



REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA SU-360 DE 2024

Referencia: expediente T-10.001.101¹

Asunto: acción de tutela instaurada por *Camila y Jorge* (como madre y padre de *Salomé*) en contra del Juzgado *Tres*², el Juzgado *Uno*, el Juzgado *Dos* y las fiscalías las fiscalías 49 Seccional y 34 Local de *Uno*

Tema: unificación de jurisprudencia en relación con: (i) la falta de consentimiento como ingrediente normativo constitutivo de violencia sexual; (ii) la diferenciación entre los tipos penales de injuria por vías de hecho y acto sexual violento y (iii) el deber de los jueces, en algunos casos, de realizar un control material más o menos amplio de los actos de imputación o acusación en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso

Magistrado ponente:
José Fernando Reyes Cuartas

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

¹ Debido a que este asunto se relaciona con la posible vulneración de los derechos fundamentales de una presunta víctima de delitos sexuales, se emitirán dos versiones de esta providencia. Una, en la que se anonimizará el nombre de la víctima, de sus padres y de cualquier otro dato que permita su identificación. Esta será la versión que se dispondrá para el público. Otra, que contendrá los datos reales, la cual formará parte del expediente para conocimiento exclusivo de las partes. Esto de conformidad a lo dispuesto por la Circular Interna 10 de 2022 de la Corte Constitucional.

² Las pretensiones de la tutela de tutela están dirigidas a controvertir, entre otros, las decisiones adoptadas por esta autoridad judicial durante las audiencias preliminares del proceso penal. No obstante, en el escrito de la demanda no se mencionó ese juzgado como entidad accionada. En el auto admisorio, el Tribunal *Cuatro* vinculó al Juzgado *Tres*. De este modo, la Corte Constitucional tiene por demandada a esa autoridad judicial.

En cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, la Sala Plena de la Corte Constitucional profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de dos fallos emitidos por el Tribunal *Cuatro* y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Aclaración previa. El presente asunto se relaciona con la probable comisión de un delito sexual en contra de una adolescente de quince años. Por la controversia planteada en sede de tutela y los problemas jurídicos a resolver, es necesario revisar la adecuación típica de la conducta. Esto demanda un análisis de los hechos -elemento objetivo del tipo-, estudio que se debe realizar con fundamento en las circunstancias fácticas que conforman el relato de la probable comisión del delito. La Corte Constitucional entiende que en la mayoría de los casos es posible omitir referencias a este tipo de particularidades para el asunto concreto. No obstante, la Sala Plena encuentra imperioso realizar dicha descripción con el objetivo de responder si este se adecúa al delito imputado por la Fiscalía General de la Nación (injuria por vías de hecho), siendo este el problema jurídico central que se plantea en sede de tutela.

Síntesis del caso

A la Corte Constitucional le correspondió revisar la acción de tutela que interpusieron *Camila y Jorge* (como madre y padre de *Salomé* -acción que después ratificó *Salomé*-) en contra de las fiscalías 49 Seccional y 34 Local de *Uno* y los juzgados *Tres, Uno y Dos*. Lo anterior, debido a que consideraron vulnerados los derechos fundamentales de su hija al debido proceso, la igualdad y no discriminación, los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual a la verdad, la justicia y la reparación integral de su hija.

La solicitud de amparo se motivó en las actuaciones desplegadas tanto por la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN) como por las autoridades judiciales en varios momentos procesales. Frente a la FGN, por la errada tipificación (injuria por vías de hecho) que realizó el ente acusador en contra de *Luis* por los hechos cometidos en contra de *Salomé* en 2018. En relación con las decisiones judiciales, por la negativa de diversos jueces penales tanto de tramitar como de decretar la nulidad del proceso penal derivado de la errada tipificación de la conducta que realizó la FGN. Por último, por la decisión del juez de conocimiento de ordenar la preclusión del proceso por la prescripción de la acción penal.

La Corte evidenció que era necesario verificar la descripción de los hechos jurídicamente relevantes con el fin de determinar si estos se adecúan, o no, a la descripción normativa del delito imputado al investigado por la FGN el 6 de noviembre de 2018. Para ello, inicialmente, la Sala Plena planteó dos problemas jurídicos. Por una parte, si la adecuación típica realizada por la FGN al investigado por el delito de injurias por vías de hecho desconoció los derechos a la verdad, justicia y reparación, el debido proceso, al acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de *Salomé*. Por otra parte, si la decisión del juez de control de garantías de no tramitar la solicitud presentada por el representante de la

víctima dirigida a realizar un control material al acto de acusación (equivalente al de imputación) por el delito de injuria por vías de hecho incurrió en los defectos procedimental por exceso ritual manifiesto, por desconocimiento del precedente constitucional y por violación directa de la Constitución.

La Corte también determinó que, por las objeciones planteadas por la parte actora y en caso de que la respuesta a los anteriores problemas jurídicos fuera negativa, sería necesario revisar dos asuntos adicionales. *Uno*, si tanto el juez de conocimiento como la autoridad judicial de segunda instancia incurrieron en los defectos por desconocimiento del precedente y por violación directa de la Constitución al negar y confirmar, respectivamente, el incidente de nulidad formulado por el representante de las víctimas. *Dos*, si tanto el juez de conocimiento como la autoridad judicial de segunda instancia incurrieron en los defectos sustantivo y por violación directa de la Constitución por declarar y confirmar, respectivamente, extinta la acción penal por prescripción.

La dogmática de la decisión se concentró en cuatro secciones. Sección 1: la protección especial a las niñas, los niños y los adolescentes en el Estado colombiano y la promoción de su interés superior como sujetos de especial protección constitucional reforzada. Sección 2: el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias. Sección 3: los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Sección 4: el incidente de nulidad en el proceso penal y la causal de nulidad por violación de las garantías fundamentales al acto de imputación o de acusación.

En el caso concreto, la Corte constató el cumplimiento de los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela en contra de los actos de parte de la FGN y de las providencias judiciales (incluidos los autos interlocutorios). Más adelante, la Sala Plena comprobó que la FGN vulneró los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de *Salomé* porque la adecuación típica de la conducta objeto de reproche no corresponde, en principio, con la descripción objetiva del tipo penal de injuria por vías de hecho. Esto a partir de la forma en la que se narraron los hechos por parte de la víctima en esa etapa temprana. Lo anterior, sin desconocer que la titularidad de la acción penal radica en cabeza de la FGN.

El tribunal constitucional también determinó que, en la audiencia del 6 de noviembre de 2018, el Juzgado *Tres* incurrió en los defectos: (i) procedimental por exceso ritual manifiesto, (ii) por desconocimiento del precedente constitucional y (iii) por violación directa de la Constitución. Esto por cinco razones. *Primero*, a pesar de que en el presente asunto estaba involucrada una adolescente de quince años -lo que imponía una obligación en el operador judicial de aplicar el principio constitucional *pro infans*- el juez omitió este deber. *Segundo*, aunque el precedente constitucional imponía la aplicación de la perspectiva de género en el presente asunto, el juez desconoció dicho deber. *Tercero*, si bien el precedente judicial habilita a los jueces penales a realizar un control material más o menos amplio de la imputación o de la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y la vulneración al debido proceso, el juez no lo hizo. *Cuarto*, aunque los hechos jurídicamente relevantes encuadran en la descripción del tipo penal de acto sexual violento, el juez no realizó una readecuación del tipo penal. *Quinto*, el juez omitió su obligación de analizar la magnitud de las consecuencias que tenía para la víctima que se continuara con

un proceso en el que potencialmente se había realizado una inadecuada calificación jurídica de la conducta punible. Todo lo anterior, demostró la configuración de violencia institucional en el presente caso.

Con fundamento en lo anterior, la Corte dejó sin efecto todo lo actuado a partir del traslado del escrito de acusación realizado el 6 de noviembre de 2018 por parte de la FGN al investigado por el delito de injuria por vías de hecho. En consecuencia, las actuaciones realizadas a partir de allí carecen de validez. Además, le ordenó al ente acusador y a la autoridad judicial de instancia que rehagan la actuación. Esto a partir de unos parámetros que respeten y se acompañen con el concurso de garantías constitucionales que rodean tanto al investigado como a la presunta víctima. La Corte aclaró que los términos de prescripción se contabilizarán de nuevo a partir del momento en que se realice la audiencia de formulación de imputación.

La Corte también ordenó la publicación de esta decisión (en su versión anonimizada) en las páginas *web* del Consejo Superior de la Judicatura y de la FGN. En razón a que la controversia involucra a un sujeto de especial protección constitucional reforzada, la Corte advirtió la necesidad de fijar el seguimiento a las órdenes proferidas en esta decisión. Para ello, le ordenó al juez de primera instancia de la acción de amparo el seguimiento al cumplimiento de la providencia.

La Sala Plena también ordenó la compulsa de copias ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de *Cinco* para que se investigue la posible mora judicial en que incurrieron el Juzgado *Uno* y el Juzgado *Dos*. A su vez, ordenó la compulsa de copias ante la Procuraduría General de la Nación para que, en el marco de sus competencias, investigue la presunta omisión de participación en el proceso judicial por parte de la Personería Municipal de *Uno*.

Finalmente, la Sala Plena llamó la atención a los juzgados Promiscuo del Circuito de *Uno* y Promiscuo Municipal de *Dos* y las fiscalías 49 Seccional y 34 Local de *Uno* para que, en lo sucesivo, apliquen tanto los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en los asuntos de su conocimiento como la obligación constitucional de atender a la perspectiva de género en sus decisiones, según las consideraciones expuestas en esta decisión.

Índice

Síntesis del caso	2
Índice.....	4
I. ANTECEDENTES	6
1. Hechos	6
2. La acción de tutela seleccionada para revisión	11
3. El trámite procesal y las sentencias objeto de revisión	13
4. Pruebas que obran en el expediente.....	16
5. Actuaciones en sede de revisión.....	16
II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	18
1. Competencia	18

2. Planteamiento de los problemas jurídicos y metodología de la decisión.....	18
3. La protección especial a las niñas, los niños y los adolescentes en el Estado colombiano y la promoción de su interés superior como sujetos de especial protección constitucional reforzada: reiteración de jurisprudencia	20
3.1. La protección de las niñas, los niños y los adolescentes contra toda forma de violencia	20
3.2. El principio pro infans como principio constitucional y como criterio hermenéutico de aplicación obligatoria para los jueces	23
4. El derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias: reiteración de jurisprudencia	24
4.1. La violencia institucional como un tipo de violencia de género	25
4.2. Las autoridades judiciales como garantes del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia	29
4.3. La dilación injustificada o mora judicial en casos de violencia contra las mujeres: una herramienta de violencia y misoginia judicial	
31	
5. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.....	35
5.1. El bien jurídico tutelado de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.....	36
5.2. Acto sexual violento	38
5.3. Unificación de jurisprudencia: la falta de consentimiento como un elemento normativo constitutivo de violencia sexual	42
5.4. El delito de injuria por vías de hecho.....	50
5.5. Diferenciación entre los tipos penales de injuria por vías de hecho y de acto sexual violento.....	51
6. El proceso penal y el incidente de nulidad: naturaleza, oportunidad y trámite.....	54
6.1. Conceptualización del procedimiento penal especial abreviado y diferenciación con el proceso penal ordinario	54
6.2. El incidente de nulidad en el proceso penal.....	55
6.3. El incidente de nulidad por violación de las garantías fundamentales al acto de imputación o de acusación	56
6.4. Unificación de jurisprudencia: la facultad de que el juez penal realice un control material más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso	60
7. Caso concreto	62
7.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales	63
Criterios generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales	64
7.2. La Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i> desconoció los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de <i>Salomé</i> , al imputarle a <i>Luis</i> el delito de injuria por vías de hecho	74
7.3. El Juzgado <i>Uno</i> incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, por violación directa de la Constitución y por desconocimiento del precedente judicial al no realizar un control	

material al acto de imputación realizado el 6 de noviembre de 2018 por la Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i> a <i>Luis</i> por el delito de injuria por vías de hecho	80
8. Órdenes a proferir	¡Error! Marcador no definido.
III. RESUELVE	92

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. El 14 de octubre de 2018, mientras se encontraba en una piscina de un *Centro Turístico*, *Salomé* de quince años, presuntamente fue víctima de actos sexuales violentos por parte de *Luis*. Según el relato que dio *Salomé* tanto a la Policía Nacional³, al *Hospital* -en el que fue atendida después de que tuvieron lugar los hechos denunciados- como a la FGN, mientras ella se encontraba de espaldas en una piscina, *Luis* “le había bajado la tanga de baño y le había metido las manos tocándole los glúteos”⁴, en donde sintió “unos dedos gruesos y que eran roñosos como callos”⁵. Ella se asustó, se volteó y “reaccionó empujándolo y diciéndole que por qué la tocaba, a lo que este ciudadano se sale de la piscina y se viste colocándose una camisa color blanco con rayas de color verde”⁶.

2. *Salomé* salió de la piscina a buscar a su familia para contarles lo sucedido: “a lo que el señor padre salió a buscarlo y lo había encontrado en el comedor del centro turístico (...) y mientras la policía llegaba este ciudadano [*Luis*] le manifestaba [al padre] que lo disculpara que no sabía por qué motivos lo había hecho”⁷.

3. Ese mismo día, el presunto agresor fue *capturado en flagrancia* por la Policía Nacional por “delitos sexuales”⁸. En el informe rendido por la Policía Nacional en casos de capturas en flagrancia se consignó que, al llegar al lugar de los hechos, una multitud de personas “manifestaban que el ciudadano le había bajado la tanga de baño y le había metido las manos tocándole los glúteos a una menor en la piscina”⁹.

4. *Audiencias preliminares*. El 15 de octubre de 2018, ante el Juzgado *Tres* se adelantaron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento a *Luis* ¹⁰. Como hechos jurídicamente relevantes, la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* mencionó los siguientes:

“El día de ayer, 14 de octubre de 2018, en horas de la tarde cuando la ofendida menor de edad de iniciales [anonimizado] se encontraba en

³ En el informe rendido por la Policía Nacional en casos de capturas en flagrancia.

⁴ Documento digital “01ExpedienteDigital1raInst.pdf” de la carpeta digital “Primera Instancia” que, a su vez, está contenido en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 82.

⁵ Ibid. p. 98.

⁶ Ibid. p. 82.

⁷ Ibid.

⁸ Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 81 a 83.

⁹ Documento digital “01ExpedienteDigital1raInst.pdf” de la carpeta digital “Primera Instancia” que, a su vez, está contenido en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 82.

¹⁰ Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 10 a 17.

compañía de su familia en el centro turístico [anonimizado] de la población de [Tres] consistente en que cuando ella estaba jugando con sus primos, ella iba a tomar agua caliente a un chorro que se encontraba en la mitad de la piscina, **en ese momento siente que le halan el cachetero que traía puesto y sitió que le metían la mano por dentro del cachetero en el centro de la cintura hacia abajo y en ese momento siente unos dedos gruesos que eran como roñosos**, que fue en un momento, como de unos cinco segundos, que ella reaccionó de manera rápida, ella se asusta al mirar a un señor mayor de edad que es desconocido que se encontraba con pantaloneta larga y sin camiseta y le dijo señor qué le pasa y lo empujó. El señor no le dice nada, la queda mirando a los ojos. Dice que ella miró que el señor, inmediatamente salió de la piscina, que se retiró de la misma, que se cambió y que estaba con una camisa verde a cuadros, y manifiesta que el papá cuando lo va a enfrentar al señor en el restaurante le pregunta a ella si este es el señor, la ofendida confirma sobre los hechos y manifiesta pues que le reclamaron esta situación al señor [Luis]¹¹ (negrilla fuera del texto original).

5. A partir de lo anterior, la Fiscalía formuló imputación en contra de *Luis* en los siguientes términos:

“Atendiendo el delito de acoso sexual y mirando detalladamente la sentencia caracteriza los delitos de injurias por vías de hecho, el delito de acoso sexual y el delito de acto sexual violento. Por tanto, pues atendiendo realmente el delito de acoso sexual y mirando de manera un poco detallada la sentencia, este delito se presenta cuando hay continuidad en el acoso en el asedio cuando hay reiteración en el mismo cuando los actos son persistentes y siempre habla de una actitud de fines sexuales no consentidos pero que deben ser de manera reiterada y por tanto la Fiscalía atendiendo realmente a los hechos y también pues al registro que hay con relación al tema de injuria por vías de hecho sobre todo en sitio de asistencia pública masiva, entonces la Fiscalía en esta oportunidad va a imputar el delito al señor [Luis] el tipo penal que trata del delito de injuria por vías de hecho”¹².

6. *Luis se allanó a los cargos imputados*. La defensa del investigado sostuvo que “los hechos están bastante claros y que respecto de la imputación jurídica que en este momento se hace, la defensa está de acuerdo con la misma”¹³. Además, el Juzgado impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad. A esta audiencia no asistió el Ministerio Público.

7. *Solicitud de nulidad formulada por la Fiscalía 49 Seccional de Uno*. El 19 de octubre de 2018, el ente acusador le solicitó al Juzgado *Tres* la *nulidad* por vicios de procedimiento tanto de la imputación como de la imposición de las medidas de aseguramiento en contra de *Luis*¹⁴. Esto motivado en que el trámite indicado para los *delitos querellables* -como lo es el tipo penal de injuria por vías de hecho- corresponde al procedimiento abreviado y no al procedimiento ordinario (a través del cual se había adelantado la causa).

¹¹ Audio de la audiencia celebrada el 15 de octubre de 2018 (minuto 2:29:38 a 2:32:18).

¹² Audio de la audiencia celebrada el 15 de octubre de 2018 (minuto 2:34:36 a 2:36:34).

¹³ Audio de la audiencia celebrada el 15 de octubre de 2018 (minuto 2:44:49 a 2:45:17).

¹⁴ Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 29 a 31.

8. *Adecuación del proceso penal al procedimiento abreviado.* En audiencia realizada el 6 de noviembre de 2018, el Juzgado *Tres* anuló la audiencia de formulación de imputación y revocó las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad impuestas a *Luis* y que fueron decretadas en la audiencia del 15 de octubre de 2018. La autoridad judicial consideró que se vulneraron los derechos al debido proceso y la defensa del investigado porque el proceso se tramitó a través de un procedimiento distinto al que debió haberse adelantado la causa (al ser el delito de injuria por vías de hecho un delito querellable, el procedimiento aplicable era el abreviado)¹⁵. Adicionalmente, el juez recordó que en este tipo de procedimiento no existe la audiencia de formulación de imputación y, en consecuencia, no podía adelantarse ese trámite ni existía la posibilidad de convalidarse¹⁶. Acto seguido, el Juzgado reinició el proceso a través del procedimiento abreviado¹⁷.

9. *Traslado del escrito de acusación.* La Fiscalía solicitó la suspensión de la audiencia para realizar el traslado del escrito de acusación¹⁸. El juez suspendió la audiencia para que el ente acusador realizara tanto el traslado del escrito de acusación (equivalente a la imputación¹⁹) al imputado y a las partes, como la audiencia de conciliación entre la víctima y el presunto agresor (esta última fracasó). Al reanudarse la audiencia, la Fiscalía adujo que *Luis* aceptó los cargos²⁰.

