normas invocadas en la demanda.

6.7. Ministerio de Educación Nacional

En escrito del 18 de agosto de 2017, dicha cartera ministerial solicitó que se desestimara la solicitud, toda vez que sí ha dado cumplimiento a las normas citadas en la acción de cumplimiento. Para soportar su dicho alegó que se encuentra en proceso de implementación y diseño de mecanismos de autoevaluación que respeten la autonomía en la malla curricular, pero que permitan que aquellos integren reflexiones sobre perspectiva de género y enfoque de derechos humanos.

Explicó que se han adoptado diversas estrategias a través del Sistema Integrado de Gestión de la Calidad Educativa en la promoción de competencias ciudadanas y cumplimiento de responsabilidades de los diferentes niveles educativos en la prevención y atención de violencia contra las mujeres, tales como:

- i) Evaluación de actitudes de género en estudiantes de 5º y 9º grado³⁶; ii) examen de guías pedagógicas para la convivencia escolar³⁷; iii) implementación del proyecto de educación para la sexualidad y construcción de ciudadanía³⁸ y iv) incorporación del sistema de gestión de la calidad educativa, alimentado por los

³⁶ Sobre el punto explicó que en las pruebas practicadas a dicho grupo poblacional se incluyó un módulo de acciones y actitudes ciudadanas, en el que se presentan preguntas estandarizadas que permiten evidenciar los estereotipos y actitudes discriminatorias frente al papel de los hombres y mujeres en la escuela y la sociedad. Al efecto, trajo a colación, además, algunas cifras resultado de dichas pruebas.

³⁷ Como herramientas que permitan prevenir la violencia contra las mujeres y la inclusión del enfoque de género en los planteles escolares.

³⁸ En este sentido, puso de presente que en asocio con la Universidad de los Andes se diseñó una encuesta virtual para la implementación del citado proyecto cuyos resultados se esperan en el segundo semestre de 2017.



mismos planteles educativos y el cual cuenta con tres líneas estratégicas a saber: proyectos pedagógicos transversales³⁹, sistema nacional de convivencia escolar y formación en derechos humanos, educación para la sexualidad y prevención y mitigación de violencia escolar⁴⁰ y fortalecimiento curricular⁴¹.

En este orden de ideas, reafirmó su compromiso con la política nacional de educación y solicitó que se negaran las pretensiones del actor.

6.8. Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial

A través de la Unidad de Asistencia Legal pidió que se negaran las pretensiones de la demanda, comoquiera que la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla ha dado plena aplicación al artículo 11 de la Ley 1761 de 2015 en lo que atañe a la capacitación de los funcionarios en temas de género, y por ello, en dicha institución se impulsan diversos cursos de formación para que los servidores judiciales identifiquen comportamientos sociales discriminatorios con la mujer y, en consecuencia, adopten las medidas necesarias desde las providencias judiciales para mitigarlos.

Aseguró, que según consta en la página Web de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en el año 2015 se realizaron varias actividades relacionadas con la capacitación en enfoque de género, entre las cuales se destacan:

- Conversatorios regionales de aplicación de enfoque diferencial de género en la toma de decisiones.
- Capacitación en derechos sobre comunidades LGTBI.
- Conformación de la red de formadores en perspectiva de género.

³⁹ Manifestó que para erradicar todo tipo de violencia se expidió el Decreto 4798 de 2011.

⁴⁰ Para lo cual se expidió el Decreto 1965 de 2013 compilado en Decreto 1075 de 2015.

⁴¹ Fortalecimiento en competencias de derechos básicos de aprendizaje y mallas de aprendizajes.



- Proyectos adelantados por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial a nivel regional⁴².

Señaló que en el año 2016 se programaron espacios académicos y de apoyo con las seccionales de género del país, especialmente en Cali y Paipa y que para el año 2017 se espera: i) incorporar perspectiva de género en la administración de justicia; ii) brindar herramientas de identificación de factores de violencia para que se puedan tomar los correctivos en las sentencias; iii) contratación de experto en construcción de línea sobre perspectiva de género en la justicia y iv) realización de cursos en los meses de septiembre y octubre de formación desde la perspectiva de género.

7. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A en sentencia de 27 de octubre de 2017, resolvió:

*“**PRIMERO: ACCÉDESE** a las pretensiones del medio de control de cumplimiento, respecto del cumplimiento del artículo 10 por parte del Ministerio de Educación Nacional; en consecuencia, se le ordena dar cumplimiento a las obligaciones previstas en dicha norma, en un término de seis (6) meses contado a partir de la ejecutoria de la presente providencia.*

***SEGUNDO. - ACCÉDESE** las pretensiones del medio de control de cumplimiento respecto del cumplimiento del artículo 11, por parte de la Fiscalía General de la Nación; en consecuencia, se le ordena dar cumplimiento a la obligación prevista en dicha norma, en un término de (6) meses contado a partir de la ejecutoria de la presente providencia.*

***TERCERO.- NIÉGANSE** las demás pretensiones del medio de control de cumplimiento, respecto del cumplimiento de lo previsto en los artículos 9 (entidades: Defensoría del Pueblo, Ministerio de Justicia y del Derecho y Fiscalía General de la Nación); 11 (entidades: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y Ministerio de Justicia y del Derecho); y 12 (entidades: DANE e Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses) de la Ley 1761 de 2015; por las razones expuestas.*

⁴² Al efecto aportó un cuadro con información del lugar y fecha de la capacitación, así como el tema tratado.



(...)⁴³ (Mayúsculas y negritas en original)

Como sustento de su decisión, el *a quo* dividió el análisis según las normas citadas en la demanda y las entidades demandadas así:

7.1 Respecto al artículo 9º de la Ley 1761 de 2015

Sostuvo que aquella norma contiene un mandato a cargo de la Defensoría del Pueblo consistente en garantizar la orientación, asesoría y representación jurídica de las mujeres víctimas de violencia de género el cual, a su juicio, sí fue satisfecho porque se comprobó que: i) en las 36 defensorías se han asesorado y orientado a las víctimas; ii) en 19 defensorías se implementó el sistema de duplas de género y iii) las víctimas sí tienen representación, pues así se desprende de la Resolución N° 1704 de 21 de octubre de 2016 en la que se observa que los defensores públicos tienen la obligación de representar víctimas de violencia de género.

Frente al cumplimiento del citado artículo por parte del Ministerio de Justicia concluyó que las pretensiones debían negarse, comoquiera que aquella no tenía el carácter de *“entidad rectora de la política pública de equidad de género, y en consecuencia no existe una obligación, clara y expresa que debe cumplirse por el aludido ministerio”*.

Se precisó que no haría alusión al cumplimiento de esa norma por parte del Alta Consejería Presidencial para la Mujer, porque frente a esa disposición no se constituyó en renuencia. Finalmente, señaló que tampoco podría accederse frente a la Fiscalía General de Nación, ya que se demostró que aquella sí cumplió con el artículo 9º *ibídem*, pues así se desprendía del documento *“investigación: la aplicación de la ley Rosa Elvira Cely un año después”* aportado por el Ministerio de Justicia⁴⁴.

7.2 Respecto al artículo 11 de la Ley 1761 de 2015

Explicó que, según el referido artículo, los funcionarios que tuvieran a su cargo competencias relacionadas con la prevención,

⁴³ Reverso del folio 50.