10. *Pronunciamiento del representante de la víctima frente al delito imputado al investigado.* Una vez se reanudó la audiencia del 6 de noviembre de 2018, el representante de la víctima le manifestó al juez que la familia de *Salomé* no estaba de acuerdo con la imputación porque “exist[ía]n inconsistencias entre los hechos y la adecuación típica según los EMP, toda vez que lo que se configura es el delito de acto sexual violento y no el delito de injuria por vías de hecho”²¹. Frente a dicha manifestación, el juez consideró que “el traslado del escrito de acusación es un acto que la Fiscalía cumple en ejercicio de la titularidad de la acción penal y no le cabe al Juzgado hacer ninguna manifestación ni tomar alguna determinación al respecto”²². Adicionalmente, la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* indicó que “los hechos narrados de manera clara, directa por la adolescente ofendida dan cuenta de los hechos que son adecuados por la Fiscalía en turno de disponibilidad como injuria por vías de hecho, toda vez que para un delito de actos sexuales violentos la fiscalía requiere una prueba de la violencia, violencia física o psicológica, y como es unos hechos en flagrancia, la fiscalía no cuenta con los mismos”²³.

11. Por último, el juez le informó al imputado que el traslado del escrito de acusación interrumpía la prescripción de la acción penal²⁴. A esta audiencia tampoco asistió el Ministerio Público.

¹⁵ Ibid. p. 40 a 50.

¹⁶ Audio de la audiencia celebrada el 6 de noviembre de 2018 (minuto 35:35).

¹⁷ Ley 1226 de 2017.

¹⁸ Ley 906 de 2004 (artículo 536).

¹⁹ Ley 906 de 2004 (artículo 536).

²⁰ Audio de la audiencia celebrada el 6 de noviembre de 2018 (minuto 54:43).

²¹ Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 47.

²² Ibid. p. 48.

²³ Audio de la audiencia celebrada el 6 de noviembre de 2018 (minuto 1:14:55 a 1:15:36).

²⁴ Ibid. p. 48.

12. *Imposición de medidas de aseguramiento*²⁵. En la audiencia del 6 de noviembre de 2018, el Juzgado Tres a Luis las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad contempladas en el artículo 307.b. (numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9) de la Ley 906 de 2004.

13. *Audiencia de verificación de allanamiento y sentencia (solicitud de nulidad formulada por el representante de la víctima a la imputación realizada al investigado)*. El 15 de agosto de 2019, el Juzgado Dos adelantó la audiencia de verificación de allanamiento y sentencia en contra de Luis²⁶. En esta etapa, nuevamente el defensor de la víctima planteó la inconformidad de la familia de la víctima con el delito imputado y solicitó la nulidad de lo actuado por la vulneración de los derechos fundamentales de su representada. La solicitud se motivó en que a la víctima no se le citó a esa audiencia y no se le permitió controvertir el tipo penal imputado (ya que el investigado aceptó cargos por el delito de injuria por vías de hecho, a pesar de que existió un delito sexual). La Fiscalía 34 Local de Uno se opuso a la solicitud de nulidad debido a que los elementos materiales probatorios eran suficientes para imputar el delito de injuria por vías de hecho. La audiencia fue suspendida²⁷. A esta diligencia no asistió el representante del Ministerio Público.

14. *Segunda solicitud de nulidad formulada por el representante de la víctima*. El 29 de enero de 2020, el Juzgado Dos reanudó la audiencia de verificación de allanamiento y sentencia en contra de Luis. Por segunda vez, el defensor de la víctima planteó la nulidad del proceso por la vulneración de los derechos fundamentales de Salomé. Tanto la Fiscalía 34 Local de Uno como la defensa estuvieron en contra de la petición. El Juzgado negó el incidente porque Luis aceptó cargos por el delito de injuria por vías de hecho. El representante de la víctima interpuso recurso de apelación en contra de esta determinación. A esta audiencia no asistió el representante del Ministerio Público.

15. En audiencia celebrada el 8 de mayo de 2020, el Juzgado Uno confirmó la decisión del 29 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Dos²⁸. El juez de segunda instancia consideró que se había perdido la oportunidad procesal para solicitar la nulidad porque el representante de la víctima no había planteado el incidente en la audiencia celebrada el 6 de noviembre de 2018.

16. *Acción de tutela previa a la que se revisa*. El 9 de noviembre de 2020, Camila y Jorge (como representantes legales de Salomé) interpusieron una acción de tutela en contra del Juzgado Uno, el Juzgado Dos y la Fiscalía 49 Seccional de Uno²⁹. Esto por la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y no discriminación, los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y los derechos de las mujeres víctimas de violencia

²⁵ Según el artículo 536 de la Ley 906 de 2004, en el trámite del procedimiento abreviado, el traslado del escrito de acusación no se debe realizar en audiencia. No obstante, conforme el artículo 537 de la Ley 906 de 2004, el traslado del escrito de acusación se debe realizar en audiencia cuando la Fiscalía solicite la imposición de medidas de aseguramiento. En el presente asunto, la Fiscalía solicitó la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad en contra del investigado (dispuestas en el artículo 307.b. numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9 de la Ley 906 de 2004).

²⁶ Ibid. p. 168.

²⁷ No hay información en el expediente de la que se pueda inferir la justificación de la suspensión de la audiencia.

²⁸ Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “000Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 9 a 17.

²⁹ Documento digital “DEMANDA DE TUTELA 114315” del expediente digital T-[anonimizado].

sexual a la verdad, la justicia y la reparación integral. Los accionantes solicitaron dejar sin efectos tanto el acto de traslado del escrito de acusación llevado a cabo el 6 de noviembre de 2018 como la medida de aseguramiento no privativa de la libertad decretada en contra de *Luis*.

17. Por Sentencia del 24 de noviembre de 2020, el Tribunal *Cuatro declaró improcedente la solicitud de amparo*³⁰. Para el juez de primer grado, como no se había surtido la audiencia de verificación de allanamiento y sentencia -contra la que procedían los recursos de apelación y de casación- había etapas procesales en las que se podía plantear el incidente de nulidad. A su vez, el operador judicial no evidenció ningún perjuicio irremediable para la víctima. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia *confirmó la decisión*³¹.

18. *Declaración de la extinción de la acción penal por prescripción*. El 9 de agosto de 2022, el Juzgado *Dos* reanudó la audiencia de verificación de allanamiento y sentencia en contra de *Luis*³². En la diligencia, el operador judicial *declaró extinta la acción penal por prescripción* y, en consecuencia, precluyó la actuación adelantada en contra del investigado. Contra esta decisión, el representante de la víctima interpuso el recurso de apelación³³.

19. En providencia del 26 de abril de 2023, el Juzgado *Uno* confirmó la decisión proferida el 9 de agosto de 2022 por el Juzgado *Dos*³⁴. La jueza planteó como elementos del caso los siguientes:

Circunstancias de tiempo:	El día 14 de octubre de 2018 alrededor de las 3:00 PM de dicho día.
Circunstancias de lugar:	En los baños termales de las instalaciones del Centro Turístico [anonimizado], piscina principal, en el “chorro” ubicado en el centro de la piscina.
Circunstancias de modo:	El procesado, estando bajo el agua haló el cachetero que tenía puesto la ofendida, quien sintió que le metieron la mano por dentro del cachetero por el centro de la cintura donde queda el coxis, en medio de las nalgas, sintió dedos grandes y roñosos, acción que duró aproximadamente cinco (5) segundos, puesto que

³⁰ Documento digital “SENTENCIA SEGUNDA 114315” del expediente digital T-[anonimizado].

³¹ En Auto del 30 de julio de 2021, la Sala de Selección No. Siete de la Corte Constitucional decidió no seleccionar para revisión el expediente contentivo a esta acción de tutela (radicado [anonimizado]).

³² Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 22 a 25.

³³ El representante de la víctima sustentó el recurso en los siguientes argumentos: (i) se debe considerar la suspensión de los términos procesales derivado de los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura con ocasión de la pandemia por la COVID-19, que afectaron el desarrollo de los términos judiciales durante 2020; (ii) la fiscalía imputó un delito que no se ajusta a la conducta desplegada por el procesado, por cuanto se afectó la libertad e integridad sexuales de una adolescente, y no solamente su integridad moral -como bien jurídico tutelado-; (iii) se debe verificar la inactividad judicial evidenciada entre 2020 y 2022, y que fue solo a través de la solicitud formulada por el representante judicial de la víctima que se reanudó el proceso, y (iv) se llevó a cabo una aplicación de un precepto normativo de forma objetiva y exegética, sin tener en cuenta las particularidades del caso (i.e. la pandemia por la COVID-19, la suspensión de los términos derivado de la emergencia sanitaria y los derechos de las víctimas). Cfr. Documento digital “015AutoEscrito.pdf” de la carpeta digital “C04ApelacionAuto” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “segunda instancia” que, a su vez, se encuentra en la carpeta “[anonimizado]”, p. 4.

³⁴ Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 45 a 57.

	reaccionó rápido, y al voltear a ver la ofendida se asusta y mira al procesado al que describe como un señor de edad, desconocido.
Sujeto pasivo:	La adolescente de iniciales [anonimizado] de 15 años de edad para la época de los hechos.

Fuente: Auto del 26 de abril de 2023 proferido por el Juzgado *Uno*

20. A partir de lo anterior, la jueza de segunda instancia consideró que *no había ningún error en la imputación porque no era posible adecuar la conducta a ningún delito sexual*. Esto por varias razones. *Primero*, como la víctima no era una persona menor de catorce años, no había lugar a contemplar el delito de acto sexual abusivo. *Segundo*, no se trataba de un acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir porque del núcleo factual no se evidenciaba que la presunta víctima estuviera en la incapacidad de resistir³⁵. *Tercero*, la conducta no se encuadraba en el tipo penal de acoso sexual porque no se desplegaron conductas de acoso, persecución, hostigamiento o asedio, sea físico o verbal con fines sexuales no consentidos. Adicionalmente, porque *“la acción no duró más de cinco (5) segundos”*³⁶.

21. *Cuarto*, tampoco era posible imputar el delito de acto sexual violento porque el investigado no había ejercido violencia hacia la víctima. La operadora judicial argumentó lo siguiente:

“El artículo 11 de la ley 1719 de 2014, entiende por violencia “(...) el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”, elementos que no se evidencian del núcleo fáctico de los hechos por los cuales se investiga”³⁷.

22. Finalmente, el Juzgado *Uno* compulsó copias ante el Juzgado *Dos* por la inactividad del proceso por parte de los funcionarios judiciales vinculados en ese despacho (verificada entre el 13 de mayo de 2020 y hasta el 4 de agosto de 2022).

2. La acción de tutela seleccionada para revisión

23. El 24 de octubre de 2023, la madre y el padre de *Salomé* interpusieron una acción de tutela en contra de uno de los actos de parte realizados por la FGN y varias decisiones judiciales adoptadas en el proceso penal. Para mayor comprensión, las actuaciones procesales y judiciales se sintetizan en la *Tabla 1*.

Tabla 1. Síntesis de los actos de parte y las decisiones judiciales atacadas en la acción de tutela		
Fecha	Autoridad que la profiere	Determinación

³⁵ Porque no se encontraba en estado de inconsciencia, padeciera trastorno mental o estuviera en incapacidad de resistir.
³⁶ Ibid. p. 53.
³⁷ Ibid. p. 54.

6 de noviembre de 2018	Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i>	<u>Acto de parte</u> : adecuación típica que realizó la Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i> por los hechos denunciados por la víctima, la cual se concretó en la acusación a <i>Luis</i> por el delito de injuria por vías de hecho
6 de noviembre de 2018	Juzgado <i>Tres</i>	<u>Decisión judicial</u> : no tramitar la solicitud presentada por el representante de la víctima dirigida a realizar un control material al acto de acusación (equivalente a la imputación) formulada por la Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i> a <i>Luis</i> por el delito de injuria por vías de hecho
29 de enero de 2020	Juzgado <i>Dos</i>	<u>Decisión judicial</u> : negó la solicitud de nulidad formulada por el representante de las víctimas al acto de acusación (equivalente a la imputación) realizado por la Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i> en contra de <i>Luis</i> por el delito de injuria por vías de hecho
8 de mayo de 2020	Juzgado <i>Uno</i>	<u>Decisión judicial</u> : confirmó la decisión del 29 de enero de 2020 proferida por el Juzgado <i>Dos</i>
9 de agosto de 2022	Juzgado <i>Dos</i>	<u>Decisión judicial</u> : declaró extinta la acción penal por prescripción
26 de abril de 2023	Juzgado <i>Uno</i>	<u>Decisión judicial</u> : confirmó la decisión del 9 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Promiscuo <i>Dos</i>

24. La parte demandante expuso varios argumentos para respaldar su afirmación.

25. *Primero*, desde el inicio del proceso penal, el representante de su hija manifestó su desacuerdo tanto con el tipo penal imputado al investigado como con la falta de citación de la víctima a la audiencia de allanamiento y la sentencia en contra del presunto agresor. *Segundo*, la circunstancia de violencia en la conducta punible se podía extraer de la información aportada por la víctima al proceso. En concreto, la parte actora adujo que “*los tocamientos no fueron consentidos y se realizaron de manera furtiva, aprovechando la distracción de la víctima y mediante la fuerza*”³⁸. *Tercero*, el espacio temporal narrado por la víctima no podía desvirtuar la violencia con la que se realizaron las conductas delictivas por parte del investigado. Además, la jurisprudencia ha establecido que el espacio temporal de los tocamientos no es el único criterio por analizar en los casos de delitos sexuales.

26. *Cuarto*, indicó que, en el presente asunto, se había configurado el fenómeno de *ineficacia judicial* porque “los hechos de violencia sexual constitutivos de actos sexuales violentos se califican bajo un tipo penal que nada tiene que ver con la conducta y que desconoce tanto el relato de la víctima

³⁸ Documento digital “0002Demanda.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 7.

como sus derechos al debido proceso y al acceso a la justicia”³⁹. La parte accionante también manifestó que, en el caso bajo estudio, se evidenciaba *una tolerancia estatal a la violencia contra las mujeres constitutiva de violencia institucional*⁴⁰. Y que la tipificación realizada era “un mensaje social de aceptación estatal a la violencia, por cuanto al fallar la calificación por una conducta punible donde la pena a imponer es sumamente menor, se está enviando un mensaje de impunidad de las mismas, generando de un lado, violación directa a los derechos de las víctimas en el proceso como aceptación social y judicial de las mismas”⁴¹.

27. Por otro lado, quienes demandan adujeron que las precitadas decisiones desconocían el precedente tanto de la jurisdicción ordinaria como de la Corte Constitucional en la materia. Puntualmente, mencionaron tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia en las que se resolvió en qué casos el juez penal puede modificar la adecuación jurídica de la conducta⁴². Además, otra providencia de esa misma corporación en la que se diferenció entre el tipo penal de acto sexual violento con el de injuria por vías de hecho⁴³. Por último, la Sentencia SU-479 de 2019 en la que se estableció que los jueces penales deben garantizar los derechos constitucionales de las partes, y la Sentencia C-335 de 2013 en la que se definió que la violencia contra la mujer constituye cualquier vulneración contra sus derechos humanos.

28. A partir de lo anterior, solicitaron la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y no discriminación, los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual a la verdad, la justicia y la reparación integral de su hija. En consecuencia, pidieron que se dejaran sin efectos tanto las decisiones de preclusión proferidas por los juzgados *Dos* (9 de agosto de 2022) y *Uno* (26 de abril de 2023) así como las demás decisiones judiciales expedidas en el presente caso. Por último, requirieron que se le ordenara a la FGN (a través de la Dirección Seccional de Fiscalías de *Cuatro* y la Fiscalía 34 Local de *Uno*) que adelantaran una investigación congruente con el relato de la víctima y con perspectiva de género e infancia y adolescencia, la cual condujera a una imputación por el delito de acto sexual violento.

3. El trámite procesal y las sentencias objeto de revisión

29. Por Auto del 25 de octubre de 2023⁴⁴, el Tribunal *Cuatro* avocó el conocimiento de la acción constitucional de la referencia; vinculó al Juzgado

³⁹ Ibid. p. 12.

⁴⁰ Los accionantes citaron una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en la que se destacó que “la tolerancia estatal es una pauta sistemática en relación con la violencia contra las mujeres, que perpetua las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”. Corte IDH. Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205. A su vez, los actores mencionaron el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). CIDH. Informe N° 54/01 *Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*. 16 de abril de 2001.

⁴¹ Documento digital “0002Demanda.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 12.

⁴² Con base en las decisiones de Corte Suprema de Justicia. SP9853-2014 (Radicado 40871), SP13939-2014 del 15 de octubre de 2014 y SP3723-2018 (Radicado 51551).

⁴³ Sentencia del 30 de noviembre de 2016 (radicado 45589).

⁴⁴ Documento digital “0013AutoAdmite.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”.

Tres; le corrió traslado a las accionadas y le solicitó a *Salomé* la ratificación de las pretensiones de la acción de amparo.

30. Mediante oficio del 26 de octubre de 2023, *Salomé* ratificó tanto los hechos como las pretensiones de amparo⁴⁵.

31. A través de correo electrónico del 26 de octubre de 2023, el Juzgado *Uno* respondió la acción de tutela y solicitó su improcedencia. En concreto, esa autoridad judicial reiteró su decisión del 26 de abril de 2023. En relación con la perspectiva de género que se predica de los casos en los que hay mujeres víctimas de violencia sexual, la operadora judicial señaló que esta garantía *no aplica de forma automática en todos los casos*, y que, en el caso bajo análisis, siempre se le ha creído a la víctima. La jueza también manifestó que no se satisfacía el criterio de legitimación en la causa por activa porque *Salomé* es mayor de edad y los actores no señalaron actuar como agentes oficiosos de su hija. Finalmente, la jueza adujo que los accionantes utilizaron la acción de tutela como una tercera instancia. Y que estos no habían argumentado con suficiencia por qué se debía modificar la tipificación de la conducta de *Luis*.

32. El Juzgado *Tres* contestó la acción de tutela y solicitó que se negaran las pretensiones de amparo⁴⁶. Esa autoridad judicial ratificó sus actuaciones dentro del proceso penal. El despacho reiteró su presunta imposibilidad para realizar alguna manifestación, advertencia, intervención o participación frente a la acusación que realizó la Fiscalía a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho.

33. La Fiscalía 34 Local de *Uno* respondió la acción de tutela⁴⁷. La Fiscalía adujo que el amparo era improcedente porque no se satisfacía la legitimación en la causa por activa porque *Salomé* era mayor de edad. A su vez, porque no se satisfacía la inmediatez debido a que los accionantes tardaron casi *cinco meses* en presentar la demanda de tutela. Por último, porque no se acreditaba la subsidiariedad ya que la acción era una tercera instancia.

34. El Juzgado *Dos* respondió la acción de tutela y solicitó su improcedencia⁴⁸. Ratificó sus actuaciones dentro del proceso penal; adujo que la demanda de amparo no satisfizo los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁴⁹. Expresó que en el presente asunto se configuraba el fenómeno de la tutela temeraria⁵⁰.

35. El representante judicial de la víctima contestó la acción de tutela y ratificó las pretensiones de la demanda⁵¹.

⁴⁵ Documento digital “0021RemiteOficioRatificacion.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 2.