⁴⁴ El citado documento en efecto fue aportado por dicha cartera ministerial, solo que en él se hacía alusión a cifras de la actividad de la Fiscalía, razón por la que el *a quo* encontró que aquel era idóneo para determinar si la Fiscalía había dado aplicación o no al artículo 9º de la Ley 1761 de 2015.



investigación, judicialización, sanción o reparación en temas de violencia contra las mujeres debían recibir capacitación en enfoque de género, derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Señaló que dicho deber sí había sido satisfecho por parte de la Rama Judicial, ya que de la contestación de la demanda y de las pruebas allegadas con la misma se desprendía que aquella había adelantado diversas acciones tendientes a capacitar a los servidores judiciales en temas de género, razón por la que en ese punto las pretensiones de la demanda serían negadas. Lo propio concluyó respecto a la Alta Consejería Presidencial para la Mujer.

En lo que atañe al Ministerio de Justicia y el Derecho coligió que la contestación de la solicitud daba cuenta de todas las actividades que dicha cartera había adelantado en lo que a formación de los funcionarios se refiere, razón por la que se podía concluir que sí se estaba dando cumplimiento a la norma.

Finalmente, y en lo que atañe a Fiscalía argumentó que si bien esa entidad aseguró que: i) había dado una directriz a los funcionarios, ii) actualizó el sistema de información con el tipo penal de feminicidio y iii) gestionó una estrategia de formación, lo cierto era que no aportó prueba que demostrara las anteriores afirmaciones, por lo que se imponía acceder a las pretensiones de la solicitud frente a esa autoridad.

7.3. Respecto al artículo 10 de la Ley 1761 de 2015

Manifestó que esa norma imponía varias obligaciones en cabeza del Ministerio de Educación Nacional tales como: i) disponer que las instituciones educativas preescolar, básica, media incorporaran en sus currículos perspectiva de género; ii) establecer mecanismos de monitoreo y evaluación permanente del proceso de enfoque de género en los proyectos pedagógicos e iii) iniciar en el término de 6 meses el proceso de reglamentación que garantizara la inclusión del enfoque de género en las instituciones educativas.

Para determinar si las obligaciones en cita se encontraban materializadas resumió las actividades enlistadas por dicha cartera ministerial en la contestación de la demanda, y concluyó que aquella



no allegó prueba de sus afirmaciones y, por ende, debía ordenarse el cumplimiento del artículo 10 ibídem.

7.4 Respecto al cumplimiento del artículo 12 de Ley 1761 de 2015

Adujo que de la citada norma se desprende el deber que tienen el DANE, el Instituto de Medicina Legal y el Ministerio de Justicia de adoptar un sistema nacional de recopilación de datos sobre hechos relacionados con la violencia de género en el país; obligaciones que encontró acreditadas, pues de la contestación de la demanda y demás pruebas obrantes en el expediente, a juicio del *a quo*, se corroboró que dichas entidades adoptaron el “*Sistema Nacional de Recopilación de Datos sobre Hechos Relacionados con la Violencia de Género en el país SIVIGE*”, y que, además, participan activamente en él.

De la anterior decisión salvó voto uno de los magistrados de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, porque consideró que el artículo 10 de la Ley 1761 de 2015 no contempla una obligación, clara, expresa y exigible.

8. Impugnación

Inconformes con la anterior decisión la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Educación Nacional y el demandante la impugnaron, para lo cual presentaron los siguientes argumentos:

8.1. El demandante

Simplemente señaló que interponía recurso de “*apelación*” (FI.246).

8.2 Fiscalía General de la Nación

Solicitó que se revocara el numeral 2º del fallo del 27 de octubre de 2017 que ordenó dar cumplimiento al artículo 11 de la Ley 1761 de 2015, porque consideró que sí ha satisfecho las obligaciones ahí plasmadas. Para sustentar su postura señaló que:

- Realizó la solicitud de creación de la acción formativa.



- Creó una estrategia de priorización y abordaje integral de la violencia intrafamiliar.
- Se creó un plan de priorización para abordar la violencia basada en género, intrafamiliar y sexual.
- Se realizó un informe final.
- Se hizo un análisis sobre la violencia feminicida.
- Se programó capacitación sobre feminicidio en el año 2017.

Para soportar su dicho aportó copia de los citados documentos con la impugnación.

8.3 Nación- Ministerio de Educación Nacional

Solicitó que se revocara el numeral primero del fallo de primera instancia, por cuanto, a según su criterio, a través del Sistema Integrado de Gestión de Calidad de Educativa -SIGCE- viene implementando un programa para incentivar en los diferentes niveles, la educación en violencia contra las mujeres. En este sentido, insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda respecto a la materialización de la obligación y concluyó que no entendía, por qué se aseveraba que no se había demostrado el cumplimiento de la norma.

Finalmente, mediante memorial radicado el 17 de noviembre de 2017 aportó un disco compacto con algunos archivos a efectos de dar alcance a la impugnación⁴⁵.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación contra la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera -Subsección A-, de conformidad con lo dispuesto en los

⁴⁵ Visible a folio 318



artículos 125, 150 y 243 del CPACA⁴⁶ y el Acuerdo 015 de 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado que estableció la competencia de la Sección Quinta de esta Corporación para conocer de las *“apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento”*.

2. Generalidades de la acción de cumplimiento⁴⁷

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda *“acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”*. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos”*.

Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2° de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

⁴⁶ Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. (...)

⁴⁷ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por esta Sección: sentencia de 15 de diciembre de 2016, Expediente: 25000-23-41-000-2016-00814-01; 26 de mayo de 2016, Expediente: 52001-23-33-000-2016-00136-01, con ponencia de Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de noviembre de 2016, radicación 20001-23-33-000-2016-00371-01 CP Alberto Yepes Barreiro ; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de febrero de 2017, radicación 11001-33-42-048-2016-00636-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez (E).



De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional “*el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo*” (subraya fuera del texto) ⁴⁸.

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben cumplir los siguientes requisitos mínimos:

- i)** Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1^o)⁴⁹.
- ii)** Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5^o y 6^o).
- iii)** Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de instaurar la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8^o). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito “*cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable*” caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁴⁹ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.



iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace improcedente la acción. También son causales de improcedibilidad pretender la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9^o).

2.1. Normas contra las que procede la acción de cumplimiento y requisitos

Se ha establecido que las fuentes del derecho sobre las cuales recae la acción de cumplimiento comprenden tanto la ley en sentido formal como la ley en sentido material, esto último desde la óptica de aquellos decretos con fuerza de ley o con vocación legislativa dictados por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 150-10, 212, 213, 215 y 341 de la Constitución Política⁵⁰.

Sin dejar a un lado, la procedencia de la acción de cumplimiento contra los actos administrativos de contenido general o particular, bajo el entendido que éstos reflejan la voluntad unilateral de la administración de producir efectos jurídicos, se precisa lo anterior, si se tiene en cuenta que no es dable el mecanismo constitucional previsto en el artículo 87 constitucional frente a actos de mera ejecución, pues tales determinaciones no tienen la categoría de un verdadero acto administrativo, ya que solo se limitan a materializar una orden judicial o administrativa⁵¹.

Dentro de este contexto, resulta pertinente manifestar que es inadecuada la acción de cumplimiento en relación con normas fundamentales, *“pues el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía. De hecho, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1998, al concluir que no*

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, 21 de enero de 1999, radicado ACU-546.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2013-00486-01



procede ésta acción constitucional para exigir el cumplimiento de normas supremas”⁵².

Ahora bien, frente al requisito de la renuencia, resulta pertinente manifestar que el mismo se constituye en una exigencia de procedibilidad de la acción, y para ello, es necesario que el demandante previamente a acudir a la jurisdicción, haga una solicitud expresa de cumplimiento a la autoridad pública o al particular que ejerce funciones públicas sobre la ley o el acto administrativo objeto de requerimiento, lo cual puede realizarse a través del derecho de petición pero enfocado al fin reseñado⁵³.