⁴⁶ En correo electrónico del 26 de octubre de 2023. Cfr. Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”.

⁴⁷ Por correo electrónico del 26 de octubre de 2023. Cfr. Documento digital “0030RptaFiscalia34Local.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”.

⁴⁸ Mediante correo electrónico del 27 de octubre de 2023. Cfr. Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”.

⁴⁹ Ibid. p. 5.

⁵⁰ Ibid. p. 5.

⁵¹ A través de correo electrónico del 30 de octubre de 2023. Cfr. Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”.

36. *Primera instancia*⁵². En providencia del 2 de noviembre de 2023, el Tribunal *Cuatro* declaró improcedente la acción de tutela. Enfatizó en que la demanda carecía de relevancia constitucional y adujo que no había lugar a hablar de perspectiva de género⁵³.

37. *Impugnación*⁵⁴. La madre, el padre y *Salomé* impugnaron el fallo de primera instancia. Consideraron que los derechos de *Salomé* habían sido trasgredidos por todas las autoridades judiciales involucradas en el proceso, pues, se le sugirió agotar todo el procedimiento penal para exponer su nulidad; sin embargo, por la inactividad judicial se precluyó el proceso. Igualmente porque: (i) se judicializó un delito que no está acorde con los hechos jurídicamente relevantes; (ii) se profirieron decisiones judiciales que se apartaron de los precedentes de las altas Cortes; (iii) su cuerpo había sido cosificado⁵⁵; (iv) el juez que presidió la audiencia en la que se hizo el traslado del escrito de acusación omitió su deber de pronunciarse cuando advirtió la vulneración de sus derechos fundamentales (i.e. debido proceso e igualdad), y (v) la petición de amparo sí tenía relevancia constitucional porque es necesario:

“Considerar el estudio de las capacidades de los jueces de conocimiento en ejercicio de control frente a un acto exclusivo del ente acusador que corresponde al análisis de tipicidad (en la formulación de acusación) respecto de la debida congruencia de lo factico (sic) con lo jurídico; las herramientas de las víctimas en protección de sus derechos en procedimiento abreviado frente a la formulación de acusación; la delimitación y conceptualización de los delitos de injurias de vías de hecho y los consagrados en el título IV (delitos sexuales) del Código Penal, especialmente, el delito de acto sexual violento en adolescentes (o mayores de catorce años en el contexto de escenarios públicos de diversión y de gran concurrencia por adultos y NNA y; conceptualización de los bienes jurídicos tutelados de honra (injurias por vías de hecho) y la dignidad, libertad, integridad y debida formación sexual (delitos sexuales); el fenómeno de preclusión en delitos cometidos contra adolescentes; entre otras”⁵⁶.

38. Por último, (vi) la parte accionante señaló que su solicitud para que las autoridades judiciales revisaran el asunto con perspectiva de género no era caprichosa, sino que obedecía al derecho como mujer de *Salomé*.

39. *Segunda instancia*. Por sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia modificó la decisión de primer grado y negó el amparo de las pretensiones relacionadas con el auto que confirmó la decisión de la prescripción de la acción penal⁵⁷. Consideró que esa decisión estuvo debidamente motivada. La Sala Penal sostuvo que era razonable el argumento relacionado con la imposibilidad de suspender los términos para contabilizar dicha prescripción con base en los acuerdos emanados del Consejo Superior de la Judicatura por la emergencia social decretada por la COVID 19.

⁵² Documento digital “0035SentenciaTutela.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”.

⁵³ Ibid. p. 17.

⁵⁴ Documento digital “0038Impugnacion.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”.

⁵⁵ Ibid. p. 3.

⁵⁶ Ibid. p. 6.

⁵⁷ Proferidos el 9 de agosto de 2022 y 26 de abril de 2023 por el Juzgado *Dos* y el Juzgado *Uno*, respectivamente.

Adicionalmente, esa corporación adujo que no se evidenciaba ningún *sesgo cognitivo o prejuicios de género* porque el Tribunal *Cuatro* resolvió en debida forma los reproches relacionados con la presunta indebida tipificación de la conducta. Respecto de las demás pretensiones de amparo, la Corte Suprema determinó que frente a ellas se configuraba la figura de la temeridad.

4. Pruebas que obran en el expediente

40. Solo obran como documentos en el expediente las piezas procesales referenciadas previamente (escrito de tutela, contestación de las entidades accionadas y fallos de instancia).

5. Actuaciones en sede de revisión

41. Por Auto del 22 de marzo de 2024 y notificado el 15 de abril de 2024, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional seleccionó el presente asunto para revisión. Conforme el numeral vigésimo cuarto de la precitada providencia, el expediente fue asignado a la Sala Novena de Revisión.

42. Mediante Auto del 23 de abril de 2024, la Corte Constitucional decretó la práctica de algunas pruebas encaminadas a tener mayores elementos de juicio para resolver el presente asunto. En la decisión se les solicitó a las autoridades judiciales de instancia la remisión de los expedientes tanto del proceso de tutela como del proceso penal. Asimismo, se le solicitó a *Salomé* que, si lo deseaba, podía remitirle un oficio a este despacho en el que manifestara lo que considerara necesario o pertinente para el estudio del caso.

43. Una vez vencido el término probatorio, el despacho sustanciador recibió información del Juzgado *Uno*, del Juzgado *Tres* y del Tribunal *Cuatro*. *Salomé* guardó silencio.

44. En sesión del 5 de junio de 2024, la Sala Plena asumió el conocimiento del presente asunto. Lo anterior, fue formalizado a través del Auto del 17 de junio de 2024.

45. A través de Auto del 25 de junio de 2024, el magistrado sustanciador vinculó al trámite de tutela a *Luis* a fin de que se pronunciara sobre el expediente de la referencia. En igual sentido, se le ordenó al Congreso de la República que emitiera una certificación relacionada con la existencia, o no, de proyectos de ley en curso dirigidos a eliminar la injuria como delito de la codificación penal. Asimismo, le formuló varios cuestionamientos a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los derechos de la Infancia, adolescencia, familia y mujeres, a la Defensoría del Pueblo, a varias organizaciones no gubernamentales que tienen como objeto social la protección de los derechos de las mujeres y a las facultades de derecho de varias universidades a nivel nacional, entre otros.

46. Con oficio recibido en el despacho del magistrado sustanciador el 8 de julio de 2024, la Defensoría del Pueblo indicó que no había expedido ninguna directriz relacionada con la participación de esa entidad en los procesos penales en los que estén involucradas las personas menores de 18 años⁵⁸.

⁵⁸ Documento digital “INFORMEDELEGADAINFANCIA.Pdf”.

47. A través de correo electrónico recibido en el despacho del magistrado ponente el 8 de julio de 2024, el Congreso de la República manifestó que remitía el oficio SLE-CS-577-2024 a través del cual certificaba si en el último cuatrienio se habían presentado iniciativas legislativas dirigidas a eliminar el artículo 226 del Código Penal. No obstante, no se adjuntó dicho documento.

48. Mediante correo electrónico recibido en el despacho del magistrado sustanciador el 10 de julio de 2024, la personera municipal de *Uno* respondió el Auto del 25 de junio de 2024⁵⁹. En concreto, mencionó el marco normativo que impone la participación del Ministerio Público en los procesos penales en los que las presuntas víctimas sean los niños, las niñas y los adolescentes, así como las reglas concretas que delegan en las personerías municipales dicha función.

49. De otro lado, la personera indicó el nombre de la servidora pública que fungió como personera municipal durante el transcurso del proceso penal. Asimismo, que las posibles causas para no participar en las diligencias de la causa podrían ser la falta de notificación o la carga laboral del despacho debido a que solo existen dos funcionarios en la Personería del municipio.

50. En correo electrónico recibido el 11 de julio de 2024, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal dio respuesta a las preguntas formuladas a través del Auto del 25 de junio de 2024⁶⁰. De este concepto se extrae la definición de violencia en el contexto de los delitos sexuales, las diferencias entre los delitos contenidos en los artículos 206 y 210 del Código Penal, y la necesidad de la falta de consentimiento de la víctima de delitos sexuales como un elemento determinante para la configuración del delito de acto sexual violento tipificado en el artículo 206 del Código Penal.

51. Con correo electrónico recibido en el despacho del magistrado sustanciador el 23 de julio de 2024, la Fundación Jacarandas dio respuesta a las preguntas formuladas a través del Auto del 25 de junio de 2024⁶¹. En concreto, explicó su objeto social, hizo un resumen del caso y mencionó varios conceptos. Por una parte, con base tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como de varios organismos internacionales de protección de los derechos humanos, indicó que la falta de consentimiento en los delitos sexuales constituye violencia “la integridad sexual de una persona depende completamente de que todos los actos que desarrolle en este ámbito sean consentidos de manera libre y, por tanto, sean expresión de su autonomía sexual. Es decir, el fundamento del *actus reus* del delito no es la «coacción, fuerza, o amenaza del uso de fuerza», sino en la ausencia de consentimiento: «en la cual dicha penetración ocurre sin el consentimiento de la víctima»⁶². Por otra parte, que la falta de consentimiento de la víctima en el contexto de los delitos sexuales es un elemento determinante para la configuración de los delitos de acto sexual violento y de acto sexual abusivo con incapaz de resistir tipificado en los artículos 206 y 210, respectivamente, del Código Penal.

52. *Luis* guardó silencio.

⁵⁹ Documento digital “RESPUESTA VINCULACION H. CORTE CONSTITUCIONAL.pdf”.

⁶⁰ Documento digital “Consulta Corte Constitucional.pdf”.

⁶¹ Documento digital “Intervencion Jacarandas T-10.001.101 Violencia Sexual.pdf”.

⁶² Ibid. p. 7.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

6. Competencia

53. De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para analizar los fallos materia de revisión.

7. Planteamiento de los problemas jurídicos⁶³ y metodología de la decisión

54. La Sala Plena constata que el eje central de la controversia planteada por la parte actora versa sobre la adecuación típica de la conducta que realizó la FGN a los presuntos actos ejecutados por *Luis* en contra de *Salomé* el 14 de octubre de 2018. De este modo, es necesario verificar la descripción de los hechos jurídicamente relevantes con el fin de determinar si estos se podrían adecuar, o no, a la descripción objetiva del delito imputado por la FGN el 6 de noviembre de 2018.

55. La adecuación típica efectuada por la FGN -injuria por vías de hecho- fue objeto de acción de amparo. Adicionalmente, varios de los momentos procesales cuestionados a través de la acción de tutela están materializados en decisiones judiciales. Por ello, inicialmente, le corresponde a la Sala Plena determinar si la acción de tutela interpuesta por *Salomé* satisface los requisitos generales de procedibilidad contra providencias judiciales (concretamente contra autos interlocutorios). En caso de ser procedente, será preciso responder los siguientes problemas jurídicos:

56. ¿La Fiscalía 49 Seccional de *Uno* desconoció los derechos a la verdad, justicia y reparación, el debido proceso, al acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de *Salomé* al imputarle a *Luis* el delito de injuria por vías de hecho a pesar de que la conducta presuntamente realizada por el investigado en contra de la actora el 14 de octubre de 2018 se podría adecuar en la descripción del tipo penal de acto sexual violento?

57. ¿El Juzgado *Tres* incurrió en los defectos procedimental por exceso ritual manifiesto, por desconocimiento del precedente y por violación directa de la Constitución al no realizar un control material al tipo penal de injurias por vía de hecho imputado por la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* el 6 de noviembre de 2018 a *Luis*?

58. En caso de que la Corte encuentre que, en el presente asunto, la respuesta a los dos problemas jurídicos anteriores sea negativa, se procederá a analizar lo siguiente:

⁶³ En el presente asunto, la parte accionante no mencionó de manera taxativa la configuración de algún defecto contra providencias judiciales. No obstante, la Sala Plena aplicará el principio *iura novit curia* el cual le permite al juez determinar el derecho aplicable a una controversia sin consideración a las normas invocadas por las partes. Esta decisión está justificada en que de la lectura de los argumentos plasmados en la demanda se extrae claramente los tres defectos invocados por la parte demandante. Adicionalmente, y por la descripción de los hechos narrados por la parte actora, la Sala Plena ha decidido pronunciarse de oficio sobre el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

59. ¿El Juzgado Promiscuo *Dos* y el Juzgado *Uno* incurrieron en un defecto por desconocimiento del precedente y por violación directa de la Constitución con las decisiones del 29 de enero de 2020 y del 8 de mayo de 2020 que negó y confirmó, respectivamente, la solicitud de nulidad formulada por el representante de las víctimas dentro del proceso penal con radicado 123456789?

60. ¿El Juzgado *Dos* y el Juzgado *Uno* incurrieron en un defecto sustantivo con las decisiones del 9 de agosto de 2022 y del 26 de abril de 2023 que declaró extinta la acción penal por prescripción y que confirmó la precitada decisión, respectivamente, dentro del proceso con radicado 123456789?

61. Con el fin de resolver los anteriores problemas jurídicos, la Corte reiterará su jurisprudencia relacionada con la protección especial a las niñas, los niños y los adolescentes en el Estado colombiano (*sección 3*), la promoción de su interés superior como sujetos de especial protección constitucional reforzada (*sección 3.1*) y la obligación de las autoridades judiciales de aplicar el principio *pro infans* en los asuntos en que estén comprometidos sus derechos (*sección 3.2*). Más adelante, se referirá al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias (*sección 4*). En esta sección, la Corte abordará las diferentes obligaciones tanto constitucionales como fijadas en los instrumentos de protección de los derechos humanos ratificados por Colombia sobre la protección de los derechos de las mujeres. Además, revisará la violencia institucional como un tipo de violencia de género (*sección 4.1*); el deber de las autoridades judiciales de garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia (*sección 4.2*), y la dilación injustificada o mora judicial en casos de violencia contra las mujeres como herramienta de violencia y misoginia judicial (*sección 4.3*).

62. La Sala Plena también estudiará los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (*sección 5*). El tribunal analizará el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos y ahondará en el derecho a la libertad sexual (*sección 5.1*). La corporación expondrá el tipo penal de acto sexual violento y revisará el consentimiento en materia penal y la violencia como elemento normativo del tipo penal (*sección 5.2*). A su vez, unificará su jurisprudencia en relación con la ausencia de consentimiento como un elemento constitutivo de violencia sexual (*sección 5.3*). Esta sección finalizará con la explicación sobre el delito de injuria por vías de hecho (*sección 5.4*), y las diferencias entre los tipos penales de acto sexual violento y de injuria por vías de hecho (*sección 5.5*). Como sexto eje, la Corporación conceptualizará sobre el procedimiento penal especial abreviado y diferenciación con el proceso penal ordinario (*sección 6.1*); estudiará el incidente de nulidad en el proceso penal, su naturaleza y la etapa procesal para invocarlo (*sección 6.2*). Aquí, el tribunal revisará el incidente de nulidad por violación de las garantías fundamentales al acto de imputación o de acusación (*sección 6.3*) y unificará su jurisprudencia en relación con la habilitación para que el juez penal pueda realizar un control material más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso (*sección 6.4*). Por último, el tribunal analizará la procedencia de la acción de tutela (*sección 7*) y proferirá las órdenes que correspondan en el caso concreto (*sección 8*).

8. La protección especial a las niñas, los niños y los adolescentes en el Estado colombiano y la promoción de su interés superior como sujetos de especial protección constitucional reforzada: reiteración de jurisprudencia⁶⁴

63. A la luz de la Constitución, los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes prevalecen sobre las garantías constitucionales de los demás ciudadanos (artículo 44). Este precepto normativo los ubica en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos. Esto es así dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, se encuentran en situación de indefensión y “requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”⁶⁵.

64. Por remisión expresa del artículo 44 constitucional, los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes que están reconocidos en los instrumentos internacionales que fueron ratificados por el Estado colombiano se entienden incorporados al texto constitucional. En ese marco, el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las normas contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia integran dicho Código⁶⁶. Además, orientarán su interpretación y aplicación. Por ello, se deberá aplicar siempre la norma más favorable al interés superior de los menores de 18 años.

65. En una interpretación de tales instrumentos, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido que los niños, las niñas y los adolescentes son *sujetos de protección constitucional reforzada*⁶⁷. Esta condición se hace manifiesta, entre otros efectos: “en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna”⁶⁸. En este sentido, el precedente constitucional ha establecido unos criterios jurídicos “relevantes a la hora de determinar el interés superior de los niños, en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas”⁶⁹.

3.1. La protección de las niñas, los niños y los adolescentes contra toda forma de violencia

⁶⁴ La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en las sentencias T-259 de 2018, T-105 de 2020, T-186 de 2021 y T-121 de 2024.

⁶⁵ Ley 1098 de 2006 (artículo 2).

⁶⁶ Los instrumentos internacionales que reconocen la necesidad de proporcionar a los niños, las niñas y los adolescentes una protección especial son diversos: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones mediante la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991), la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante la resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante la resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968).

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-397 de 2004; T-292 de 2004; T-497 de 2005; T-466 de 2006; T-968 de 2009; T-580A de 2011; C-900 de 2011 y T-468 de 2018.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-580A de 2011 y T-468 de 2018.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-510 de 2003 y T-468 de 2018.

66. La comunidad internacional se ha enfocado en brindar un marco jurídico que permita proteger integralmente los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes. Se trata de esfuerzos dirigidos a garantizar que no sean sometidos a ninguna forma de violencia, incluida la sexual⁷⁰.

67. En relación con el alcance de la garantía mencionada, el Comité de los Derechos del Niño presentó las siguientes observaciones generales⁷¹. *Primero*, la atención y la protección de las niñas, los niños y los adolescentes debe estar basada en un enfoque de derechos. Aquel deja de considerar a las personas menores de edad como *víctimas* y adopta un paradigma fundado en el respeto y la promoción de su dignidad humana, su integridad física y psicológica. Lo anterior bajo el entendido de que es titular de derechos y no un beneficiario de la benevolencia de los adultos. *Segundo*, el concepto de dignidad exige que cada niño, niña o adolescente sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y “como ser valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad”. *Tercero*, el principio de Estado de Derecho se debe aplicar plenamente a las niñas, los niños y los adolescentes en condiciones de igualdad con los adultos. *Cuarto*, el derecho de las niñas, los niños y los adolescentes a que se atienda su interés superior como consideración primordial en todas las actuaciones que le conciernen o afecten, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia, así como en todas las medidas de prevención.

68. El Comité también precisó que es obligación de los Estados “actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables”⁷². Además, le impone a los Estados el deber de asegurar “que todas las personas que sean responsables de prevenir y combatir la violencia y de brindar protección frente a esta, en su trabajo y en los sistemas judiciales, respondan a las necesidades de los niños y respeten sus derechos”⁷³.

69. En materia de intervención judicial, el Comité indicó que las decisiones adoptadas tienen la finalidad principal de proteger a las niñas, los niños y los adolescentes; salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior. Para tal efecto, refirió que “los niños que hayan sido víctimas de actos de violencia deben ser tratados con tacto y sensibilidad durante todo el procedimiento judicial, teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad, su sexo (...) respetando plenamente su integridad física, mental y moral”⁷⁴. En tal sentido, insistió en que debe aplicarse los procedimientos penales “(...) para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, de jure o de facto, los autores de actos de violencia”⁷⁵.