Por su parte, la subsidiariedad implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable. Igual a lo que acaece frente a la tutela, pues se trata de instrumentos judiciales residuales y no principales.

Lo cual se explica en “*garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio...*”⁵⁴.

Como consecuencia de lo anterior, y a manera enunciativa por vía de ejemplo, la acción constitucional en estudio no procede para exigir el cumplimiento de obligaciones consagradas en los contratos estatales⁵⁵, imponer sanciones⁵⁶, hacer efectivo los términos

⁵² Sentencia de 3 de junio de 2004, Rad. 44001-23-31-000-2004-0047-01(ACU)

⁵³ Consejo de Estado, Sección Quinta Consejera Ponente Dra. Susana Buitrago Valencia (E). 9 de mayo de 2012, 76001-23-31-000-2011-00891-01 (ACU).

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta Consejero ponente, Alberto Yepes Barreiro, 1 de noviembre de 2012, radicado 76001-23-31-000-2012-00499-01(ACU).

⁵⁵ Consejo de Estado, sentencia del 28 de septiembre de 1999, expediente ACU-927.

⁵⁶ Consejo de Estado, sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente ACU-585.



judiciales de los procesos⁵⁷, o perseguir indemnizaciones⁵⁸, por cuanto, para dichos propósitos, el ordenamiento jurídico establece otros cauces procesales, al tratarse de situaciones administrativas no consolidadas.

Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a normas que generen gastos⁵⁹, a menos que estén apropiados⁶⁰; o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior⁶¹.

2.2 La diferencia entre la acción de cumplimiento con otras acciones constitucionales

Finalmente, pertinente resulta resaltar, por pedagogía, la diferencia que existe entre la acción de cumplimiento con otras de categoría constitucional como son las populares, de grupo o de tutela, veamos:

La acción de cumplimiento y la popular tienen como rasgo distintivo en que la primera *“busca la protección del ordenamiento jurídico y en algunos casos la eficacia del derecho del particular, contenido en una norma legal...”*⁶², por su parte la segunda *“procura la protección de derechos e intereses colectivos, a través de medidas dirigidas a evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio o la restitución de las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*⁶³

Y, la diferencia entre la acción de cumplimiento y la de tutela es explicada por la jurisprudencia constitucional al señalar:

“Cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de la autoridad, se está en el ámbito de la acción de tutela. Cuando lo que se busca es la garantía de

⁵⁷ Consejo de Estado, sentencia del 3 de diciembre de 1997, expediente ACU-088.

⁵⁸ Consejo de Estado, sentencia del 1 de octubre de 1998, expediente ACU-403.

⁵⁹ Consejo de Estado, sentencia del 15 de marzo de 2001, expediente, radicado 05001-23-31-000-2000-4673-01(ACU).

⁶⁰ Consejo de Estado, sentencia de 14 de mayo de 2015, expediente, radicado 25000-23-41-000-2015-00493-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁶¹ Sentencia ibídem.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 28 de octubre de 2003, radicado 25000-23-25-000-2004-0903-01(AP).

⁶³ Sentencia ibídem.



derechos de orden legal o lo que se pide es que la administración de aplicación a un mandato de orden legal o administrativo que sea específico y determinado, lo que cabe en principio, es la acción de cumplimiento”⁶⁴.

Por su parte, la acción de grupo es disímil a la de cumplimiento, ya que la primera de ellas centra su objetivo en la reparación de los daños ocasionados a un grupo de personas que no puede ser inferior a veinte, mientras la figura jurídica del artículo 87 constitucional se contrae en la búsqueda de la efectividad de las leyes o los actos administrativos.

3. Cuestión Previa: La ausencia de argumentación en la impugnación del demandante

Como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia, el actor mediante memorial del 15 de noviembre de 2017, simplemente, señaló *“en mi calidad de demandante del asunto de la referencia por medio del presente escrito me permito interponer recurso de apelación contra el fallo del 27 de octubre de 2017 notificado por correo el 9 de noviembre de 2017”⁶⁵.*

Bajo este panorama, corresponde a la Sala establecer si en el marco de la acción de cumplimiento basta con afirmar que se impugna la sentencia de primera instancia sin presentar argumento alguno para proceder a estudiar todo lo que le fue desfavorable o si, por el contrario, es necesario que el impugnante exponga al menos de manera somera las razones de inconformidad con la decisión del *a quo*.

Por las razones que se explicarán, para la Sección es la segunda tesis la que debe privilegiarse. Veamos:

3.1 El artículo 27 de la Ley 393 de 1997 regula el trámite de la impugnación del fallo de cumplimiento de primera instancia. Especialmente, en el inciso segundo se consagra que:

“El Juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo”

⁶⁴ C-1194/01

⁶⁵ Folio 246



Nótese como la norma presupone que la impugnación debe tener un contenido, pues precisamente los argumentos de la misma son el insumo principal para que el fallador de segunda instancia pueda hacer el cotejo del que trata la disposición objeto de estudio.

En este orden de ideas, es claro que el legislador exigió que la impugnación del fallo de cumplimiento tuviera un contenido, es decir, una argumentación mínima. En consecuencia, no basta con afirmar que se impugna, sino que es menester que se explique por qué se considera que la decisión del juez de primera instancia no es acertada.

3.2 La naturaleza pública y constitucional de la acción de cumplimiento no riñe con la exigencia del legislador de que la impugnación tenga un contenido, ya que esta no es una carga desproporcionada si se tiene en cuenta que, por regla general, las competencias del juez de segunda instancia están delimitadas por el contenido mismo de la impugnación.

Por supuesto, lo anterior no significa que la impugnación de la acción de cumplimiento esté sometida a tecnicismos o exigencias adicionales, lo que implica es que por disposición de la ley es necesario que aquella tenga un contenido mínimo.

3.3 La ausencia de contenido en la impugnación impide que el juez tramite la segunda instancia de la acción de cumplimiento, de acuerdo a lo reglado en el artículo 27 de la Ley 393 de 1997 antes referenciado.

En este contexto, la Sala considera que no es posible tramitar la impugnación presentada por el señor Rincón Perfetti, comoquiera que aquella carece de contenido, y por ende, la Sección no puede establecer cuáles son los motivos de inconformidad con el fallo del 27 de octubre de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, máxime cuando dicha providencia adoptó diferentes decisiones, sin que se pueda tener certeza cuál de todas las conclusiones del *a quo* es la que causa reproche en el accionante.

En consecuencia, la Sala al analizar el caso concreto no estudiará la impugnación del actor, sino que se circunscribirá a examinar los



argumentos expuestos en los escritos de impugnación presentados por la Fiscalía y el Ministerio de Educación, respectivamente.

4. Análisis del caso concreto

Hechas las anteriores precisiones le corresponde a la Sala determinar si confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia. Para el efecto, analizará los presupuestos para la prosperidad de la acción de cumplimiento.

4.1. De la renuencia⁶⁶

Como se explicó someramente en el acápite 2 de esta providencia, la procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que **consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste** y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado que *“...el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento⁶⁷ (Subrayas fuera de texto).*

Sobre este tema, esta Sección⁶⁸ ha dicho que:

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

⁶⁶ Lo mismo se reitera en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación 25000-23-41-000-2016-02003-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicación 15001-33-33-000-2016-00690-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 15001-23-33-000-2016-00249-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

⁶⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. Consejera Ponente: Doctora Susana Buitrago.



*El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que **si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.***

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos⁶⁹ (Negrillas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1998 establece lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, **bastaría con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, que de éste pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.**

⁶⁹ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla.



Por lo tanto, la Sección debe estudiar si la parte actora acreditó que constituyó en renuencia a las autoridades demandadas antes de presentar la acción. Veamos:

A folios 17 a 36 obra copia de los derechos de petición presentados por el demandante a las entidades accionadas⁷⁰, en el siguiente sentido y redacción que se replica en todos los escritos radicados:

“con fundamento en el artículo 8º de la Ley 393 de 1997, el cual se refiere a la solicitud previa a la interposición de una acción de cumplimiento (...)

Solicitud: Que se dé cumplimiento en los términos y plazos establecidos en la Ley 1761 de 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo. Particularmente solicito se dé cumplimiento (...)”

Cobran especial relevancia las peticiones elevadas por el accionante ante la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Educación Nacional. En efecto, en el folio 31 obra prueba de que en el sentido antes transcrito, el actor solicitó el cumplimiento del artículo 11 de la Ley 1761 de 2015 a la Fiscalía General de la Nación. Lo propio se desprende del escrito visible a folio 33 en el que se observa que el señor Rincón Perfetti pidió la materialización al Ministerio de Educación Nacional del artículo 10 de referida normativa.

Bajo este panorama, la Sala encuentra que el requisito de procedibilidad **se encuentra satisfecho**, toda vez que el accionante, previo a acudir al juez constitucional, solicitó ante las autoridades que hoy demanda el cumplimiento de las disposiciones que, a su juicio, se encuentran desatendidas; aspecto suficiente para dar por acreditada la citada exigencia.

Asimismo, es relevante precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta

⁷⁰ Según consta en los folios 17 a 36 el actor solicitó: i) la aplicación del artículo 11 de la Ley 1761 a la Comisión de Género de la Rama Judicial; la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Consejo Superior de la Judicatura; DAPRE- Alta Consejería Presidencial de la Mujer al Ministerio Justicia y del Derecho; ii) la materialización del artículo 9 ibídem a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Justicia y del Derecho y iii) el cumplimiento del artículo 12 *Ejusdem* al Instituto de Medicina Legal y al DANE.



oportunamente o porque, aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer de la persona.

Este aspecto también se encuentra acreditado en el caso sometido a consideración de la Sección, en tanto: **i)** en el plenario no obra prueba de que la Fiscalía haya hecho manifestación alguna frente al requerimiento del accionante y **ii)** según consta en el disco compacto obrante a folio 318 el Ministerio de Educación Nacional contestó la petición de forma contraria al querer del señor Rincón Perfetti.

Con base en estas consideraciones, para la Sala no cabe duda que debe entenderse agotado el requisito de constitución en renuencia respecto a las entidades impugnantes, razón por que es viable examinar la naturaleza de las normas invocadas en la solicitud.

4.2 Lo que se pide cumplir

La parte actora pidió la materialización de los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 1761 de 2015. Sin embargo, como el Ministerio de Educación Nacional y la Fiscalía General de la Nación solo impugnaron lo relacionado con los artículos 10 y 11, respectivamente, serán estos los que se transcriben: Veamos:

ARTÍCULO 10. SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA EDUCACIÓN PREESCOLAR, BÁSICA Y MEDIA. *A partir de la promulgación de la presente ley, el Ministerio de Educación Nacional dispondrá lo necesario para que las instituciones educativas de preescolar, básica y media incorporen a la malla curricular, la perspectiva de género y las reflexiones alrededor de la misma, centrándose en la protección de la mujer como base fundamental de la sociedad, en el marco del desarrollo de competencias básicas y ciudadanas, según el ciclo vital y educativo de los estudiantes. Dicha incorporación será realizada a través de proyectos pedagógicos transversales basados en principios de interdisciplinariedad, intersectorialidad, e interinstitucionalidad sin vulnerar al ideario religioso y ético de las instituciones educativas, así como el derecho de los padres a elegir la educación moral y religiosa para sus hijos.*

PARÁGRAFO 1o. *El Ministerio de Educación Nacional, establecerá e implementará los mecanismos de monitoreo y evaluación permanente del proceso de incorporación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos y sus resultados, sobre lo cual deberá entregar un informe anual a la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República de Colombia y a las autoridades que lo requieran.*



PARÁGRAFO 2o. *El Ministerio de Educación Nacional tendrá un plazo de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley para iniciar el proceso de reglamentación que garantice la efectiva integración del enfoque de género a los procesos y proyectos pedagógicos en todas las instituciones educativas de preescolar, básica y media.*

ARTÍCULO 11. FORMACIÓN DE GÉNERO, DERECHOS HUMANOS O DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. *A partir de la promulgación de la presente ley, los servidores públicos de la Rama Ejecutiva o Judicial en cualquiera de los órdenes que tengan funciones o competencias en la prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, deberán recibir formación en género, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en los procesos de inducción y reinducción en los que deban participar, de acuerdo con las normas que regulen sus respectivos empleos.*

Bajo este panorama, la Sala encuentra que se cumple con el primero de los requisitos de procedencia de la acción constitucional, toda vez que se busca la materialización de una norma con fuerza de ley, tal y como lo exige el artículo 1º de la Ley 393 de 1997.

4.3. De la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo salvo que, de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

En el caso concreto, la Sala encuentra que la parte actora no cuenta con otro medio judicial efectivo para lograr la aplicación de los artículos de la Ley 1761 de 2015 que asegura como inaplicados y que son objeto de la impugnación objeto de estudio, razón por la que este presupuesto de procedibilidad se encuentra satisfecho.



4.4. Las normas cuyo cumplimiento se solicitó no implican gasto

En cuanto a este presupuesto de la acción de cumplimiento, la Sala observa que las normas cuya aplicación se solicita no generan gasto, pues en caso de confirmar la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda respecto a la Fiscalía General de la Nación y al Ministerio de Educación Nacional, lo cierto es que aquellas tendrían que cumplir obligaciones inherentes a las competencias asignadas y, por ende, previstas en el presupuesto de funcionamiento de cada entidad.

4.5. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”⁷¹. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “*imperativo e inobjetable*” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Así las cosas, es menester que la Sala, en primer lugar, determine si las normas invocadas en la demanda y cuyo cumplimiento es cuestionado en los recursos de apelación objeto de estudio contienen un mandato imperativo e inobjetable y, en caso afirmativo, indague si esa obligación se encuentra satisfecha o no.

Como se precisó en el capítulo de cuestión previa, solo se examinará lo relacionado con la impugnación presentada por la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Educación Nacional, lo que en la práctica se traduce en que: **i)** la Sala solo estudiará si los artículos 10

⁷¹ Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).



y 11 de la Ley 1761 de 2015 contienen un mandato imperativo inobjetable y en caso afirmativo si las citadas entidades lo han satisfecho y ii) respecto a las demás autoridades demandadas y normas invocadas en la solicitud se mantendrá incólume la decisión de primera instancia, por no haber sido objeto de las impugnaciones bajo estudio.

Por efectos metodológicos y atendiendo a que las normas se consideran incumplidas por distintas entidades (así el artículo 10 se entiende desentendido por el Ministerio de Educación Nacional, en tanto el artículo 11 por la Fiscalía General de la Nación), la Sección abordará el estudio de tales disposiciones de manera separada, no sin antes realizar unas breves consideraciones respecto al contexto en el que fue expedida la Ley 1761 de 2015.