70. El interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes supone adoptar un *enfoque basado en los derechos*. Desde esa perspectiva, todos los intervinientes -incluida la rama judicial- deben actuar con el compromiso de garantizar la integridad física, socioeconómica, psicológica, moral y espiritual

⁷⁰ Declaración de los Derechos del Niño (artículo 2), Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 19), Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 19).

⁷¹ Observación No. 13 del Comité de los Derechos del Niño.

⁷² Observación No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, fundamento 5.

⁷³ Observación No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, fundamento 5.

⁷⁴ Observación No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, fundamento 54 y 55.

⁷⁵ Observación No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, fundamento 54 y 55.

del niño y promover su dignidad humana. Bajo ese entendido, el Comité de los Derechos del Niño refirió que este postulado tiene tres enfoques. Estos se sintetizan en la *Tabla 2*.

Tabla 2. <i>El triple enfoque basado en los derechos a favor de las niñas, los niños y los adolescentes</i>	
Enfoque	Desarrollo
Derecho sustantivo	Debe ser una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses en juego en la toma de una decisión en cualquier ámbito. La garantía de este derecho deberá ponerse en práctica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño a un grupo de niños en concreto. Es una obligación intrínseca de los Estados, de aplicabilidad inmediata y reclamable ante los jueces.
Principio jurídico de interpretación	El Comité señala que cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se deberá elegir la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes.
Norma de procedimiento	La toma de decisiones que involucre a las niñas, los niños o los adolescentes debe tener una carga argumentativa que estime las repercusiones positivas y negativas en sus derechos. Por ende, “los Estados Parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas o de casos concretos” ⁷⁶ .

Fuente: creación propia

71. La Corte Constitucional también ha ratificado la importancia del principio del interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes en consonancia con la perspectiva del estándar universal de protección de sus derechos y en el marco de los procesos judiciales⁷⁷. La Corte ha destacado el rol trascendental que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de sus derechos fundamentales. Con tal propósito, fijó reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales “que tengan la potencialidad de alterar de cualquier forma la situación de un niño se tramiten y resuelvan desde una perspectiva acorde con los postulados que propenden por la salvaguarda de su bienestar y con su condición de sujeto de especial protección constitucional”⁷⁸. Estas se transcriben a continuación.

“i) Se deben contrastar sus “*circunstancias individuales, únicas e irrepetibles*” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las

⁷⁶ Observación No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, fundamento 6.
⁷⁷ Sentencias T-468 de 2018, T-033 de 2020, T-181 de 2021, T-262 de 2022, T-547 de 2023, T-121 y T-158 de 2024, entre otras.
⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-033 de 2020.

valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo *más conveniente* para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional; v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”⁷⁹.

72. En suma, el ordenamiento constitucional y legal del derecho de las niñas, los niños y los adolescentes a no ser sometidos a ninguna forma de violencia exige del Estado la adopción de medidas preventivas y reactivas cuando se presentan estas circunstancias. Esta obligación se refuerza en los casos de violencia sexual, en donde es imperiosa la actuación estatal en materia judicial y la obligación reforzada de debida diligencia en la investigación y la sanción del agresor. Se trata del deber de evitar escenarios de impunidad y de revictimización de las niñas, los niños y los adolescentes que han sido violentados sexualmente. Lo anterior, guiado por el principio de interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes. La Corte ha reconocido el estándar internacional de protección de sus derechos y ha enfatizado sobre su aplicación en la labor judicial. Particularmente, ha insistido en la necesidad de que los jueces y funcionarios sean especialmente diligentes y cuidadosos cuando adopten decisiones que afecten los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes.

3.2. El principio *pro infans* como principio constitucional y como criterio hermenéutico de aplicación obligatoria para los jueces

73. El principio *pro infans* es una garantía constitucional “de la que proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior [de las niñas, los niños y los adolescentes]”⁸⁰. Al mismo tiempo, este principio funciona como “herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad”⁸¹.

74. La jurisprudencia constitucional ha fijado algunas reglas para los operadores judiciales en los casos en que las víctimas sean niñas, niños o adolescentes:

“Los funcionarios judiciales deben (i) armonizar los derechos de los presuntos agresores con los derechos de los niños, por ejemplo, aplicando el principio de *in dubio pro reo* en última instancia después de una investigación seria y exhaustiva; (ii) minimizar los efectos adversos

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-033 de 2020 (fundamento jurídico 14).

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1227 de 2008.

⁸¹ Ibid.

sobre los niños que se derivan de su participación en el proceso, por ejemplo, a través de apoyo interdisciplinario; (iii) dar prioridad a los casos y resolverlos con celeridad; (iv) tratar a los niños con consideración teniendo en cuenta su nivel de madurez y su situación de indefensión como víctimas; (v) permitir que los niños en todas las etapas sean acompañados y asistidos por personas de su confianza; (vi) informar a los niños y a sus representantes sobre las finalidades, desarrollo y resultados del proceso, resolver todas sus inquietudes al respecto y orientarlos sobre la forma como pueden ejercer sus derechos al interior del proceso; (vii) informar al Ministerio Público para que pueda velar por los intereses de los niños; y (viii) **acudir al principio *pro infans* como criterio hermenéutico**⁸² (énfasis agregado).

75. En resumen, el principio *pro infans* materializa el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes en los procesos judiciales. Es un criterio hermenéutico para superar tensiones entre principios o derechos y exige un juicio de ponderación que permita una solución que otorgue mayores garantías a sus derechos.

76. A continuación, la Sala Plena hará referencia al marco constitucional de protección reforzada sobre el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

9. El derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias: reiteración de jurisprudencia⁸³

77. A partir de los postulados de la Constitución que establecen la igualdad ante la ley sin discriminación por razones de género, el ordenamiento jurídico colombiano protege de manera reforzada los derechos de la mujer⁸⁴. En su jurisprudencia, este tribunal ha reconocido la histórica desigualdad y discriminación que ha enfrentado este grupo poblacional y el rechazo por la violencia a la que tradicionalmente han sido sometidas las mujeres⁸⁵.

78. Esta Corte ha definido la violencia de género sobre la mujer como “aquella violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Pero no por el hecho de ser mujeres desde una concepción biológica, sino de los roles y la posición que se asigna a las mujeres desde una concepción social y cultural”⁸⁶. Este tipo de violencia se sustenta en las concepciones culturales que han determinado y aceptado la asignación de papeles delimitados en el desarrollo de la vida de hombres y mujeres, lo que ha llevado a la creación y permanencia de los denominados estereotipos de género que pueden tener tanto enfoques hacia lo femenino, como hacia lo masculino⁸⁷.

79. Esta corporación ha explicado que dicha violencia “surge para preservar una escala de valores y darle un carácter de normalidad al orden social establecido históricamente según el cual existe cierta superioridad del hombre

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-843 de 2011.

⁸³ La base argumentativa de esta sección fue tomada de las sentencias T-526 de 2023 y T-121 de 2024.

⁸⁴ Constitución Política de 1991 (artículo 13).

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-371 de 2000, C-101 de 2005, T-526 de 2023 y T-121 de 2024.

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencias SU-080 de 2020 y T-028 y T-087 de 2023.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-087 de 2023.

hacia la mujer”⁸⁸. Asimismo, ha reiterado que existe un tipo de violencia visible (relacionada frecuentemente con lesiones físicas y psicológicas) y otra “invisible” que responde a la violencia cultural y estructural que justifica numerosos discursos que implican desigualdad de la mujer respecto del hombre⁸⁹.

80. En el plano internacional, los sistemas de protección de los derechos humanos han adoptado diferentes instrumentos en procura de la garantía de los derechos de las mujeres. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁹⁰ (*Cedaw* por sus siglas en inglés) contiene las principales obligaciones que deben cumplir los Estados miembros para evitar la discriminación en contra de la mujer. De otra parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer⁹¹ ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como una pauta de interpretación que señala el alcance de las normas domésticas e internacionales. En sentido similar, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 se reconoció que “la eliminación de la violencia contra la mujer es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz y atribuye por primera vez responsabilidades a los Estados por dichos actos”⁹². Por último, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer Convención de *Belém do Pará* (1995) es un referente para la garantía de los derechos de las mujeres⁹³.

81. Las violencias basadas en género no se reducen a los actos de violencia física, sino que también se ejercen mediante otros medios lesivos de los derechos de la mujer o la niña, que le causen daños o sufrimiento⁹⁴. La violencia sexual es una de estas formas deleznable de violencia de género, la cual se exterioriza con distintos grados, de acuerdo con las circunstancias del caso y diversos factores (i.e. las características de los actos cometidos, su reiteración y la vinculación preexistente entre la mujer o la niña y su agresor). También pueden resultar relevantes, según el caso, las condiciones personales de la víctima, como su edad⁹⁵.

82. La violencia sexual muchas veces encuentra escenarios propicios para su permanencia. Esta corporación ha evidenciado que, en muchas ocasiones, la violencia institucional acompaña la violencia sexual y es cómplice de los actos que se ejecutan con ocasión de este tipo de violencias. Por ende, por la estrecha relación entre ambos escenarios de violencia, la Sala encuentra pertinente ahondar en la violencia judicial como un tipo de violencia de género.

4.1. La violencia institucional como un tipo de violencia de género⁹⁶

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-265 de 2016, T-027 de 2017, SU-349 de 2022 y T-087 de 2023.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencias SU-349 de 2022 y T-087 de 2023.

⁹⁰ Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

⁹¹ Aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

⁹² Corte Constitucional. Sentencias T-878 de 2014, T-012 de 2016 y T-526 de 2023.

⁹³ Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado en varias ocasiones y han delimitado los estándares normativos aplicables a casos concretos, así como unas obligaciones mínimas de protección exigibles a los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Corte IDH. Caso *González Y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C, No. 205.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 2024.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ La base argumentativa de esta sección fue tomada de las sentencias T-172 de 2023 y T-121 de 2024.

83. La jurisprudencia constitucional ha identificado una forma de violencia denominada *violencia institucional*⁹⁷. Esta es entendida como el conjunto de “las actuaciones de distintos operadores judiciales, quienes toman decisiones con fundamento en actitudes sociales discriminatorias que perpetúan la impunidad para los actos de violencia contra la mujer”⁹⁸. Esta violencia, que es ejercida por las autoridades (administrativas y judiciales) ocurre cuando “el Estado se convierte en un segundo agresor de las mujeres que han sido víctimas de violencia y que acuden a sus instituciones para lograr su protección y la restitución de los derechos fundamentales que les han sido vulnerados”⁹⁹. Por lo anterior, la Corte ha reiterado el deber de protección que tiene el Estado -en particular en la etapa de investigación de los hechos- en donde se requiere personal capacitado para combatir la impunidad de los casos de violencia contra la mujer¹⁰⁰.

84. En los procesos judiciales, este tipo de violencia se reproduce, entre otras, a través de los estereotipos de género. Estos son definidos como “opiniones o prejuicios generalizados acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar”¹⁰¹. Un estereotipo de género es nocivo cuando “limita la capacidad de hombres y mujeres para desarrollar sus facultades personales, realizar una carrera profesional y tomar decisiones acerca de sus vidas y sus proyectos vitales”¹⁰². Los estereotipos nocivos pueden ser hostiles o negativos (i.e. las mujeres son irracionales), o aparentemente benignos (i.e. las mujeres son protectoras y, sobre la base de este estereotipo, las responsabilidades del cuidado de los hijos suelen recaer sobre ellas de manera casi exclusiva)¹⁰³.

85. La Corte Constitucional ha reconocido cómo las concepciones culturales han determinado y aceptado la asignación de papeles delimitados en el desarrollo de la vida de hombres y mujeres, lo que ha llevado a la creación y permanencia de los denominados estereotipos de género que pueden tener enfoques tanto femeninos como masculinos¹⁰⁴. Esto “surge para preservar una escala de valores y darle un carácter de normalidad al orden social establecido históricamente según el cual existe cierta superioridad del hombre hacia la mujer y donde cualquier agravio del género masculino al femenino está justificado en la conducta de este último”¹⁰⁵.

86. Diversas organizaciones internacionales de protección de los derechos humanos han ejemplificado estos estereotipos. Se sintetizan en la *Tabla 3*.

Tabla 3. Ejemplos de estereotipos nocivos y prácticas en las que se reflejan		
Tipos	Ejemplos	Refleja en algunas prácticas

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 2024.
⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-462 de 2018, SU-349 de 2022, T-172 de 2023 y T-121 de 2024.
⁹⁹ Ibid.
¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencias SU-349 de 2022, T-172 de 2023 y T-121 de 2024.
¹⁰¹ UN. *El rol del Poder Judicial en el abordaje de estereotipos de género nocivos*. Estereotipos de género. El ACNUDH y los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género. Recuperado el 26 de julio de 2024 de: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/CN_ArgentinaJune2018.pdf
¹⁰² Ibid.
¹⁰³ Ibid.
¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-224 de 2023.
¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-265 de 2016, T-027 de 2017, SU-349 de 2022 y T-224 de 2023.

De sexo Centrados en los atributos y las diferencias físicas y psicológicas existentes entre hombres y mujeres.	Los hombres son más fuertes. Son impulsivos, necesitan usar fuerza física. Son racionales, saben negociar porque no son emocionales como las mujeres. Son firmes Las mujeres son irracionales, sensibles, emocionales.	Prohibición de hecho o de derecho a trabajos que requiera fuerza física, horarios nocturnos, manejo de armas de fuego. Los hombres ocupan los espacios públicos y de decisión. Las mujeres el espacio privado. Las mujeres no saben negociar. Las mujeres son histéricas.
Sexual Características sexuales que son o deberían ser poseídas por hombres y mujeres y la interacción sexual entre ambos.	Prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo.	Prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo.
Roles de género Comportamientos atribuidos y esperados de hombres y mujeres a partir de construcciones sociales y culturales o sobre su físico.	En las familias, los hombres son los proveedores primarios y las mujeres quienes cuidan a los hijos/as.	Norma escrita que distribuye derechos y obligaciones. Cuando se las supera, las mantienen las prácticas.
Compuesto Aquel que interactúa con otros estereotipos de género atribuyendo roles o características a grupos diversos de mujeres.	Las mujeres solteras o las mujeres lesbianas no son buenas madres.	Negar la posibilidad de adopción. Negar la guarda o tenencia de los hijos e hijas.

Fuente: Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres¹⁰⁶

87. En el acceso a la justicia, tales estereotipos representan uno de los mayores obstáculos *documentados* para que las mujeres gocen del derecho a una vida libre de violencias¹⁰⁷. La Comisión Económica para América Latina y

¹⁰⁶ UN. *Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres*. [Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documentos/Publicaciones/2020/03/Poder%20JudicialPDF%202%201.pdf>].

¹⁰⁷ CEPAL. *Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. III. Los estereotipos de género: un problema de acceso a la justicia*. Serie Asuntos de Género. [Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/ecaabf2b-a41b-4daa-8d57-83346c7bfbe4/content>].

el Caribe (Cepal) ha advertido cómo la revisión de las formas de violencia que se sostienen y se alimentan de la cultura de discriminación estructural contra las niñas, adolescentes y mujeres, también adolecen de mecanismos débiles para asegurar la protección del derecho a una vida libre de violencia.

88. Sobre los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema de justicia, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (Cedaw¹⁰⁸) sostiene que “esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa”¹⁰⁹. Lo anterior, tiene consecuencias de gran alcance “por ejemplo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad”¹¹⁰. Los estereotipos “comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes”¹¹¹.

89. Por lo anterior, la *Cedaw* le impone a los Estados obligaciones legales sobre cómo abordar la estereotipación. El artículo 5(a) requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para modificar los patrones sociales y culturales de la conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

90. La Corte ha sido insistente en afirmar que estas actuaciones de violencia judicial refuerzan el ambiente de indiferencia que enfrentan las mujeres cuando acuden a las y los operadores judiciales que han sido establecidos para protegerlas al denunciar hechos de violencia en su contra. Según este tribunal, estas actuaciones no son actos aislados de maltrato, sino prácticas institucionales que “invisibilizan violencias que no son físicas, que omiten informar a las mujeres sobre las rutas de atención, que [no] adoptan un enfoque de género, que no adoptan medidas de protección idóneas y efectivas y tampoco hacen seguimiento a las decisiones adoptadas”¹¹².

91. La Sala Plena reitera su llamado para rechazar cualquier postura de indiferencia, recriminación y justificación de la violencia institucional. Estas conductas revictimizan y contribuyen a la construcción del estereotipo de la mujer “dramática, complicada, alardosa, que se escandaliza ante una situación que no se considera como violación a los derechos humanos. Estos estereotipos infantilizan a las mujeres en la falta de credibilidad de sus historias, y esta falta de credibilidad lastima las emociones y dilatan [su] recuperación”¹¹³.

¹⁰⁸ Aprobada por Colombia a través de la Ley 51 de 1981.

¹⁰⁹ *Cedaw*. Recomendación General No. 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia. *cedaw/C/gc/33* [Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/bdl/2016/10710.pdf>]

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Corte Constitucional. Sentencias T-725 de 2017, T-172 de 2023 y T-121 de 2024.

¹¹³ Torres Torres, M. (2018). *Obstáculos para la reparación: Un abordaje de los estereotipos de género en la búsqueda de reparación por situaciones de violencia sexual en Medellín-Colombia*. Tesis de posgrado. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. En Memoria Académica. Disponible en: <https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1607/te.1607.pdf>

4.2. Las autoridades judiciales como garantes del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia¹¹⁴

92. Cualquier tipo de violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y es responsabilidad del Estado actuar con la debida diligencia para prevenirla, investigar la ocurrencia de tales actos, enjuiciar y sancionar a los autores y asegurar que se proporcione protección y reparación para las víctimas¹¹⁵. Por ello, el Estado tiene la obligación de investigar, juzgar y reparar la violencia estructural de género, especialmente aquella que es perpetrada contra la mujer¹¹⁶.

93. En algunos casos, la Corte Constitucional ha evidenciado que cuando la administración estatal da cumplimiento a dichos deberes, estos no resultan del todo eficaces. Esto es así por cuanto las mujeres afrontan grandes barreras o limitaciones al momento de denunciar hechos de violencia, entre ellas, la tolerancia social de estos fenómenos¹¹⁷. Según la jurisprudencia constitucional, existen varias razones por las que la aquiescencia impide que se rompan estos círculos de violencia¹¹⁸: las mujeres se enfrentan a los aparatos judiciales con dificultades probatorias, y las autoridades desconocen las necesidades de las mujeres para acceder a una justicia real y efectiva. La Corte advierte que estos razonamientos explicarían los altos niveles de impunidad y el mantenimiento de conductas discriminatorias contra las mujeres, incluso cuando provienen de la administración judicial.

94. Por lo anterior, el tribunal ha sido insistente en requerir a la organización estatal y a las autoridades judiciales para que, en aras de cumplir con su obligación de prevenir y propiciar una vida libre de violencia para las mujeres, se resuelvan los casos con perspectiva de género, y no solamente aquellos catalogados como *graves*. Existen diversos tipos y grados de violencia -todos de igual importancia- que requieren una respuesta múltiple y coordinada por parte del Estado¹¹⁹. También hay una obligación constitucional e internacional del Estado de diseñar una estrategia con enfoque de género “de modo que las autoridades emprendan acciones integrales, racionales, coordinadas y cuidadosamente diseñadas para atacar en forma eficaz los factores que generan la afectación específica que produce el conflicto en las mujeres”¹²⁰.

95. Con fundamento en lo anterior, la Corte ha señalado que, en materia judicial, analizar con perspectiva de género los casos donde son parte mujeres afectadas o víctimas:

“i) no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad; ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género discriminatorios; y iii) en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un abordaje multinivel, pues, el conjunto de documentos internacionales que han

¹¹⁴ La base argumentativa de esta sección fue tomada de la Sentencia T-121 de 2024.

¹¹⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-111 de 2022, T-172 de 2023 y T-121 de 2024.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-496 de 2008, C-539 de 2016, T-172 de 2023 y T-121 de 2024.

visibilizado la temática en cuestión -constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación pro fémina, esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer”¹²¹.

96. Adicionalmente, el Comité de la *Cedaw* ha fijado seis componentes que son necesarios para asegurar el acceso a la justicia de las mujeres. Se trata de seis presupuestos sobre los cuales los Estados deben garantizar este derecho. Estos se sintetizan en la *Tabla 4*.

Tabla 4. Componentes necesarios para asegurar el acceso a la justicia de las mujeres según el Comité de la Cedaw	
Presupuesto	Desarrollo
Justiciabilidad	Requiere el acceso irrestricto de la mujer a la justicia así como la capacidad y el poder para reclamar sus derechos en virtud de la Convención como derechos jurídicos.
Disponibilidad	Exige el establecimiento de tribunales y otros órganos cuasi judiciales o de otro tipo en todo el Estado parte, tanto en zonas urbanas como rurales y remotas, y su mantenimiento y financiación.
Accesibilidad	Requiere que los sistemas de justicia, tanto oficiales como cuasi judiciales, sean seguros, se puedan costear y resulten físicamente accesibles a las mujeres, y sean adaptados y apropiados a las necesidades de las mujeres, incluidas las que hacen frente a formas interseccionales o compuestas de discriminación.
Buena calidad de los sistemas de justicia	Requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tenga en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres.
La aplicación de recursos	Requiere que los sistemas de justicia ofrezcan a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido (artículo 2 de la Convención).
La rendición de cuentas de los sistemas judiciales	Se garantiza mediante la vigilancia de su funcionamiento para garantizar que actúen conforme a los principios de justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, y aplicación de recursos. La rendición de cuentas de los sistemas de justicia se refiere también a la vigilancia de las acciones de los profesionales que actúan en ellos y su responsabilidad jurídica en caso de que violen la ley.

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencias SU-080 de 2020 y T-224 de 2023.

4.3. La dilación injustificada o mora judicial en casos de violencia contra las mujeres: una herramienta de violencia y misoginia judicial

97. El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia reconoce que la justicia es un valor superior que debe guiar la acción del Estado¹²³. En concreto, la Ley 270 de 1996 dispone que el Estado está llamado a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Asimismo, a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos¹²⁴.

98. La Sala Plena de este tribunal definió el derecho de acceso a la administración de justicia como la garantía de que cualquier persona pueda acudir ante tribunales y jueces, en condiciones de igualdad¹²⁵. Además, el tribunal constitucional fijó como fin de este derecho fundamental “propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos”¹²⁶. Para la Corte, el goce de esta garantía está supeditado a la estricta sujeción de los procedimientos previamente establecidos y con total observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la ley¹²⁷.

99. El contenido de este derecho se erige como un pilar fundamental del Estado Social de Derecho¹²⁸. En todo caso, el Estado debe garantizar su materialización y “(i) abstenerse de adoptar medidas discriminatorias o que obstaculicen el acceso a la justicia y su realización, (ii) impedir la interferencia o limitación del derecho y (iii) facilitar las condiciones para su goce efectivo”¹²⁹.

100. La garantía del derecho de acceso a la administración de justicia incluye el deber de dar una solución pronta a los asuntos adelantados ante los funcionarios judiciales. Sin embargo, esta prerrogativa fundamental no se agota en “la mera facultad de presentar solicitudes ante las autoridades judiciales”¹³⁰. Para la Corte, esta “también se extiende a la salvaguarda de obtener decisiones de fondo en las controversias, las cuales deben ser adoptadas en un término razonable de tal forma que la respuesta judicial sea oportuna”¹³¹. En consecuencia, están prohibidas las *dilaciones injustificadas* en la administración de justicia.

¹²² CEPAL. *Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. III. Los estereotipos de género: un problema de acceso a la justicia*. Serie Asuntos de Género. [Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/ecaabf2b-a41b-4daa-8d57-83346c7bfbe4/content>].

¹²³ Ley 270 de 1996.

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 2021.

¹²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002.

¹²⁶ Ibid. Cfr. considerando 6.1.

¹²⁷ Reiterado en la sentencia T-283 de 2013 y T-052 de 2018.

¹²⁸ Sobre el tema se pueden confrontar, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-416 de 1994, C-037 de 1996 y C-1341 de 2000.

¹²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002.

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2020.

¹³¹ Ibid.

101. La Corte Constitucional definió la *mora judicial* como “un fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia”¹³². Asimismo, este tribunal determinó que la *mora judicial* “se presenta como resultado de acumulaciones procesales estructurales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos”¹³³. Sin embargo, en los casos en que se investigan los diferentes tipos de violencias contras las mujeres “existe un patrón de impunidad sistemática en el procesamiento judicial y en las actuaciones en torno a casos de violencia contra las mujeres debido al hecho de que la gran mayoría de estos casos carece de una investigación, sanción y reparación efectiva”¹³⁴.

102. Al respecto, la CIDH ha señalado que la impunidad a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres -muchas veces orquestada desde el aparato judicial- “perpetúa la aceptación social del fenómeno de la violencia contra las mujeres, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de la justicia. Estas deficiencias se traducen en un número aún ínfimo de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden a la prevalencia del problema”¹³⁵.

103. Para la CIDH, este fenómeno de la mora judicial en los casos de violencias contra las mujeres es un hecho aceptado en los diferentes países americanos. La violencia y la discriminación contra las mujeres “se refleja en la respuesta de funcionarios de la administración de la justicia (...) en el tratamiento de los casos. Existe asimismo la tendencia de observar los casos de violencia contra las mujeres como conflictos domésticos que deben ser resueltos sin la intervención del Estado”¹³⁶.

104. *Los factores identificados por la CIDH que afectan la investigación de los casos de violencia contra las mujeres.* La CIDH ha evidenciado que las investigaciones de los casos de violencias contra las mujeres se ven afectadas por varios factores. En primer lugar, la percepción de estos asuntos como no prioritarios conlleva a los retrasos injustificados por parte de las instancias encargadas de efectuar la investigación para llevar a cabo las diligencias necesarias¹³⁷.

105. Otro factor identificado por la CIDH son los vacíos e irregularidades que se presentan en las diligencias, los cuales obstaculizan el proceso de juzgamiento y la eventual sanción de los casos. Algunos ejemplos de estas deficiencias son “la no realización de pruebas claves para lograr la identificación de los responsables, la gestión de las investigaciones por parte de autoridades que no son competentes e imparciales, el énfasis exclusivo en la prueba física y testimonial, la escasa credibilidad conferida a las aseveraciones de las víctimas y el tratamiento inadecuado de éstas y de sus

¹³² Corte Constitucional. Sentencias T-052 de 2018 y T-099 de 2021.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres. Documento ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS. Se puede consultar en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm> [Revisado el 25 de junio de 2024].

¹³⁵ Ibid. párr. 124.

¹³⁶ Ibid. párr. 125.

¹³⁷ CIDH. Informe de Fondo, N° 54/01. Maria Da Penha Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001. También en CDH. Informe de Fondo, N° 53/01, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 4 de abril de 2001.

familiares cuando procuran colaborar en la investigación de los hechos”¹³⁸. Para la Comisión, todo lo anterior se traduce en el bajo número de casos en los que se inicia la investigación o se realiza el proceso judicial, los cuales no corresponden al alto nivel de denuncias que se reciben.

106. Sobre este punto, la CIDH ha destacado la necesidad de considerar pruebas adicionales a las de la constatación médica de lesiones físicas o la prueba testimonial en los casos de violencia sexual. Al respecto, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se pronuncian sobre factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente una agresión sexual, aun cuando no ha consentido al acto, y cómo estos factores deben ser considerados en un proceso judicial¹³⁹. De acuerdo con dichas reglas (regla 70), estos factores pueden incluir “la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo que hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre”.

107. En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha mencionado una serie de circunstancias que pueden inhibir la resistencia física de la víctima (i.e. el ambiente de coerción creado por el agresor, lo cual se traduce en la inexistencia de prueba directa y testimonial de la agresión sexual)¹⁴⁰. Así, los informes medicolegales que se limitan a las observaciones físicas (i.e. la determinación de la integridad del himen de la víctima), son solo una parte del conjunto de pruebas que deben ser evaluadas para esclarecer los hechos en un caso de violencia sexual¹⁴¹.

108. Un tercer factor gira en torno a que, en diferentes países de la región (incluido Colombia), la CIDH ha identificado cómo tanto los funcionarios judiciales como investigadores han empleado discursos que responsabilizan a las víctimas “según declaraciones públicas de determinadas autoridades de alto rango, las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran fáciles o prostitutas. Hay informes acerca de que la respuesta de las autoridades pertinentes frente a los familiares de las víctimas osciló entre indiferencia y hostilidad”¹⁴².

109. Finalmente, la CIDH ha observado cómo el procedimiento aplicable a la judicialización de los casos de violencias contra las mujeres otorga un amplio

¹³⁸ Ibid. párr. 128.

¹³⁹ Corte Penal Internacional. Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000). “Regla 70. En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”. Se puede consultar en: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/S-iccrulesofprocedure.html> [Revisado el 2 de julio de 2024].

¹⁴⁰ *M.C. v. Bulgaria*, Eur. Ct. H.R., app. No. 39272/98, Sentencia de 4 de marzo de 2004, párrs. 178-184. Se puede consultar en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/15.pdf> [Revisado el 2 de julio de 2024].

¹⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres. Documento *ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS*. Se puede consultar en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm> [Revisado el 25 de junio de 2024].

¹⁴² CIDH. Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 4.

margen a los fiscales para decidir cuáles delitos investigan o no¹⁴³. Esta situación se presta para la influencia de los sesgos socioculturales discriminatorios en la decisión de cuáles delitos de violencias contra las mujeres deben investigar. La Comisión analizó esta situación en su informe sobre el impacto del conflicto armado en las mujeres colombianas. Allí, la Defensoría Delegada para la Niñez, las Mujeres y la Familia manifestó su preocupación acerca de la facultad para que, en los casos de violencia contra las mujeres, los fiscales de conocimiento decidan cuáles delitos investigan, y cuáles no¹⁴⁴. Para la Comisión, en ocasiones, tal discrecionalidad les facilita a los fiscales que sus creencias y actitudes personales desempeñen un papel fundamental en la decisión de investigar un delito.

110. *Las deficiencias en el juzgamiento y la sanción de los casos de violencia contra las mujeres identificadas por la CIDH.* La Comisión ha constatado cómo ciertos patrones socioculturales discriminatorios influyen en las actuaciones de los funcionarios en todos los niveles de la rama judicial. Esto se traduce en un número ínfimo de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden al número elevado de denuncias y a la prevalencia de este problema. La violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en la región, lo cual se refleja en la respuesta de los funcionarios de la administración de la justicia hacia las mujeres víctimas de violencias y en el tratamiento de sus casos.

111. La influencia de un conjunto de patrones socioculturales basados en el ideario de la inferioridad de las mujeres -direccionado por sus diferencias biológicas y su capacidad reproductiva- afectan negativamente el procesamiento de sus casos dentro de los sistemas judiciales, e influyen en la percepción del problema como no prioritario y perteneciente al ámbito privado¹⁴⁵. Para la CIDH, estas nociones socioculturales discriminatorias afectan las actuaciones de la Policía, los abogados, los fiscales, los jueces y demás funcionarios judiciales. Tanto la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*) como la *Cedaw* han afirmado el vínculo que existe “entre la violencia contra las mujeres y la discriminación, y la forma en que ciertos estereotipos y prácticas sociales y culturales basados en el concepto de que las mujeres son inferiores a los hombres, pueden influenciar negativamente las acciones de los funcionarios públicos”¹⁴⁶.

112. Esta situación de discriminación en las actuaciones judiciales, basada en género, también ha sido evidenciada en la academia y destacado por la CIDH en sus informes.

“La clara tendencia a emitir normas orientadas a eliminar la discriminación y proteger los derechos fundamentales de todas las

¹⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres. Documento *ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS*. Se puede consultar en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm> [Revisado el 2 de julio de 2024].

¹⁴⁴ CIDH. *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párrs. 206-207. Se puede consultar en: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/III.htm> [Revisado el 2 de julio de 2024].

¹⁴⁵ Ibid. párr. 151.

¹⁴⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – *Cedaw* (Preámbulo) y la Convención de *Belém do Pará* (Preámbulo y artículo 6). Además, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 19. La violencia contra la mujer. U.N. Doc. HRI/GEN/1//Rev.1 (1994).

personas no coincide con la tendencia judicial a tomar decisiones sustentadas en sistemas morales y religiosos en los que se privilegia lo formal sobre lo sustancial y los derechos se interpretan de manera restrictiva, reproduciendo las raíces de la discriminación y de la inequidad en la región”¹⁴⁷.

113. Entre otras deficiencias y riesgos, la CIDH ha identificado cómo varios órganos judiciales promueven el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver los delitos de violencias contra las mujeres¹⁴⁸. La comunidad internacional proscribe la conciliación en casos de violencia sexual como método para resolver estos delitos¹⁴⁹. Diferentes organismos internacionales de protección de los derechos humanos han identificado los peligros del uso de la conciliación como método para resolver casos de violencia sexual “al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación”¹⁵⁰.

114. A partir del marco constitucional expuesto, la Sala se referirá a los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales y enfatizará tanto en el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos como en el derecho a la libertad sexual. La corporación se pronunciará sobre el tipo penal de acto sexual violento y concluirá que la ausencia de consentimiento es un elemento constitutivo de violencia sexual. Aparte de esta conclusión, la Sala precisará las diferencias entre los tipos penales de acto sexual violento y de injuria por vías de hecho.

10. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales

115. El título IV de la Ley 599 de 2000 establece los diferentes comportamientos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales. El legislador dividió este título en cuatro capítulos: (i) la violación; (ii) los actos sexuales abusivos; (iii) disposiciones comunes y (iv) la explotación sexual. Este título ha sido objeto de múltiples modificaciones. Por una parte, el Congreso creó nuevos tipos penales (i.e. la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, el constreñimiento a la prostitución, entre otros). Por otra parte, se expidieron varias normas con posterioridad a la entrada en vigor de la codificación penal y que están directamente relacionadas -y de

¹⁴⁷ Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, *Cuerpo y Derecho: Legislación y Jurisprudencia en América Latina*. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Ed. Luisa Cabal, Julietta Lemaitre y Mónica Roa, Colombia, 2001. Págs. 465-466.

¹⁴⁸ CIDH. *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 210.

¹⁴⁹ Ochoa Escribá, Dina Josefina. *Opus Magna Constitucional. La Conciliación y el procedimiento abreviado, como una violación a los derechos de las niñas víctimas en los delitos sexuales en proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal*. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Instituto de Justicia Constitucional. Tomo XVI, abril 2019 - marzo 2020. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/339903458_La_conciliacion_y_el_procedimiento_abreviado_como_una_violacion_a_los_derechos_de_las_ninas_victimas_en_los_delitos_sexuales_en_proceso_de_adolescentes_en_conflicto_con_la_ley_penal [Revisado el 2 de julio de 2024].

¹⁵⁰ CIDH. *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párrs. 206-207. Se puede consultar en: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/III.htm> [Revisado el 2 de julio de 2024].

manera complementaria- con estos delitos (i.e. las leyes 1257 de 2008, 1329 de 2009, 1336 de 2009, 1719 de 2014 y 1918 de 2018).

116. A través de la Ley 1719 de 2014, el legislador adicionó múltiples conductas que afectan la libertad, integridad y formación sexuales en el marco del conflicto armado interno colombiano¹⁵¹; agregó artículos complementarios¹⁵² e incluyó una definición a las disposiciones comunes de los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales: *la violencia*. Sobre este último elemento normativo, la Sala Plena ahondará más adelante.

5.1. El bien jurídico tutelado de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales

117. Antes de la promulgación de la Constitución de 1991, el Código Penal de 1980¹⁵³ consagraba los *delitos contra la libertad y el pudor sexuales*¹⁵⁴. Esta codificación incluía el *pudor* como un elemento determinante al momento de analizar este tipo de conductas delictivas y estaba enfocada en la protección de los conceptos de *honra sexual* y de la familia tradicionalmente constituida. Esto llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección¹⁵⁵. En última instancia, lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual.

118. La Ley 360 de 1997 modificó el Código Penal e introdujo *la libertad y dignidad sexuales* como los intereses que se tutelaban con los comportamientos conocidos como delitos sexuales. Esta disposición “se apartaba de toda consideración subjetiva y arbitraria que implicaba conceptos como el pudor sexual”¹⁵⁶, previsto en el Código de 1980.

119. La Ley 360 eliminó todo tipo de concepto moral, social y religioso que estuviera relacionado con el *pudor sexual*. A la luz de la nueva Carta Política de 1991, la doctrina coincidía en que “las diferentes definiciones de lo que se debe entender como *honor y pudor* siempre implican una imposición de pareceres, o, en muchos de los casos, indeterminación, lo que genera un ambiente de inseguridad y arbitrariedad”¹⁵⁷. La indeterminación que se derivaba del concepto de *pudor* motivó a variar el concepto de este bien jurídico. Sin embargo, el cambio introducido en 1997 ahora protegía la *dignidad*, elemento que podría no ser tan acertado “ya que se constituye en el objeto de protección de todo el ordenamiento penal y no debe limitarse a un título específico”¹⁵⁸.

120. A partir de la Ley 599 de 2000, el legislador acogió una nueva concepción para proteger los intereses jurídicos que se tutelan con la punición

¹⁵¹ Estos están ubicados en el título segundo del estatuto penal denominado delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

¹⁵² Ley 599 de 2000 (artículo 219C).

¹⁵³ Decreto 100 de 1980.

¹⁵⁴ Decreto 100 de 1980 (título XI).

¹⁵⁵ Sentencia C-285 de 1997.

¹⁵⁶ Bernal Cuellar, J. (coord) y otros. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 469.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid. p. 470.

de los comportamientos señalados en el título IV del Código Penal: *la libertad, integridad y formación, sexuales*. Esto con el ánimo de salvaguardar la facultad que tiene el sujeto pasivo de obrar libremente en esa esfera y de contar con la capacidad de autodeterminarse en el ámbito sexual¹⁵⁹. Además, los intereses de quienes, por no disponer de capacidad para ejercer aquella autodeterminación, deben ser preservados en su indemnidad sexual¹⁶⁰. Por último, la etapa de desarrollo del criterio sexual que tiene cada persona, sin intervenciones nocivas¹⁶¹.