4.5.1 La Ley 1761 de 2015: El feminicidio y la eliminación de toda forma de violencia contra la mujer

Desde la perspectiva sociológica del derecho, la expedición de leyes responde a las diversas dinámicas sociales, políticas o culturales de un país, en la que el órgano legislativo intenta regular determinada conducta para mitigarla o exacerbarla.

Este es precisamente el caso de la Ley 1761 de 2015 “*Ley Rosa Elvira Cely*”, a través de la cual en homenaje a una de las víctimas de violencia de género que más recuerda el país, se pretende no solo eliminar el fenómeno social de violencia contra un grupo históricamente discriminado -mujeres-⁷², sino castigar con prisión a quien incurra en el delito de feminicidio⁷³.

Esta medida no es aislada, pues no puede perderse de vista que el Estado Colombiano ha ratificado diversos tratados de derechos

⁷² En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-297 de 2016 explicó que según la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015 “*el tipo penal de feminicidio respondió a la necesidad de crear marcos jurídicos que evaluaran la violencia contra las mujeres, en su dimensión sistemática y estructural* . Por tanto se estableció que este es un tipo penal pluriofensivo que responde a la realidad de que la violencia contra la mujer **no es un hecho fortuito y aislado sino un hecho generalizado y sistemático** que afecta diversos bienes jurídicos como la vida, “la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad”.

⁷³ No existe una definición unívoca de Feminicidio; sin embargo, la mayoría concuerdan en que aquella es una forma de violencia ejercida contra las mujeres que termina con la muerte de la misma, en razón precisamente de su condición de mujer.



humanos con el propósito de garantizar los derechos de las mujeres y erradicar la violencia y discriminación contra la misma.

En este sentido, encontramos por ejemplo: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer incorporada al ordenamiento jurídico en la Ley 51 de 1981; el Protocolo Facultativo de la citada convención; instrumento que también hace parte de la legislación interna o la Convención Internacional para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil y aprobada mediante la Ley 248 de 1995.

Sin embargo, la importancia de la Ley 1761 de 2015 radica en que:

(i) El Estado Colombiano se aviene al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en los citados tratados, especialmente en el sentido de incluir en la *“legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”*⁷⁴.

(ii) Por primera vez en el país, se reconoce como una conducta delictiva la violencia contra la mujer ejercida en razón de esa condición, y por contera, se reconoce que en la sociedad existe contra estas últimas una *“desigualdad estructural que fue tolerada y aceptada”*⁷⁵ precisamente en razón de los estereotipos sociales creados entorno al concepto de *“mujer”*.

En este sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-297 de 2016, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 1761 de 2015, señaló que:

“la finalidad de la tipificación del feminicidio como delito responde a la protección, mediante el derecho penal, de diversos bienes jurídicos más allá de la vida de la mujer. Esto constituye una respuesta a condiciones de discriminación estructurales que hacen de su homicidio una consecuencia de patrones de desigualdad imbuidos en la sociedad. Dichos patrones se manifiestan en diversas formas de violencia, que pueden tener un carácter sistemático o no. Esta violencia se evidencia tanto en elementos de periodicidad como en tratos que suponen una visión de roles de género estereotipados o

⁷⁴ Artículo 8º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en adelante *“Convención de Belém do Pará”*.

⁷⁵ Corte Constitucional Sentencia C-297 de 2016.



arraigados en la cultura que posicionan a la mujer como un objeto o una propiedad desechable con ciertas funciones que se ven inferiores a las del hombre. La realidad indica que las condiciones de discriminación que sufren las mujeres no siempre son abiertas, explícitas, y directas, no porque no estén presentes, sino porque hacen parte de dinámicas culturales que se han normalizado. Así, su identificación no es evidente, pues permea todos los niveles sociales, incluso los de la administración de la justicia. Un factor que devela esta realidad corresponde a los altos niveles de impunidad de la violencia contra las mujeres en todas sus formas, que comienza por la incapacidad del Estado de reconocerla y la falta de herramientas para investigarla y reaccionar de forma acorde para garantizar los derechos de las mujeres.

De este modo, el feminicidio busca visibilizar unas circunstancias de desigualdad donde el ejercicio de poder en contra de las mujeres culmina con su muerte, generalmente tras una violencia exacerbada, porque su vida tiene un lugar y valor social de última categoría. Por tanto, el elemento central del hecho punible, independientemente de cómo haya sido tipificado, responde al elemento subjetivo del tipo, que reconoce unas condiciones culturales discriminatorias como la motivación de su asesinato.”

(iii) El Estado reconoce que es menester que en el marco de su actuación se incorpore la perspectiva de género⁷⁶ como elemento transversal no solo para la adecuada atención de las personas víctimas de violencia en razón del género, sino como herramienta de mitigación y cambio de la concepción del rol de la mujer tanto en la administración, como en la sociedad.

Como puede observarse, la legislación cuyo cumplimiento se pretende es de suma importancia no solo como medida positiva a favor de un grupo históricamente discriminado, sino como un factor de cambio en las concepciones y estereotipos que se han concebido alrededor de este grupo poblacional.

⁷⁶ Al efecto es ilustrativa la definición que trae ONU Mujeres, la cual retoma lo concluido por Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas- ECOSOC- según la incorporación de perspectiva de género es un “Proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros”. Disponible en <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming> consultado el 7 de diciembre de 2017.



4.5.2 El artículo 10 de la Ley 1761 de 2015

Es de anotar que el Ministerio de Educación nunca controvertió el hecho de tener a su cargo obligaciones derivadas del artículo 10 ibídem, pues su argumentación se centró en señalar que, contrario a lo concluido por el tribunal de primera instancia, ha dado cabal cumplimiento a la referida disposición.

En este contexto, corresponde a la Sala establecer si en efecto el artículo 10 ibídem contiene un mandato imperativo e inobjetable, que pueda ser ordenado a través de esta acción constitucional, y en caso afirmativo establecer si aquel ha sido satisfecho o no.

La citada disposición contempla:

“ARTÍCULO 10. SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA EDUCACIÓN PREESCOLAR, BÁSICA Y MEDIA. *A partir de la promulgación de la presente ley, el Ministerio de Educación Nacional dispondrá lo necesario para que las instituciones educativas de preescolar, básica y media incorporen a la malla curricular, la perspectiva de género y las reflexiones alrededor de la misma, centrándose en la protección de la mujer como base fundamental de la sociedad, en el marco del desarrollo de competencias básicas y ciudadanas, según el ciclo vital y educativo de los estudiantes. Dicha incorporación será realizada a través de proyectos pedagógicos transversales basados en principios de interdisciplinariedad, intersectorialidad, e interinstitucionalidad sin vulnerar al ideario religioso y ético de las instituciones educativas, así como el derecho de los padres a elegir la educación moral y religiosa para sus hijos.*

PARÁGRAFO 1o. *El Ministerio de Educación Nacional, establecerá e implementará los mecanismos de monitoreo y evaluación permanente del proceso de incorporación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos y sus resultados, sobre lo cual deberá entregar un informe anual a la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República de Colombia y a las autoridades que lo requieran.*

PARÁGRAFO 2o. *El Ministerio de Educación Nacional tendrá un plazo de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley para iniciar el proceso de reglamentación que garantice la efectiva integración del enfoque de género a los procesos y proyectos pedagógicos en todas las instituciones educativas de preescolar, básica y media.”*



De la lectura de la citada disposición se desprende sin ambages que, tal y como reconoció la entidad impugnante, la ley asignó al Ministerio de Educación Nacional varios deberes a saber: **i)** disponer lo necesario para la implementación del enfoque de género, **ii)** implementar un sistema de monitoreo y evaluación, **iii)** presentar un informe anual al congreso e **iv)** iniciar el proceso de reglamentación.

Los citados mandatos y su cumplimiento serán analizados a continuación:

4.5.2.1 Disponer lo necesario para que en las mallas curriculares de las instituciones educativas de preescolar, básica y media se incorpore perspectiva de género y reflexiones en torno a este tema, a través de proyectos pedagógicos transversales.

A juicio de la Sala, el citado aparte de la norma consagra una obligación expresa y exigible. No obstante, su materialización no puede solicitarse a través de la acción de cumplimiento, toda vez que aquella no es clara.

En efecto, aunque es evidente que la ley impuso al Ministerio de Educación Nacional el deber de realizar acciones positivas tendientes a incorporar en las mallas curriculares de las distintas instituciones educativas del país una perspectiva de género, no precisó cómo debía hacerse esa incorporación.

La parte inicial del artículo 10 *ibídem* se limitó a señalar que “*debía disponerse lo necesario*”, otorgando así al Gobierno Nacional una amplia discrecionalidad en la forma en la que el enfoque de género debe incorporarse a los programas curriculares, y restando así claridad a la norma estudiada.

Esa libertad otorgada por el legislador a la entidad impugnante impide que ese inciso pueda considerarse como un deber imperativo e inobjetable, pues lo cierto es que la norma no permite determinar con certeza cómo aquella debe satisfacerse, ya que cualquier acción podría entenderse como necesaria para hacer la incorporación pertinente.



Un ejemplo evidenciara mejor esta situación: supongamos que el juez constitucional ordena el cumplimiento de dicha norma ¿Cómo podría establecer si la norma fue acatada o no? ¿Cuándo se entendería que se dispuso lo necesario para la incorporación de la perspectiva de género en los planes curriculares de los estudiantes? ¿Cuándo dicho enfoque haga, efectivamente parte de la malla de estudio o cuándo se inician los trámites preparativos para su incorporación? ¿Con cuántas acciones se entiende que se dispuso lo necesario?

Todos estos interrogantes muestran que no es posible ordenar a través de la acción de cumplimiento la materialización de la primera parte del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015, ya que aquella carece de la determinación necesaria que exige el mandato que debe ordenar el juez.

Por supuesto, esto no significa que el Ministerio de Educación Nacional pueda relevarse de la obligación impuesta por la ley, lo que ello implica es que tal cartera tiene plena libertad para escoger que acciones adelantar a afectos de garantizar la incorporación de la perspectiva de género en los programas académicos que abordan los estudiantes de las instituciones de preescolar, básica y media.

En consecuencia, frente a este apartado de la disposición objeto de estudio no es posible confirmar la sentencia de primera instancia, por no contener un mandato claro.

4.5.2.2 Establecer e implementar mecanismos de monitoreo y evaluación permanente del proceso de incorporación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos y sus resultados y entregar informe anual a la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República.

Para la Sala, el párrafo 1º del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015 contiene dos mandatos imperativos e inobjetables a cargo del Ministerio de Educación Nacional. **El primero**, según el cual esa entidad tiene la obligación, de un lado, de implementar mecanismos de monitoreo y evaluación y, **el segundo**, relacionado con presentar anualmente un informe a la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso.



Al acreditarse que la norma sí contiene obligaciones a cargo de la accionada, corresponde establecer si aquella les ha dado cumplimiento. Veamos:

a) Frente al deber de establecer mecanismos de monitoreo y evaluación

Sobre el punto, la entidad accionada aseguró que sí ha dado plena aplicación al deber en comento. En efecto, el Ministerio de Educación señaló que:

i) Ha incorporado la perspectiva de género en el marco del Sistema Integrado de Gestión de Calidad Educativa, ii) incorporó un nuevo módulo en las pruebas aplicadas a los estudiantes de 5º y 9º grado a efectos de evidenciar estereotipos, iii) participó en la creación del Documento CONPES 161 y iv) diseñó en colaboración con la Universidad de los Andes una encuesta virtual para caracterizar la implementación de educación sexual en el país.

Asimismo, precisó que no entendía por qué el *a quo* no encontró probadas sus aseveraciones, ya que todas estas acciones podrían consultarse en internet por hacer parte de las políticas públicas del Gobierno Nacional. No obstante, como se precisó en los antecedentes, mediante memorial radicado el 17 de noviembre de 2017, aportó un disco compacto con algunos archivos con los que pretende acreditar el cumplimiento de la norma⁷⁷.

Lo primero a señalar es que la Sala valorará las pruebas aportadas por el Ministerio después de formulada la impugnación, toda vez que el principal objetivo de la acción de cumplimiento es que el juez determine si los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico se han hecho efectivos o no.

En consecuencia, si en segunda instancia se acredita la satisfacción de un deber que se dice presuntamente incumplido con unas pruebas que no se aportaron dentro de la oportunidad legal correspondiente, se debe dar plena aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial -artículo 2º Ley 393 de 1997- y

⁷⁷ Visible a folio 318



valorarlas, pues lo que interesa a la autoridad judicial es establecer si el deber se encuentra satisfecho o no.

Pese a lo anterior, la Sala coincide con el tribunal de primera instancia y observa que la aplicación del párrafo objeto de estudio no fue demostrada en el caso concreto, porque las acciones descritas por la cartera ministerial accionada no evidencian la existencia de un mecanismo de monitoreo y evaluación de la incorporación de perspectiva de género en los proyectos pedagógicos.

En efecto, el hecho de tener un sistema integrado de calidad no evidencia el cumplimiento de la norma, tampoco lo hace la realización de una encuesta sobre implementación de educación sexual⁷⁸ o seguir temas relacionados con embarazo adolescente⁷⁹, pues aquella en nada toca con el núcleo esencial del deber exigido.

Lo propio sucede con el hecho de que se incorporó un nuevo módulo en las pruebas aplicadas a los estudiantes de 5º y 9º grado a efectos de evidenciar estereotipos sobre el papel de la mujer, tampoco se evidencia el cumplimiento de la norma.

Lo anterior, comoquiera que una vez analizadas las pruebas allegadas con la impugnación se observa que el documento que contiene los resultados de las citadas pruebas corresponden al año 2012 a 2015, de forma que es evidente que dicho modulo no se implementó para dar cumplimiento al párrafo 1º del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015, es decir, para establecer e implementar un mecanismo de monitoreo y evaluación.

Tampoco acredita el cumplimiento de la norma el documento “denominado Anexo 9” contenido en el disco compacto visible a folio 318, habida cuenta que aquel se refiere a la matriz de monitoreo de la calidad educativa, y no del proceso de incorporación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos, sin que se haga alusión alguna ese tópico.

Ahora bien, consultada por la Sala la página de web del Ministerio de Educación <https://www.mineducacion.gov.co/portal/> así como la

⁷⁸ Anexo 8 contentivo en el CD visible a folio 318

⁷⁹ Anexo 8 contentivo en el CD visible a folio 318



dirección <http://www.mineduccion.gov.co/1621/article-135295.html>, relacionada con el sistema de calidad de educación no se encontró desarrollo alguno de las acciones adelantadas por la entidad impugnante respecto al deber objeto de estudio, de forma que se pudiera establecer si en efecto aquellas contienen un mecanismo de monitoreo y evaluación en el tema objeto de análisis.