121. Por estar directamente relacionado con el caso concreto, la Sala Plena ahondará en el derecho a la libertad sexual.

122. *La libertad sexual*. La jurisprudencia constitucional ha entendido el derecho a la libertad sexual como la posibilidad de que las personas decidan “autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución). En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción”¹⁶². Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia definió la libertad sexual como “la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para autodeterminarse y autorregular su vida sexual”¹⁶³.

123. De otro lado, la doctrina ha entendido este derecho como “el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien su titular tenga, lo que implica realizar o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita”¹⁶⁴. Se trata de la posibilidad de “decidir cuándo, cómo y con quién, pero también a formar este criterio, es decir, que la libertad para decidir sobre la propia sexualidad ha de ser extensiva al desarrollo en libertad de la sexualidad”¹⁶⁵.

124. La jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho a la libertad sexual es entendido “de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento”¹⁶⁶. Estas dos dimensiones también han sido identificadas por la doctrina, una dinámica positiva, en la que el titular del derecho “tiene la facultad de disponer del propio

¹⁵⁹ Orts, E. y otros (2004). *Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.230.

¹⁶⁰ Cancio, M. (2001). *Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado*. Ponencia presentada por el autor el 24 de agosto de 2001 en las XXIII Jornadas Internacionales de derecho penal (“Principales reformas a la parte especial en el nuevo Código Penal”) organizadas por la Universidad Externado de Colombia. Pág.6. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1104>

¹⁶¹ Amador C. y otros. Castro, Carlos (coord.) (2018). *Manual de Derecho Penal. Tomo I, parte especial*. Bogotá: Temis, pág. 417.

¹⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-732 de 2009.

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de septiembre de 2005 (Radicado 10672).

¹⁶⁴ Amador C. y otros. Castro, Carlos (coord.) (2018). *Manual de Derecho Penal. Tomo I, parte especial*. Bogotá: Temis, págs. 470 y 471.

¹⁶⁵ Buegué Lezaun, J.J. (1999). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Bosch. Barcelona, p. 13.

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 1997.

cuerpo”¹⁶⁷ y, otra estática pasiva, en la que cualquier sujeto “tiene la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse”¹⁶⁸.

125. A partir de este diseño de los intereses jurídicos tutelados en el título IV del Código Penal, el legislador incluyó varios tipos penales en donde la libertad sexual se ve constreñida por el sujeto activo. Entre estos se encuentra el acto sexual violento (artículo 206). Para dar respuesta a los interrogantes planteados por la Sala Plena, la Corte revisará ese tipo penal y profundizará en la definición de *violencia* contenida en el artículo 212A del Código Penal.

5.2. Acto sexual violento

126. El delito de acto sexual violento se describe como la conducta de quien “realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia”¹⁶⁹. Es un tipo penal en el que se sanciona “el comportamiento que realice el agente sobre la víctima, los actos que realiza el sujeto pasivo sobre el cuerpo del sujeto activo, los que el sujeto pasivo cumple sobre el cuerpo de un tercero y actos que realice la víctima sobre su propio cuerpo para el deleite del sujeto activo”¹⁷⁰.

127. Al utilizar la descripción típica la expresión verbal *el que*, es claro que cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción (sujeto activo no calificado). El sujeto activo ajusta su conducta al tipo penal cuando ejecuta en otra persona un acto sexual diverso del acceso carnal, a la cual ha sometido con violencia. La doctrina entiende que la conducta del acto sexual violento se concreta con cualquier otro comportamiento distinto de la penetración en cualquier parte de la otra persona.

128. La Corte Suprema de Justicia ha determinado que acto sexual es “toda conducta que, en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles, y se consuman mediante la relación corporal”¹⁷¹. Así “una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, en sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarle intervienen en tal tipo de interacción humana -tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-”¹⁷².

129. Este tipo penal sanciona el simple hecho del *acto sexual*. En otras palabras, se trata de un tipo penal de consumación instantánea. Por ello, para la doctrina, lo que merece la respuesta punitiva del Estado “es el simple hecho de realizar estos comportamientos precedidos de violencia (...) con la cual el

¹⁶⁷ Ibid. p. 471

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ley 599 de 2000 (artículo 206).

¹⁷⁰ Bernal Cuellar, J. (coord) y otros (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 477.

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia. SP382872 (Radicado 31715), SP15269-2016 (Radicado 47640) y SP2894-2020 (Radicado 52024), entre otros.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. SP2894-2020 (Radicado 52024).

sujeto agente doblega al sujeto pasivo, vulnerando ese derecho a determinarse de manera voluntaria con relación a cómo y con quién disponer de su cuerpo con fines erótico-sexuales”¹⁷³.

130. *La violencia como elemento normativo del tipo penal.* Antes de la entrada en vigor de la Ley 1719 de 2014 (y de la introducción de la definición de *violencia* en el ámbito sexual contenida en su artículo 11), la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entendía que el concepto de violencia “no corresponde sólo a la violencia física, sino a la moral, cifrada en el constreñimiento, la presión, la intimidación o amenaza que el agente despliega en la víctima (sic), la cual debe ser concomitante al delito para efecto de su perfección”¹⁷⁴. Para la Sala Penal:

“La primera [violencia física] se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados, la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima”¹⁷⁵.

131. Aunque la Corte Suprema reconocía que no existía un solo tipo de modalidad de violencia, supeditaba su configuración a la verificación *ex ante* de la voluntad del victimario. Para ello, los operadores judiciales debían retrotraerse al momento de realización de la acción a fin de examinar si, conforme a las condiciones de un observador, el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico:

“Las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acto, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización”¹⁷⁶.

¹⁷³ Bernal Cuellar, J. (coord) y otros. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 478.

¹⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. SP186-2023 (Radicado 54986).

¹⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. SP 379207 (Radicado 20413) y SP5395-2015 (Radicado 43880).

¹⁷⁶ Ibid.

132. Por otra parte “las conductas que consagran la *violencia* como elemento típico es que la existencia de esta, bien sea física o moral, posea la suficiente entidad para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sin que ello implique este último esté obligado a realizar actos defensivos”¹⁷⁷. La Corte Suprema de Justicia coincidía en que “jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan solo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias”¹⁷⁸ porque “es absurdo pensar que en todos los casos en los cuales se ha imputado la realización del artículo del Código Penal la víctima esté obligada a actuar de determinada forma en aras de colegir que la acción del autor fue violenta”¹⁷⁹. De este modo, según la Sala de Casación Penal:

“El análisis de la conducta de la víctima es irrelevante en aquellos delitos contra la libertad sexual que se ejecutan mediante violencia (...) En otras palabras, «no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico». Por contera, el elemento normativo del tipo, esto es, el ingrediente de la violencia, «no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de ésta)»”¹⁸⁰.

133. Con la modificación realizada en 2014, el legislador determinó en el artículo 212A del Código Penal una descripción de lo que se debía entender por violencia:

“Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

134. Esta definición incluyó el *consentimiento de la víctima* como un ingrediente normativo determinante de si una conducta sexual es, o no, violenta; y dejó de lado el criterio relacionado con que el constreñimiento del sujeto pasivo del delito buscara impedir algún hecho o acto que lesionara algún derecho fundamental propio o de sus allegados. De este modo, el tipo penal le otorga a la víctima la garantía de su libertad sexual -concretada en la facultad de dar su libre consentimiento- antes y durante la realización de un determinado acto sexual.

135. *El consentimiento en materia penal*. El consentimiento es entendido como “la capacidad de las personas de indicar su voluntad de participar en el acto”¹⁸¹. Según la Real Academia de la Lengua Española la palabra

¹⁷⁷ Bernal Cuellar, J. (coord) y otros. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 479.

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. SP439-2018 (Radicado 50493).

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. SP439-2018 (Radicado 50493).

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. SP383315 (Radicado 23508).

¹⁸¹ OEA. Recomendación General del Comité de Expertas del Mesecvi (No. 3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género. 2021. [Revisado el 15 de julio de 2024].

consentimiento significa “el hecho o efecto de consentir, específicamente de permitir algo o de aceptarlo”¹⁸².

136. Para la doctrina, el consentimiento es “un verbo que significa permitir algo, condescender en que se haga algo, aceptar una oferta o proposición, obligarse, otorgar la voluntad con un sí”¹⁸³. De este modo “es la voluntad como atributo de la mente del ser humano que se origina en un impulso interno del cerebro que hace desear o querer algo y permite obtener un resultado determinado”¹⁸⁴.

137. En materia penal, la teoría define el *consentimiento* como “el efecto de justificación, lo que presupone la aceptación de la realización del tipo; por ello, se tendrá que el consentimiento posee la relevancia jurídica de ser una causa de justificación”¹⁸⁵. Así, el consentimiento es entendido como “una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción”¹⁸⁶. De este modo, dentro del esquema dogmático del delito, el consentimiento “en unos casos actuaría como causa de atipicidad de la conducta, y en otros, como causa de justificación”¹⁸⁷.

138. Concebir el consentimiento como una causa de justificación implica “tener que concederle al Estado el poder de evaluar, en cada caso en concreto, y en el ámbito de las causas de justificación, el motivo que lleva al individuo a permitir que un tercero lesione o no sus bienes jurídicos, así como de valorar si debe o no prevalecer, por sobre el interés individual, el interés general en materia del bien jurídico”¹⁸⁸.

139. Dentro de la teoría del delito, la función exacta que le corresponde al consentimiento “es la de actuar como causa de exclusión de la imputación objetiva”¹⁸⁹. Concretamente, el consentimiento constituye una causa de exclusión de la competencia por la causalidad, y abarca tanto los delitos de mera actividad como los delitos de resultado¹⁹⁰. De esta forma, en los delitos

¹⁸²

<https://www.rae.es/diccionario-estudiante/consentimiento#:~:text=m.,permitir%20algo%20o%20de%20aceptarlo> [Revisado el 15 de julio de 2024]

¹⁸³ Arredondo Galván, F.X. (2014). *La firma electrónica notarial y la copia certificada electrónica en el Distrito Federal*. México, D.F. Librería Porrúa: Colegio de Notarios del Distrito Federal, p. 7.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Machado Rodríguez, C. (2012). *El consentimiento en materia penal*. Universidad Externado de Colombia. p. 30. Recuperado el 17 de julio de 2024 en: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4260748.pdf&ved=2ahUKEwj9soLxna6HAXWrSzABHeIHATwQFnoECC8QAQ&usg=AOvVaw0dIXIydKfkbVonBbDS47VG>

¹⁸⁶ Roxin, C. (2000). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*, trad. de la 2ª ed. alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa, reimpr., Madrid, Civitas, p. 512.

¹⁸⁷ Machado Rodríguez, C. (2012) I. *El consentimiento en materia penal*. Universidad Externado de Colombia. p. 34. Recuperado el 17 de julio de 2024 de: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4260748.pdf&ved=2ahUKEwj9soLxna6HAXWrSzABHeIHATwQFnoECC8QAQ&usg=AOvVaw0dIXIydKfkbVonBbDS47VG>

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ De la Gándara Vallejo, B. (1995). *Consentimiento, bien jurídico e imputación*. Madrid, Cóllex, pp. 172.

¹⁹⁰ Machado Rodríguez, C. (2012) I. *El consentimiento en materia penal*. Universidad Externado de Colombia. p. 45. Recuperado el 17 de julio de 2024 de: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4260748.pdf&ved=2ahUKEwj9soLxna6HAXWrSzABHeIHATwQFnoECC8QAQ&usg=AOvVaw0dIXIydKfkbVonBbDS47VG>

sexuales, el consentimiento será válido en el sentido de que no se trata de que “el consentimiento convierta en atípicos los comportamientos lesivos típicos, sino al revés, cuando no media el consentimiento válidamente emitido, se cometen [este tipo de] delitos”¹⁹¹.

5.3. Unificación de jurisprudencia: la falta de consentimiento como un elemento normativo del tipo de la violencia sexual

140. Algunos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos *han incluido la falta de consentimiento como un ingrediente configurativo de violencia sexual*. Según lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará): “la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”¹⁹².

141. Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) determina que los Estados Parte deberán adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias *para tipificar la falta de consentimiento como delito de violencia sexual*. A su vez, este instrumento propende porque: “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”¹⁹³.

142. En el panorama regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en varias sentencias sobre la falta de consentimiento como el eje central para la configuración de la violencia sexual¹⁹⁴. Al respecto, el Tribunal de San José precisó:

“145. La Corte coincide con la posición de los distintos organismos internacionales, de modo que considera que las disposiciones normativas penales relacionadas con la violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central, es decir, para que se perpetre [violencia sexual], no se debe exigir la prueba de amenaza, uso de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual. **Los tipos penales relativos a la violencia sexual deben centrarse en el consentimiento, elemento esencial en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual.** Vale decir que no corresponde demostrar resistencia ante la agresión física, sino la falta de consentimiento, en atención al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Cabe subrayar que solo se puede entender que hay consentimiento

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Esta definición también fue reiterada en Corte IDH. Caso *del Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160 párr. 306. Recuperado el 17 de julio de 2024 en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionderechos-es.pdf>

¹⁹³ Artículo 36.

¹⁹⁴ Cfr. Corte IDH. Caso *del Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215 y Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.

cuando este se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Ya sea mediante la anuencia verbal, o sea porque dicho consentimiento se deriva de un comportamiento evidentemente identificable con una participación voluntaria”¹⁹⁵ (énfasis agregado).

143. Los ordenamientos jurídicos domésticos han avanzado para establecer que la falta de consentimiento (en la mayoría de los casos, específicamente de las mujeres) constituye actos de violencia sexual. Algunos ejemplos de las disposiciones normativas que contemplan este ingrediente se sintetizan en la *Tabla 5*.

Tabla 5. La falta de consentimiento como ingrediente de violencia sexual	
País	Definición
Alemania ¹⁹⁶	Artículo 177. (1) Quien, contra la voluntad discernible de una persona, realice actos sexuales con esa persona o haga que esa persona realice actos sexuales con ella, o haga que esa persona realice o consienta actos sexuales realizados con o por un tercero, incurre en una pena de prisión de seis meses a cinco años. (2) Quien realice actos sexuales con otra persona o haga que esa persona realice actos sexuales, o haga que esa persona realice o consienta actos sexuales realizados sobre o por un tercero, incurre en la misma pena si (...) 3. el delincuente aprovecha un elemento de sorpresa.
Argentina ¹⁹⁷	Artículo 5. Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: (...) 3. Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.
Australia Occidental ¹⁹⁸	222. Término utilizado: asalto. Una persona que golpea, toca o mueve, o de otra manera aplica fuerza de cualquier tipo a la persona de otra, ya sea directa o indirectamente, sin su consentimiento, o con su consentimiento si el consentimiento se obtiene mediante fraude, o que mediante cualquier acto o gesto corporal intenta o amenaza con aplicar fuerza de cualquier tipo a la persona de otra sin su consentimiento, en circunstancias tales que la persona que hace el intento o la amenaza tiene real o aparentemente una capacidad presente para lograr su propósito, se dice que ataca a esa otra persona, y el acto se llama agresión.

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso Angulo Losada vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 18 de noviembre de 2022. Serie C, No. 475.

¹⁹⁶ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1717

¹⁹⁷ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_26485_violencia_familiar.pdf

¹⁹⁸ https://www5.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/ccaca1913252/notes.html

Bolivia ¹⁹⁹	Artículo 7. (Tipos de violencia contra las mujeres). En el marco de las formas de violencia física, psicológica, sexual y económica, de forma enunciativa, no limitativa, se consideran formas de violencia: (...) 7. Es toda conducta que ponga en riesgo la autodeterminación sexual, tanto en el acto sexual como en toda forma de contacto o acceso carnal, genital o no genital, que amenace, vulnere o restrinja el derecho al ejercicio a una vida sexual libre segura, efectiva y plena, con autonomía y libertad sexual de la mujer.
Brasil ²⁰⁰	Artículo 215A. Realizar un acto libidinoso contra alguien y sin su consentimiento con el objetivo de satisfacer la lujuria propia o la de un tercero: Pena - prisión, de 1 (uno) a 5 (cinco) años, si el hecho no constituye delito más grave.
Estado de California (Estados Unidos) ²⁰¹	CAPÍTULO 9. Asalto y agresión. 243.4. (a) Cualquier persona que toque una parte íntima de otra persona mientras esa persona está inmovilizada ilegalmente por el acusado o un cómplice, y si el toque es contra la voluntad de la persona tocada y tiene como objetivo excitación sexual, gratificación sexual, o abuso sexual, es culpable de agresión sexual.
Chile ²⁰²	Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años. Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años.
Ecuador ²⁰³	Artículo 158. Violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar. La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o un miembro del núcleo familiar, se imponga a otra y la obligue a tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas, será sancionada con las penas previstas en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.
España ²⁰⁴	Artículo 178. 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

199
https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_bol_ley348.pdf

200
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

201
https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=PEN§ionNum=243.4

202
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>

203
https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judi_cód_org_int_pen.pdf

204
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Francia ²⁰⁵	Art. 222-22. Constituye agresión sexual toda agresión sexual cometida con violencia, coacción, amenaza o sorpresa o, en los casos previstos por la ley, cometida contra un menor por un adulto.
Luxemburgo ²⁰⁶	Art. 372. La violación de la integridad sexual consiste en realizar un acto de naturaleza sexual sobre una persona que no lo consiente, con o sin ayuda de un tercero que no consienta, o en realizar un acto de naturaleza sexual por parte de una persona. quien no consiente. Cualquier ataque a la integridad sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido sin violencia ni amenaza contra una persona o con la ayuda de una persona que no consienta, en particular mediante engaño, artificio o sorpresa, o que sea incapaz de dar consentimiento libre u oferta de resistencia, incluso cuando la persona sea inducida a cometer el acto sobre su propio cuerpo o el de un tercero, será reprimido con prisión de un mes a dos años y multa de 251 a 10.000 euros.
México ²⁰⁷	Artículo 6. Los tipos de violencia contra las mujeres son: (...) V. La violencia sexual.- Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la Víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto.
Noruega ²⁰⁸	§ 298. Comportamiento sexualmente ofensivo en público o sin consentimiento. Con multa o prisión de hasta 1 año, toda persona que, de palabra o de hecho, muestre conducta sexualmente ofensiva u otra conducta indecente. a. en un lugar público, o b. en presencia de o para alguien que no haya consentido en ello.
Nueva Gales del Sur ²⁰⁹	61KC Tocamientos sexuales. Cualquier persona (la "persona acusada") que sin el consentimiento de otra persona (el "denunciante") y sabiendo que el denunciante no da su consentimiento intencionalmente (a) toca sexualmente al denunciante , o (b) incita al denunciante a tocar sexualmente a la persona acusada , o (c) incite a una tercera persona a tocar sexualmente al denunciante , o (d) incite al denunciante a tocar sexualmente a una tercera persona, es culpable de un delito.
Estado de Nueva York (Estados Unidos) ²¹⁰	Sección 130.05. (...) Independientemente de que se indique específicamente o no, es un elemento de todo delito definido en este artículo que el acto sexual se haya cometido sin el consentimiento de la víctima. 2. La falta de consentimiento resulta de: (a) Coacción forzosa; o (b) Incapacidad para dar consentimiento; o (c) Cuando el delito imputado sea abuso sexual o tocamientos forzados, cualquier circunstancia,