Tampoco puede entenderse satisfecho el deber estudiado con la expedición del documento CONPES 161⁸⁰ y sus respectivos análisis de resultados⁸¹, pues si bien aquel contiene la política pública a favor de la mujer y en especial el punto 2.6 se habla del enfoque de género en la educación, lo cierto es que este texto se creó el 12 marzo de 2013⁸², luego no puede predicarse que aquel se realizó con el propósito de implementar el mecanismo de monitoreo y evaluación contenido en el parágrafo 1 del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015, ya que dicha acción fue ejercida con antelación a la sanción de la ley cuyo cumplimiento exige la parte demandante.

Con fundamento en lo expuesto, la Sección concluye que el deber consagrado en la norma ibídem no se encuentra satisfecho y, por consiguiente, la decisión del tribunal en este sentido será confirmada.

b) Frente al deber de presentar informe a la Comisión de Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso.

La Sala observa que este deber tampoco se encuentra satisfecho, ya que no obra ninguna prueba al respecto en el expediente. En efecto, cobra nuevamente relevancia la figura probatoria de la negación indefinida, la cual aplicada al caso concreto impone colegir que le correspondía al Ministerio de Educación probar que sí presentó el informe correspondiente a la Comisión de Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso.

80

Disponible

en

<http://www.ins.gov.co/normatividad/Lineamientos%20Sector/DOCUMENTO%20CONPES%20SOCIAL%20161%20DE%202013.pdf?Mobile=1&Source=%2Fnormatividad%2Flayouts%2Fmobile%2Fview%2Easpx%3FList%3D9a3eed1%252Dadb1%252D4363%252D8458%252Da3cd9d2b4835%26View%3D355f8e3f%252D6790%252D4274%252Db220%252De120c0705df6%26CurrentPage%3D1> Consultado el 7 de diciembre de 2017.

⁸¹ Correspondientes a los anexos 7 y 8 del CD obrante a folio 2018

⁸² Ibídem pág.1.



Pese a lo anterior, la entidad impugnante no solo no hizo pronunciamiento sobre el punto, sino que pese a que el *a quo* le solicitó que informara si había dado cumplimiento a la norma⁸³, se limitó a entregar un oficio acerca del proceso de reglamentación de la Ley 1761 de 2015⁸⁴.

Bajo este panorama, y atendiendo a que no se demostró que se desde la expedición de la Ley 1761 de 2015 y hasta la fecha se haya entregado el informe anual correspondiente, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, para que el Ministerio haga cumpla con su obligación y entregue el informe al órgano legislativo del año 2017 y los venideros.

4.5.2.3 Dentro de los 6 meses siguientes a la expedición de la ley iniciar el proceso de reglamentación que garantice el enfoque de género a los proyectos pedagógicos que de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Para la Sección este apartado de la norma también contiene un mandato imperativo e inobjetable, consistente en iniciar el proceso de reglamentación, es decir, de expedir un decreto reglamentario que garantice la inclusión del enfoque de género en los proyectos pedagógicos. La Sala encuentra que la citada disposición es, además, exigible, pues la Ley 1761 de 2015 se profirió el 6 de julio de 2015, es decir, han transcurrido más de 6 meses desde su expedición.

Frente a la satisfacción del citado deber el Ministerio aportó el *“acta de seguimiento del mes de septiembre enviada por la Subdirección de fomento de competencias de esa entidad, en la que se hizo la revisión a los avances del proceso de reglamentación de la Ley 1761 de 2015”*⁸⁵.

Revisado el citado documento, la Sección encuentra que el mandato se encuentra satisfecho, pues aquel documento evidencia que ya se inició el proceso de reglamentación de la Ley 1761 de 2015 en lo que atañe a la implementación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos

⁸³ Folio 191

⁸⁴ Folio 196 a 200

⁸⁵ Folio 197



En efecto, el citado escrito da cuenta que la reglamentación de que trata la norma en cita ya comenzó su proceso de formación y que uno de sus pilares es la “*incorporación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos transversales*”⁸⁶ tal y como lo exige el parágrafo 2º del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015.

A la misma conclusión, se arriba al analizar los documentos aportados después de la impugnación por el ministerio e identificados con el nombre de “*anexo 10*” en el disco compacto visible a folio 318, pues ahí se evidencia que incluso ya existe un borrador del decreto reglamentario correspondiente.

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia del tribunal en lo que a este aspecto se refiere, habida cuenta que sí se demostró su cumplimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional.

4.5.3 El artículo 11 de la Ley 1761 de 2015

Decantando lo anterior, corresponde a la Sección analizar conforme a lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación en su impugnación si el artículo 11 de la Ley 1761 de 2015 contiene un mandato claro, expreso y exigible, y, en caso afirmativo si aquel ha sido satisfecho por la referida autoridad.

4.5.3.1 ¿Contiene la norma invocada en la demanda un mandato imperativo e inobjetable?

La disposición que se dice desatendida establece:

ARTÍCULO 11. FORMACIÓN DE GÉNERO, DERECHOS HUMANOS O DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. *A partir de la promulgación de la presente ley, los servidores públicos de la Rama Ejecutiva o Judicial en cualquiera de los órdenes que tengan funciones o competencias en la prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, deberán recibir formación en género, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en los procesos de inducción y reinducción en los que deban participar, de acuerdo con las normas que regulen sus respectivos empleos.*

⁸⁶ Folio 198.



Como puede observarse, el artículo objeto de estudio contiene una obligación consistente en que los servidores públicos que tengan a su cargo funciones o competencias en la prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres deberán recibir preparación en tres temas: i) formación en género; ii) Derechos Humanos y iii) Derecho Internacional Humanitario; capacitación que debe recibirse en los procesos de inducción, es decir en funcionarios nuevos, o de reinducción.

En otras palabras, la norma exige que las autoridades que tengan a su cargo las referidas competencias capaciten a sus funcionarios, según el caso, en la inducción o reinducción correspondiente. Lo anterior, porque es evidente que los obligados no son los servidores públicos, sino las entidades en las que aquellos desarrollan las competencias de prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres.

Aunque la disposición no contiene un listado taxativo respecto a las entidades que deben capacitar a los servidores públicos, ello no es óbice para restar obligatoriedad al mandato, toda vez que este aspecto es plenamente determinable.

Así pues, si por virtud de la ley una entidad de la Rama Ejecutiva o Judicial en cualquiera de los órdenes, tiene a su cargo funciones de prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, nace en para ella aplicación del artículo 11 ibídem, bien en la inducción o bien en la reinducción, el deber de capacitar por cualquier medio a sus funcionarios en los temas descritos en la norma.

No cabe duda que según el artículo 249 Superior la Fiscalía General de la Nación es una entidad perteneciente a la Rama Judicial, y que de conformidad con el artículo 250 Constitucional, que le otorga la titularidad de la acción penal también es de aquellas que tienen a su cargo actividades de investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, lo que significa que sus funcionarios deben recibir la capacitación de la que trata la norma en cita.



Así las cosas, es evidente que existe un deber a cargo de la Fiscalía General de la Nación, según el cual deben formar a los servidores que tengan a cargo funciones o competencias en la prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres en género, DDHH y Derecho Internacional Humanitario, razón por la que es viable establecer si tal mandato ha sido atendido o no.

4.5.3.2 ¿Se encuentra incumplida la obligación contenida en la norma invocada en la demanda?

En este punto es importante recordar que el tribunal *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, porque encontró que la Fiscalía no aportó prueba alguna del cumplimiento de la norma, en tanto aquella impugnó señalando que sí había satisfecho tal y deber y, en consecuencia, anexó una serie de documentos que probaban su dicho.

Bajo este panorama, la Sala observa que las pruebas de la entidad impugnante se aportaron de forma extemporánea, pues aquellas solo se allegaron después de proferida la sentencia de primera instancia.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 393 de 1997 establece con toda claridad que la autoridad presuntamente incumplida puede aportar pruebas o solicitar su práctica dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto que admite la acción, es decir, limita el momento procesal en el que las partes pueden solicitar las pruebas.

No obstante, no puede perderse de vista que de acuerdo a lo reglado en el artículo 2º de la Ley 393 de 1997 uno de los principios transversales a la acción de cumplimiento es precisamente la prevalencia del derecho sustancial en el que lo más importante es que el juez determine si los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico se han hecho efectivos o no.

Desde esta perspectiva no cabe duda que esta acción constitucional no tiene carácter adversarial, ni tampoco aboga por intereses subjetivos; por el contrario, como se explicó ampliamente en el capítulo 2º de esta providencia, el bien jurídico tutelado es la eficacia del ordenamiento jurídico y, por ende, ese es el móvil con el que el



juez tanto de primera, como de segunda instancia debe abordar una solicitud de cumplimiento.

En consecuencia, tal y como se precisó en los capítulos que preceden el juez debe dar plena aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial y valorar las pruebas que pretendan acreditar el cumplimiento de la ley.

Con fundamento en lo anterior y aunque no escapa a la Sala que la Fiscalía aportó pruebas por fuera del periodo que la ley estableció para el efecto, se estudiarán los medios de convicción aportados por dicha autoridad, pues a la larga lo que interesa al juez constitucional es determinar si el mandato se ha cumplido o no, ya que de nada valdría confirmar la orden dada por el *a quo*, si por ejemplo el deber ya se encuentra satisfecho.

En este orden de ideas, la Sección advierte que la entidad impugnante aportó:

- Copia de la estrategia de priorización y abordaje de integral de la violencia intrafamiliar-, documento en el que se establece un plan de trabajo para la investigación y judicialización del citado flagelo. En él se observa que uno de los pilares del plan es “*capacitar a los funcionarios a cargo de investigación de violencia intrafamiliar*”⁸⁷ en temas de enfoque de género. Especialmente capacitación a fiscales y asistentes de fiscales que tengan a su cargo feminicidio.

En la citada estrategia también se plantea, en la fase 1, la creación de una red de formadores en temas relacionados con la violencia basada en género.

- Copia del taller de grupo de experto formadores en violencia basada en género realizada el 2 de agosto de 2017 cuyo alcance fue las diferentes seccionales del país⁸⁸. En dicho documento también consta que para el año 2017 y 2018 se implementaran capacitaciones en todo el país⁸⁹ dirigidos a

⁸⁷ Folio 264

⁸⁸ Folio 273

⁸⁹ En el folio 275 obra copia de un cuadro en donde se identifica la zona del país y la fecha de capacitación en temas de violencia de género.



fiscales, funcionarios del área de protección y receptores de denuncia en violencia de género.

- Copia del “*formato informe final de la acción formativa*” realizada del 2 al 4 de agosto de 2017 en donde se especifica, entre otros, que los servidores capacitados fueron las fiscalías (fiscal-asistente), CTI y funcionarios de apoyo a la gestión en tema de violencia de género, violencia intrafamiliar, sexual y feminicidio⁹⁰.
- Cuadro sobre “*capacitación violencia feminicida*” realizada el 9 y 10 de noviembre de 2017.

Del análisis de las pruebas que preceden, la Sección concluye que la Fiscalía sí ha dado cumplimiento a la obligación a su cargo en el sentido de capacitar a los funcionarios que tengan asignados competencias en la prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, pues a quienes se les asignó esas funciones se le ha dado formación en los temas descritos en la norma.

Bajo este panorama, la Sala revocará el numeral 2º del fallo del 27 de octubre de 2017, habida cuenta que se demostró que la obligación ha sido atendida, no sin **antes exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que en próximas oportunidades allegue los medios probatorios dentro de la oportunidad legal correspondiente**, so pena de desquiciar el ordenamiento jurídico y la seguridad de las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales.

4. Conclusión:

Con fundamento en los argumentos que preceden la Sala:

4.1 Modificará el numeral 1º de la sentencia del 27 de octubre de 2017⁹¹ para determinar la orden según las obligaciones contenidas en el artículo 10 de la Ley 1761 de 2015-

⁹⁰ Folio 276 a 286

⁹¹ En el Numeral 1º se falló: “**PRIMERO: ACCÉDESE** a las pretensiones del medio de control cumplimiento, respecto del cumplimiento del artículo 10 por parte del Ministerio de Educación Nacional; en consecuencia, se le ordena dar cumplimiento a las obligaciones



4.2 Revocará el numeral 2º que ordenó a la Fiscalía General de la Nación dar aplicación al artículo 11 de la Ley 1761 de 2015, y en su lugar, negará las pretensiones de la demanda, por encontrarse acreditado el deber demandado.⁹² y

4.3 Confirmará en su integridad el numeral 3º de la citada providencia⁹³.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º de la sentencia del 27 de octubre de 2017 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección A ordenó al Ministerio de Educación Nacional el cumplimiento de lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1761 de 2015, el cual quedará así:

- Negar la acción de cumplimiento respecto a la primera parte del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015 relacionada con “*disponer lo necesario*” para implementar enfoque de género en las mallas curriculares, por no contener una obligación clara.
- Acceder a las pretensiones de la demanda respecto al cumplimiento del párrafo 1º del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015, y por consiguiente se ordena al Ministerio de Educación

previstas en dicha norma, en un término de seis (6) meses contado a partir de la ejecutoria de la presente providencia.”

⁹² En el numeral 2 el tribunal resolvió: “**SEGUNDO.- ACCÉDESE** las pretensiones del medio de control de cumplimiento respecto del cumplimiento del artículo 11, por parte de la Fiscalía General de la Nación; en consecuencia, se le ordena dar cumplimiento a la obligación prevista en dicha norma, en un término de (6) meses contado a partir de la ejecutoria de la presente providencia.”

⁹³ En el numeral 3 el tribunal dispuso: “**TERCERO.- NIÉGANSE** las demás pretensiones del medio de control de cumplimiento, respecto del cumplimiento de lo previsto en los artículos 9 (entidades: Defensoría del Pueblo, Ministerio de Justicia y del Derecho y Fiscalía General de la Nación); 11 (entidades: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y Ministerio de Justicia y del Derecho); y 12 (entidades: DANE e Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses) de la Ley 1761 de 2015; por las razones expuestas.”



que en un término de seis (6) meses contado a partir de la ejecutoria de la presente providencia:

- i) Establezca e implemente un mecanismo de monitoreo y evaluación permanente del proceso de incorporación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos y
 - ii) Entregue el informe anual correspondiente a los años 2017 a la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República de Colombia con los resultados del monitoreo y la evaluación.
- Negar la acción de cumplimiento respecto al parágrafo 2º del artículo 10 de la Ley 1761 de 2015 relacionado con iniciar la reglamentación de la citada normativa, comoquiera que se acreditó que dicho trámite ya inició.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 2º de la sentencia del 27 de octubre de 2017 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección A ordenó a la Fiscalía General de la Nación el cumplimiento de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1761 de 2015, y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR el numeral 3º de la sentencia del 27 de octubre de 2017 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección A que negó las pretensiones de la demanda respecto de las demás normas invocadas y autoridades accionadas.

CUARTO: DEVOLVER al tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente



ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