²⁰⁵

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165281/#LEGISCTA000043409037

²⁰⁶ https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20240308#art_372

²⁰⁷ https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_mex_ref_leygralvidalibredeviolencia.pdf

²⁰⁸ https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28/KAPITTEL_2-11#KAPITTEL_2-11

²⁰⁹ https://www5.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ca190082/s61kc.html

²¹⁰ <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PEN/P3THA130>

	además de la compulsión forzada o la incapacidad de dar consentimiento, en la que la víctima no consienta expresa o implícitamente la conducta del actor; o (d) Cuando el delito imputado sea violación en tercer grado según se define en la subdivisión tres de la sección 130.25, o acto sexual delictivo en tercer grado según se define en la subdivisión tres de la sección 130.40, además de coacción forzada, circunstancias bajo las cuales , en el momento del acto sexual, conducta sexual oral o conducta sexual anal, la víctima expresó claramente que no dio su consentimiento para realizar dicho acto, y una persona razonable en la situación del actor habría entendido las palabras de dicha persona y actúa como expresión de falta de consentimiento a tal acto en todas las circunstancias.
Nueva Zelanda ²¹¹	Violación sexual definida. (3) La persona A tiene una conexión sexual ilegal con la persona B si la persona A tiene una conexión sexual con la persona B— (a) sin el consentimiento de la persona B para la conexión; y (b) sin creer con motivos razonables que la persona B consiente la conexión.
Perú ²¹²	Artículo 8. Tipos de violencia. Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son: (...) C. Violencia Sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.
Portugal ²¹³	Artículo 163. Coerción sexual. 1- El que, solo o acompañado de otro, obligare a otra persona a sufrir o realizar un acto sexual significativo, es reprimido con pena de prisión de hasta 5 años. (...) 3- A los efectos del apartado 1, se entiende por coacción cualquier medio, no previsto en el apartado anterior, utilizado para realizar un acto sexual importante contra la voluntad reconocible de la víctima.
Queensland ²¹⁴	245. Definición de agresión. (1) Una persona que golpea, toca o mueve, o de otra manera aplica fuerza de cualquier tipo a la persona de otra, ya sea directa o indirectamente, sin el consentimiento de la otra persona, o con el consentimiento de la otra persona si el consentimiento se obtiene mediante fraude, o que mediante cualquier acto o gesto corporal intenta o amenaza con aplicar fuerza de cualquier tipo a la persona de otra sin el consentimiento de la otra persona, en circunstancias tales que la persona que realiza el intento o la amenaza tiene real o aparentemente una capacidad presente para lograr el propósito de la

²¹¹ <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1961/0043/latest/DLM329051.html>

²¹² https://www.defensoria.gob.pe/deunavezportodas/wp-content/uploads/2019/02/Ley3036_erradicarviolencia.pdf

²¹³ <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>

²¹⁴ <https://www.legislation.qld.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-1899-009>

	persona, se dice que ataca a esa otra persona, y el acto se llama agresión. 352. Agresiones sexuales. (1) Cualquier persona que: (a) agrede [245] ilegal e indecentemente a otra persona; o (b) procura a otra persona, sin el consentimiento de ésta- (...) es culpable de un delito.
Reino Unido ²¹⁵	Asalto sexual. (1) Una persona (A) comete un delito si: (a) toca intencionalmente a otra persona (B), (b) el contacto es sexual, (c) B no consiente el contacto, y (d) A no cree razonablemente que B consienta. (2) Si una creencia es razonable debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las medidas que A haya adoptado para determinar si B da su consentimiento.
Sudáfrica ²¹⁶	Agresión sexual forzada. Una persona ('A') que ilegal e intencionalmente obliga a una tercera persona ('C'), sin el consentimiento de C, a cometer un acto sexual con un denunciante ('B'), sin el consentimiento de B, es culpable del delito de agresión sexual forzada.
Suecia ²¹⁷	6 cap. Sobre los delitos sexuales. Quien, con una persona que no participa voluntariamente, realice un acto sexual distinto del previsto en el § 1, será condenado por agresión sexual.
Estado de Texas (Estados Unidos) ²¹⁸	Sec. 22.011. AGRESIÓN SEXUAL. (...) (b) Una agresión sexual según la Subsección (a)(1) es sin el consentimiento de la otra persona si: (...) (5) la otra persona no ha dado su consentimiento y el actor sabe que la otra persona no sabe que está ocurriendo la agresión sexual.

Fuente. Elaboración propia

144. Los anteriores avances demuestran que la inclusión de la falta de consentimiento como un elemento constitutivo de violencia sexual no es una mera interpretación aislada de algunas decisiones internacionales. Se trata del esfuerzo mancomunado de los Estados por superar la desigualdad histórica en la que han estado las mujeres -y los niños, las niñas y los adolescentes- en relación con la posibilidad de ejercer su libertad, integridad y formación sexuales.

145. En el caso colombiano, desde hace dos décadas la jurisprudencia constitucional estableció que: “todo acto sexual, distinto del acceso carnal, que se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo capaz de consentir, se encuadra dentro del tipo penal del acto sexual violento”²¹⁹. A partir de este y otros desarrollos judiciales en la materia, el legislador incluyó la falta de consentimiento como un elemento normativo de violencia sexual. Puntualmente, el artículo 212A del Código Penal establece como formas de violencia sexual, entre otras, *la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento*.

²¹⁵ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/part/1/2024-01-31>

²¹⁶ <https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2007-032.pdf>

²¹⁷ https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700_sfs-1962-700/#K6

²¹⁸ <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/PE/htm/PE.22.htm#22.011>

²¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2005.

146. Al consultar los antecedentes legislativos del proyecto de ley que dio origen a la expedición de la Ley 1719 de 2014, el propósito de adoptar esa definición de violencia “es el de aclarar a los operadores jurídicos la existencia de conductas violentas aun cuando no existe el uso de la fuerza física (...) y su alcance debe entenderse ligado a la definición de violencia expresamente sexual”²²⁰ (subraya propia de la cita).

147. El consentimiento en materia sexual es la posibilidad de que un sujeto (incluidas las mujeres) decida su integridad corporal, el control sobre su propio cuerpo, su autodeterminación y el placer sexual. Se trata de la facultad más básica -si se quiere- de que una persona pueda disponer libremente de su cuerpo de la manera en que a bien considere. A pesar de lo obvio que podría parecer la inclusión de las mujeres dentro del concepto de *sujetos de derechos*, la Sala Plena se ve forzada a mencionarlas a fin de erradicar -de una vez por todas- este ideario machista en el que sus cuerpos, sus vidas o su dignidad están a merced de terceros.

148. Sectores de la doctrina han resaltado cómo los códigos morales, sociales, culturales y de género configuran el consentimiento femenino como un *nudo de tensiones* a partir de varios momentos:

“En un primer registro, el ordenamiento jurídico tutela el consentimiento de las mujeres a decidir dónde, cuándo y con quién sostener actos sexuales a través de la libertad sexual. En un siguiente nivel, las hace responsables por su "incapacidad" para impedir una agresión sexual, haberla provocado o no haber tenido la fuerza para resistirla. En esta dirección, asumir el término acríticamente justifica el acto sexual, en tanto revictimiza a las mujeres al obviar el contexto particular del evento, las acciones del implicado y las configuraciones de género que permean la sexualidad. La perspectiva jurídica descarga la total responsabilidad en quien "autoriza" -sin considerar las acciones de quien recibe, pide o vulnera el consentimiento-, presentando el fenómeno como si fuera neutral y se basara en atributos individuales, aislados del contexto sociocultural y las experiencias subjetivas de las personas jurídicamente capaces”²²¹.

149. A nivel simbólico, social y subjetivo, el consentir “se estructura a partir de un sistema de oposición jerárquicamente organizado, fundamentado en el orden sexual: es responsabilidad de las mujeres establecer límites a los intentos masculinos por obtener "algo" de ellas”²²². De allí que “las consecuencias de aceptar (querer o desear, aceptar, o bien, no tener otra opción que aceptar, no tener más opciones, entre otras) o negarse (no poder negarse, no tener la fuerza de negarse, no querer negarse) recaen sobre nadie más que ellas”²²³.

²²⁰ Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 037 de 2012 Cámara, 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 al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: https://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml#_ftn12

²²¹ Pérez Hernández, Y. (2016). *Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género*. Revista mexicana de sociología, 78(4), 741-767. Recuperado en 17 de julio de 2024, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000400741&lng=es&tlng=es

²²² Ibid.

²²³ Ibid.

150. En las estructuras de género “el consentimiento es aparentemente un evento privado que, sin embargo, a nivel sociocultural y subjetivo atañe exclusivamente a las mujeres”²²⁴. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, es inadmisibles esta interpretación social. Por el contrario, es el sujeto activo quien debe asegurarse -por todos los medios- que, en todo momento (desde antes que inicia el acto, durante toda su ejecución y hasta el momento final en que se consuma) el sujeto pasivo **da** su consentimiento. Por ende, no es válida la ratificación o la prestación de un consentimiento conferido después del acto²²⁵.

151. Por lo anterior, la Sala Plena reitera que “el consentimiento sexual debe ser explícito. No puede deducirse, ni mucho menos ser el resultado de una inferencia”²²⁶. El consentimiento en el ámbito sexual solo se entiende válido si quien participa como sujeto pasivo del acto ha manifestado de manera expresa, manifiesta y libre que **sí es sí**. El consentimiento otorgado originalmente bajo ciertas y determinadas condiciones debe mantenerse bajo las mismas circunstancias durante todo el acto sexual, cualquiera que sea. A su vez, el consentimiento podrá revocarse en cualquier momento, sin que esto constituya algún perjuicio para el sujeto pasivo del acto sexual. Dicha revocatoria impone sobre el sujeto activo la obligación de detener cualquier acto en ejecución de manera inmediata.

152. El silencio, la permisividad, la quietud, la pasividad, la falta de resistencia o cualquier manifestación diferente a la expresión **sí** no podrán ser entendidos como consentimiento del sujeto pasivo en el ámbito sexual. De allí que en la Ley 1719 de 2014 se incluyeran dos definiciones relacionadas con lo que no puede entenderse como consentimiento en casos de violencia sexual. Por una parte “el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre”²²⁷. Por otra parte “el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual”²²⁸. Incluso añejas figuras tratadas en la dogmática de los delitos sexuales, como la llamada *vis grata puellis* hoy han de olvidarse por completo en esta discusión, a partir de la exigencia sin ambigüedades, del consentimiento expreso, directo y claro²²⁹.

153. La libertad sexual no presupone el ejercicio de un derecho diferente a otras manifestaciones de la libertad generalmente considerada²³⁰. Por ende, el consentimiento “juega un rol importante en la determinación y diferenciación

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Corte Suprema de Justicia. SP3574-2022 (Radicado 54189).

²²⁶ Corte Suprema de Justicia. AP1981-2023 (Radicado 63149).

²²⁷ Ley 1719 de 2014 (artículo 18).

²²⁸ Ley 1719 de 2014 (artículo 18).

²²⁹ Un ejemplo de ello se refleja en la sentencia 13222 de abril 2 de 2024, de la Sala 3ª de la Corte Suprema de Casación de Italia que contundentemente anotó que no está de acuerdo con los estereotipos u orientaciones anticuados según los cuales, a los efectos del artículo 519 del Código Penal (actualmente 609 bis), debe entenderse por violencia aquella que coloca al sujeto pasivo en la condición de no poder oponer la resistencia que realmente hubiera querido. Según este planteamiento, la violencia no constituía violencia si era necesaria para vencer la natural reticencia femenina, es decir, la llamada *Vis grata puellis*. La jurisprudencia sobre el fondo también sostenía que la víctima debía oponer una resistencia extenuante con todos los medios y fuerzas que le permitiera su condición, por lo que no existía el delito de violencia sexual. Cfr. <https://www.studiolegalemontibruni.it/approfondimenti/vis-grata-puellae-e-violenza-sessuale-1> [Revisado el 4 de agosto de 2024]. Traducción realizada con la versión gratuita del traductor www.DeepL.com/Translator

²³⁰ Buompadre, Jorge Eduardo. *Solo si es sí, Si no es sí es no. Violencia sexual y consentimiento*. Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Enero de 2024, No. 495, p. 10.

entre una conducta violenta y un acto sexual consensuado”²³¹. De este modo “la ausencia del consentimiento no tiene que ser probada por el Fiscal como elemento del tipo. La existencia de circunstancias que puedan hacer que el consentimiento no se pueda expresar puede ser suficiente para presumir la ausencia de consentimiento”²³².

154. El realizar una conducta implica para el agente que el consentimiento sexual solo puede otorgarlo la persona que es titular del bien jurídico protegido (libertad sexual). Solo cuando la persona titular del bien jurídico *libertad sexual* aprueba y consiente cualquier acto sexual con otra persona (expresa su voluntad de manera libre, exenta de vicios y espontánea de tomar una decisión en sentido positivo en materia sexual, disponiendo libremente de lo que es su propio interés o bien jurídico), entonces no existe el delito de acto sexual violento²³³. Por ello, “si el agente avanza hacia otros actos sexuales no autorizados (por ej., le han sido permitidos besos y caricias y el sujeto activo, sin el correspondiente permiso, accede carnalmente a su pareja; o, en una relación originalmente consentida con la protección de un preservativo, pero durante el acto sexual el autor se lo quita subrepticamente, sin conocimiento y acuerdo de su pareja), deberá ser responsabilizado por el último acto realizado, sin perjuicio de las dificultades probatorias que se presentarían en un caso de estas características”²³⁴.

5.4. El delito de injuria por vías de hecho

155. Por remisión del artículo 220 de la Ley 599 de 2000, el artículo 226 de la misma codificación tipifica el delito de injuria por vías de hecho de la siguiente manera “en la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona”²³⁵. Se trata de un tipo penal subordinado del artículo 220 que requiere del elemento psicológico del querer afectar la integridad moral de otra persona (*animus injuriandi*) a través de medios reales de hecho²³⁶. En estos eventos, el sujeto activo debe actuar “con dolo de lesionar el honor de otra persona”²³⁷.

156. Según la Real Academia de la Lengua, el honor es “la cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo”²³⁸, o “la gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea”²³⁹.

157. La doctrina penal ha entendido el honor desde dos dimensiones. En su *dimensión subjetiva*, el honor es:

²³¹ Ibid.

²³² Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. *Prosecutor vs. Kunarac y otros*. Sentencia de apelación del 12 de junio de 2002.

²³³ Buompadre, Jorge Eduardo. *Solo si es si, Si no es sí es no. Violencia sexual y consentimiento*. Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Enero de 2024, No. 495, p. 5.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ley 599 de 2000 (artículo 226).

²³⁶ Bernal Cuellar, J. (coord) y otros. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 339.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Cfr. <https://dle.rae.es/honor#> [Revisado el 15 de julio de 2024].

²³⁹ Cfr. <https://dle.rae.es/honor#> [Revisado el 15 de julio de 2024].

“El sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad moral y designa aquella suma de valores morales que el individuo se atribuye a sí mismo; o con el sentimiento íntimo de estimación y respeto por la propia dignidad. Dicho en otras palabras, es el sentimiento de nuestra propia dignidad por la conciencia de nuestra propia virtud, de nuestra rectitud, de nuestros méritos personales”²⁴⁰.

158. En su *dimensión objetiva*, para la doctrina, el honor es:

“La estimación o la opinión que los demás tienen de nosotros; o sea, la reputación, la honra”²⁴¹. “La reputación o la honra es fama, o sea la opinión que los demás tienen de nosotros por las virtudes que tenemos o aparentamos. De otra manera, la honra se entiende como la buena fama o reputación de que se goza ante los demás; se trata de un concepto referido a la ajena valoración de los actos, a la estimación de los demás miembros de la comunidad”²⁴².

159. La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre la expresión *imputaciones deshonrosas*, así:

“No todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerado como imputación deshonrosa. Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. Por esta razón, la labor del juez en cada caso concreto, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y el grado de proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una verdadera amenaza o vulneración del derecho en comento”²⁴³.

5.5. Diferenciación entre los tipos penales de injuria por vías de hecho y de acto sexual violento

160. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han mencionado qué comportamientos configuran la injuria por vías de hecho. Por una parte, la doctrina penal ha señalado que “una bofetada, un puntapié sin consecuencias lesivas para el cuerpo o la salud, pues de quedar secuelas habría concurso de injuria y lesiones personales, como lo habría también de injuria y daño en bien ajeno cuando la injuria consiste en manchar o destruir [la ropa] de otra persona”²⁴⁴.

161. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que este delito “trata de las formas, distintas a las verbales, en que se ofende el honor de una persona, como cuando se le abofetea –sin que se trate, en estricto sentido, de

²⁴⁰ Bernal Cuellar, J. (coord) y otros. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 325.

²⁴¹ Ibid. pág. 326.

²⁴² Ibid. pág. 326.

²⁴³ Corte Constitucional. Sentencias C-392 de 2002 y C-442 de 2011.

²⁴⁴ Vicente Arenas, A. (1984). *Comentarios al Código Penal Colombiano*. Tomo II, parte especial, vol. 2. Bogotá, Temis, 5a. ed., pág. 97

lesiones personales-, escupe o somete a escarnio -despojarla de sus vestiduras, arrojarle excrementos, etc.-”²⁴⁵.

162. La Sala de Casación Penal también ha admitido que “el agravio, si ese es el querer del ofensor, puede ocupar matices sexuales, visto que este es un aspecto que como el que más puede incidir en el honor de las personas”²⁴⁶. Algunos doctrinantes e inclusive la Corte Constitucional²⁴⁷ respaldaban esta acepción frente a que “tentar sin consentimiento las regiones corporales que la cultura occidental asocia con el sexo, constituye un ultraje a la dignidad de la persona que recibe el comportamiento, una afrenta, una agresión y, en fin, un desprecio absoluto por su honor”²⁴⁸, lo que configuraría el delito de injuria por vías de hecho. Según esta línea:

“La conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas de una persona capaz sin su aquiescencia, es sin duda un acto reprochable, sea que se realice súbitamente en vía pública -como en este caso- o en el servicio de transporte masivo o aprovechando las conglomeraciones humanas en manifestaciones, centros comerciales, espectáculos públicos, etc., pero no constituye actualmente un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales”²⁴⁹.

163. De otro lado, otros pronunciamientos de la Corte Suprema rechazaban esta lectura dirigida a encuadrar los tocamientos de connotación sexual no consentidos en el delito de injuria por vías de hecho. Esto porque “resulta desconocedor del juicio de tipicidad directo, inmediato y completo o pleno, por afectación de la libertad, integridad y formación sexuales, que elude cualquier alternativa en éste (sic) sentido y rechaza por ende la especulación tendiente a sostener una aparente concurrencia de menoscabo a la integridad moral de [la víctima] que en este caso no tiene cabida considerado el carácter eminentemente sexual de la conducta enjuiciada”²⁵⁰.

164. Esta otra interpretación de la Sala Penal dijo que:

“Cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos. No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario”²⁵¹. (Se enfatiza por la Corte).

165. La violencia sexual (en su mayoría, dirigida contra las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes)²⁵² es la manifestación extrema de la desigualdad y del sometimiento que esa población padece frente a estructuras machistas

²⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. SP107-2018 (Radicado 49799).

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011.

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de julio de 2008 (Radicado 29117).

²⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. SP392106 (Radicado 25743).

²⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. SP228348 (Radicado 34661), SP382872 (Radicado 31715) y SP15269-2016 (Radicado 47640).

²⁵¹ Corte Suprema de Justicia. SP228348 (Radicado 34661) y SP381363 (Radicado 30305).

²⁵² https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/1003447/Boletin_NNA_enero_2024.pdf

profundamente enraizadas en la sociedad. Este tipo de vejámenes, en cualquiera de sus manifestaciones constituye un atentado contra los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la seguridad, a la libertad, a la integridad, a la formación sexual y la dignidad humana de las víctimas. Se trata de actos deleznales dirigidos a utilizar los cuerpos como instrumentos de satisfacción propia o ajena, en los que se anula íntegramente el consentimiento de la víctima para el propio placer. Y aunque este tipo de conductas atentan, entre otras, contra la dignidad de una persona (algunas de estas considerados crímenes de lesa humanidad²⁵³), no es el único bien jurídicamente tutelado que se vulnera.

166. Como se advirtió al inicio de esta sección, los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales buscan salvaguardar: (i) la facultad de las personas de obrar libremente en esa esfera y de contar con la capacidad de autodeterminarse en el ámbito sexual; (ii) los intereses de quienes, por no disponer de capacidad para ejercer aquella autodeterminación, deben ser preservados en su indemnidad sexual, y (iii) la etapa de desarrollo del criterio sexual que tiene cada persona, sin intervenciones nocivas.

167. De este modo, cualquier acto distinto del acceso carnal que no sea consentido por el sujeto pasivo (incluido cualquier tipo de tocamiento -que en muchos casos va dirigido a las partes íntimas de una persona-, los besos en la boca o actos similares) dirigidos a excitar o satisfacer la lujuria del sujeto activo o, más claramente, su apetencia sexual o impulsos libidinosos **constituyen afrentas directas que coartan estas tres garantías tuteladas por el título IV del Código Penal y configuran un acto sexual violento**. Además, dígase de paso, que el tiempo de duración de la agresión -sea fugaz o duradera- no hace parte del tipo penal, así como en el secuestro la restricción de la libertad ambulatoria de quien es coartado en su posibilidad de decidir a dónde ir, no depende de si fue cortísimo el tiempo de esa restricción o acaso muy dilatado. Ello no incide en la consumación de una y otra conducta delictiva.

168. El acto sexual violento se connota ante la ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo del acto, frente a una acción con connotación sexual (diversa del acceso carnal) y con la finalidad de satisfacer la libido del agente. De allí que, cuando se presenten los dos elementos mencionados (falta de consentimiento y un acto de connotación sexual), la conducta no se pueda adecuar al delito de injuria por vías de hecho, en el cual el *animus* es bien distinto. Es evidente que una y otra conducta afectan la dignidad de la persona, pero no es posible adecuar como un delito contra el honor aquella conducta de evidente connotación sexual sin que medie consentimiento. Tanto la dogmática contemporánea de los delitos sexuales como la evolución de la legislación (según se puede observar párrafos atrás) obligan a privilegiar la escogencia del delito sexual, no apenas por su evidente carácter protectivo, sino por virtud del principio de especialidad²⁵⁴.

169. Tal conclusión es correcta si se tiene claro que en los tiempos que corren, se ha hecho evidente la existencia de sesgos machistas tanto en la legislación como en la jurisprudencia; a más de ello por la indudable decisión en el ámbito

²⁵³ El Estatuto de Roma considera crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, el tráfico de personas, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable.

²⁵⁴ Cfr S. C-133/1999.

internacional de proscribir todas las formas de violencia contra la mujer (CEDAW), así como la de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (*Belém do Pará*). Considerar que apenas se afecta la honra o el honor de quien es agredido sexualmente, sin que sea del caso considerar la forma de la violencia o la duración temporal de la agresión, sin duda minimiza la intensidad del daño sufrido por la víctima, banaliza la importancia de la libertad sexual y privilegia a los agresores sexuales con una ponderación minimizada de un bien jurídico de trascendental peso para la dignidad de la persona humana pues, anula su derecho a vivir *como se quiere y a vivir sin humillaciones*.

170. La lista de conductas mencionadas en el artículo 212A del Código Penal no es taxativa. Evidencia de ello es que la última frase de la lista establece una cláusula amplia que incluye “la utilización de entornos de coacción y **circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento**”. (énfasis añadido). En este sentido, cualquier acto de connotación sexual distinto al acceso carnal que sea realizado sin el consentimiento de una de las personas involucradas y que busque satisfacer la libido del agente es un acto sexual violento.

11. El proceso penal y el incidente de nulidad: naturaleza, oportunidad y trámite

6.1. Conceptualización del procedimiento penal especial abreviado y diferenciación con el proceso penal ordinario

171. A través de la Ley 1826 de 2017, se estableció un procedimiento penal especial abreviado para los delitos que requieren querrela para el inicio de la acción penal²⁵⁵, y los demás descritos en el numeral 2 del artículo 534 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017)²⁵⁶. El tipo penal de injuria por vías de hecho está incluido dentro de los delitos querellables²⁵⁷.

172. El procedimiento especial abreviado inicia con el traslado del escrito de acusación, tras lo cual el indiciado adquiere la condición de parte²⁵⁸. Dicho traslado no se realizará en audiencia (el fiscal citará al indiciado para que comparezca junto con su defensor, así como a la víctima) y la FGN deberá realizar un descubrimiento probatorio total²⁵⁹. No obstante, en los casos en que

²⁵⁵ Ley 906 de 2004 (artículo 74).

²⁵⁶ “Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C. P. artículo 134A), Hostigamiento Agravados (C. P. artículo 134C), violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229), inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233) hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10; estafa (C. P. artículo 246); abuso de confianza (C. P. artículo 249); corrupción privada (C. P. Artículo 250A); administración desleal (C. P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C. P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258); invasión de tierras o edificaciones (C. P. artículo 263); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C. P. artículo 272); falsedad en documento privado (C. P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C. P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C. P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312)”.

²⁵⁷ Ley 906 de 2004 (artículo 74.2).

²⁵⁸ Ley 906 de 2004 (artículo 536).

²⁵⁹ Ibid.

la FGN solicite la imposición de medidas de aseguramiento, se realizará audiencia ante un juez de control de garantías²⁶⁰. Para todos los efectos procesales, el traslado del escrito de acusación equivale a la formulación de imputación del proceso penal ordinario²⁶¹ e interrumpe la prescripción de la acción penal²⁶². Una vez realizado, el fiscal indagará a las partes si tienen ánimo conciliatorio²⁶³ y las partes podrán solicitar medidas cautelares²⁶⁴.

173. El procedimiento especial abreviado se basa en dos audiencias principales: “una en la que se comunican los cargos, se descubren y solicitan pruebas [audiencia concentrada], y otra en la cual se practican, se adelanta el contradictorio y culmina con una decisión de fondo [juicio oral]”²⁶⁵.

174. En los eventos en que haya aceptación de los cargos por parte del indiciado, este y la FGN suscribirán un acta en la que conste la manifestación de aceptación de responsabilidad de manera libre, voluntaria e informada, la cual deberá anexarse al escrito de acusación. Estos documentos “serán presentados ante el juez de conocimiento para que verifique la validez de la aceptación de los cargos y siga el trámite del artículo 447 [para individualización de pena y sentencia]”²⁶⁶.

175. Varias de las diferencias entre el procedimiento penal especial abreviado y el proceso penal ordinario radican en: (i) las conductas punibles frente a las que es aplicable uno u otro procedimiento; (ii) el trámite simplificado que tiene el procedimiento penal especial abreviado respecto del proceso penal ordinario; (iii) en el procedimiento penal especial abreviado se eliminó la audiencia de formulación de imputación y el traslado del escrito de acusación hará las mismas veces de formulación de imputación²⁶⁷; (iv) en el procedimiento penal especial abreviado, el traslado del escrito de acusación se hará en la oficina del fiscal encargado, en presencia del apoderado o defensor del indiciado y la víctima (y su apoderado si así lo desea)²⁶⁸, y (v) en el procedimiento penal especial abreviado, la vinculación formal del procesado al proceso y la comunicación de los cargos imputados no se realiza en audiencia preliminar ante el juez de control de garantías. No obstante, cuando la FGN solicite la imposición de medidas de aseguramiento, este trámite -junto con la resolución sobre la imposición de las medidas- se realizará en audiencia²⁶⁹.

6.2. El incidente de nulidad en el proceso penal

176. La Corte Constitucional ha señalado que “las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador -y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia -sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez

²⁶⁰ Ley 906 de 2004 (artículo 537).

²⁶¹ Ley 906 de 2004 (artículo 536 parágrafo 4).

²⁶² Ley 906 de 2004 (artículo 536 parágrafo 1).

²⁶³ Ley 906 de 2004 (artículo 536 parágrafo 2).

²⁶⁴ Ley 906 de 2004 (artículo 536 parágrafo 3).

²⁶⁵ Gaceta del Congreso No. 591 del 12 de agosto de 2016, p 18.

²⁶⁶ Ley 906 de 2004 (artículo 539).

²⁶⁷ Ley 906 de 2004 (artículo 536).

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ley 906 de 2004 (artículo 537).

de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso”²⁷⁰.

177. La Ley 906 de 2004 establece *taxativamente*²⁷¹ tres situaciones que conllevan a la nulidad de varios actos procesales: la nulidad derivada de la prueba ilícita²⁷²; la nulidad por incompetencia del juez²⁷³ y la nulidad por violación de las garantías fundamentales (el derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales)²⁷⁴.

178. La Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en materia penal, las nulidades se rigen por seis principios: (i) *taxatividad*, que señala que solo se pueden solicitar las nulidades expresamente establecidas en la ley; (ii) *protección*, que determina que no puede invocarlas la parte que dio lugar a la configuración del acto irregular, salvo el caso de ausencia de defensa técnica; (iii) *convalidación*, que establece que la irregularidad se puede ratificar con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado; (iv) *trascendencia*, que impone que se acredite que la irregularidad es sustancial, de tal magnitud que afecta las garantías de los sujetos procesales o quebranta las bases del proceso, por eso no cualquier irregularidad deviene automáticamente en una nulidad; (v) *instrumentalidad de las formas*, que estipula que, cuando se cumpla la finalidad del acto y sin vulnerar las garantía fundamental de los intervinientes, este no se puede anular, y (vi) *residualidad*, ordena que se decrete la nulidad cuando no existe otro remedio procesal para subsanar el yerro²⁷⁵.

179. En el Estatuto Procesal Penal de 2004 no está reglamentado el procedimiento para los incidentes de nulidad. No obstante, a partir del principio de integración normativa establecido en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, al proceso penal le son aplicables las reglas del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso) y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza de dicho procedimiento. Esto con el fin de llenar los vacíos normativos que se deban subsanar. En complemento de lo anterior, el artículo 1 del Código General del Proceso autoriza la aplicación de tales disposiciones a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad cuando no estén regulados expresamente en otras leyes.

180. Los artículos 127 y siguientes del Código General del Proceso regulan -de manera general- los incidentes (incluidas las nulidades procesales). Frente a la oportunidad y el trámite de las nulidades, la codificación procesal dispone que “las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella”²⁷⁶.

6.3. El incidente de nulidad por violación de las garantías fundamentales en el acto de imputación o de acusación

²⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-661 de 2014 y T-125 de 2010.

²⁷¹ Ley 906 de 2004 (artículo 458).

²⁷² Ley 906 de 2004 (artículo 455).

²⁷³ Ley 906 de 2004 (artículo 456).

²⁷⁴ Ley 906 de 2004 (artículo 457).

²⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. AP3046-2024 (Radicado 59441), AP3762-2023 (Radicado 59925), AP3479-2023 (Radicado 60500), AP1915-2023 (Radicado 63211), SP4191-2020 (Radicado 56209) y SP931-2016 (Radicado 43356).

²⁷⁶ Ley 1564 de 2012 (artículo 134). Dicha expresión fue declara exequible mediante la Sentencia C-537 de 2016.

181. La Ley 906 de 2004 ha definido la *formulación de la imputación* como “el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”²⁷⁷. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha concebido la imputación de cargos en el proceso penal como “el acto de comunicación que determina la vinculación formal de un individuo al proceso penal, y en el que se informa formalmente al indiciado de que las autoridades lo están investigando por la ocurrencia de un hecho punible, el cual pudo ser cometido por él”²⁷⁸. Se trata de un acto de *mera comunicación* a través del cual, en ejercicio de su poder punitivo, el Estado les comunica a las partes del proceso los delitos por los que el sujeto investigado puede ser acusado, enjuiciado y condenado.

182. *La imputación fija el marco fáctico y jurídico* en el que se adelantará el proceso penal y se proferirá la futura sentencia, a partir de la descripción de unos hechos jurídicamente relevantes, atribuidos a un individuo, y su correlación con la calificación jurídica de los mismos²⁷⁹. De allí su naturaleza medular en el sistema penal oral acusatorio. Además, la imputación determina “(i) el debate sobre la medida de aseguramiento y otras medidas cautelares; (ii) fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación; y, (iii) limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación (sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera)”²⁸⁰. Por lo tanto “es un imperativo que la Fiscalía realice correctamente el «juicio de imputación», lo que se traduce en la debida delimitación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y su calificación jurídica”²⁸¹.

183. *La acusación “constituye la pieza procesal que sirve de marco de delimitación al juicio, al tiempo que se erige en garantía del derecho a la defensa”*²⁸². En ella se establecen “los sujetos, hechos jurídicamente relevantes, sus circunstancias y delitos que estructuran la teoría del caso que la fiscalía se compromete a demostrar en el juicio, y con base en este conocimiento la defensa planeará y trazará su línea defensiva”²⁸³. Lo anterior, con el ánimo de garantizar que, a la defensa, no se le sorprenderá con una sentencia que no guarde correspondencia con la acusación (congruencia).

184. La acusación no puede ser realizada en cualquier momento ni de cualquier forma. El escrito acusatorio se presentará cuando el fiscal considere que “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”²⁸⁴.

²⁷⁷ Ley 906 de 2004 (artículo 286).

²⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-276 de 2020.

²⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. SP3574-2022 (Radicado 54189).

²⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. SP3574-2022 (Radicado 54189).

²⁸¹ Corte Suprema de Justicia. SP3574-2022 (Radicado 54189), SP2042-2019 (Radicado 51007) y SP3168-2017 (Radicado 44599).

²⁸² Corte Suprema de Justicia. SP1392-2015 (Radicado 39894).

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ley 906 de 2004 (artículo 336).

185. Sobre la *posibilidad de control de los actos de comunicación procesal* (i.e. la imputación o la acusación), existen *tres* posturas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁸⁵.

186. *Primera postura: la que niega cualquier posibilidad de control material de tales actos*²⁸⁶. La Corte Suprema de Justicia ha determinado que respecto de la imputación y la acusación (o su acto equivalente) “no existe control alguno, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la imputación en lo sustancial o sus aspectos de fondo”²⁸⁷. Para esa corporación, la tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado²⁸⁸ y, por ende, una injerencia de esta índole es “incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio”²⁸⁹. Según esta línea, son improcedentes los incidentes de nulidad formulados contra todo acto de la FGN (la imputación, la acusación o los preacuerdos).

187. La Sala Penal ha señalado que la posibilidad de que el juez invalide la formulación de imputación aceptada por el procesado:

“Desvertebra la sistematicidad del proceso adversarial, en tanto se coloca al juez en la condición de coacusador ya que se le autoriza a que exprese, con carácter vinculante, su propia teoría del caso, invadiendo la órbita requirente que le está asignada con exclusividad al fiscal; y, de paso, se produce una consecuencia altamente nociva para la operatividad del esquema, pues se altera el flujo de casos que se espera se tramiten por la vía del proceso abreviado, sin dejar de mencionar las enormes dificultades en que queda la fiscalía en materia de demostración de una teoría del caso que no es la suya, sino la del juez que decretó la nulidad”²⁹⁰.

188. *Segunda postura: propende por un control material más o menos amplio de la imputación o acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso*²⁹¹. Esta línea se respalda en la Sentencia C-1260 de 2005 que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004 “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

189. Esta posición se caracteriza porque admite la posibilidad de un control judicial material y permite cierto grado de intromisión en el contenido jurídico de la acusación (o su equivalente). Lo anterior, en aras de realizar los fines de

²⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. SP1289-2021 (Radicado 54691).

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia. SP380538 (Radicado 29994) del 15 de julio de 2008; SP207513 (Radicado 38256) del 21 de marzo de 2012; SP243893 (Radicado 37951) del 19 de junio de 2013; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, rad. 41375 y SP246013 (Radicado 39886) del 16 de octubre de 2013.

²⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. SP14191-2016 (Radicado 45594).

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. SP380538 (Radicado 29994); SP207513 (Radicado 38256); SP243893 (Radicado 37951); SP244733 (Radicado 41375), SP246013 (Radicado 39886) y SP382389 (Radicado 31538).

²⁹⁰ Corte Suprema de Justicia. SP246013 (Radicado 39886).

²⁹¹ Corte Suprema de Justicia. SP392559 (Radicado 27759) del 12 de septiembre de 2007 y SP382756 (Radicado 31280) del 8 de julio de 2009.

la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad²⁹².

190. Para la Corte Suprema, el control judicial que se realiza al allanamiento de la imputación no se cumple con la simple revisión formal de los aspectos señalados en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004. Por el contrario “la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y debido proceso”²⁹³.

191. La Sala de Casación Penal ha admitido que el juez de conocimiento anule la imputación al considerar que, dentro de su autonomía, no está obligado a compartir el contenido que le otorgó el fiscal y que aceptó el procesado²⁹⁴. En el caso, al investigado se le imputó el agravante contenido en el artículo 104.3 del Código Penal por la utilización del arma de fuego de defensa personal para cometer un homicidio, imputación que fue aceptada por el ciudadano. El tribunal penal evidenció que la FGN imputó una circunstancia de agravación punitiva que no fue prevista por el legislador como punible ni estaba taxativamente establecida en la codificación penal. Por ende, la Sala de Casación determinó que se vulneraba el derecho fundamental al debido proceso y se lesionaba el principio de legalidad cuando “la conducta desplegada por el agente no se adecúa al tipo penal imputado”²⁹⁵.

192. La Corte Suprema hizo hincapié en que “de comprobarse que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, no es posible oponer la manifestación libre y voluntaria del indiciado y el presunto cumplimiento de las formas, a los derechos y garantías fundamentales”²⁹⁶. Asimismo, destacó que es desacertado afirmar que el juez de conocimiento no puede decretar la nulidad del acto de allanamiento, pues, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia²⁹⁷, cuando por decisión voluntaria del imputado se pone término a la investigación de manera anticipada, la actuación de la autoridad judicial se contrae a dictar sentencia de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta nulidad del acto, o que sea manifiesta la vulneración de garantías fundamentales”.

193. *Tercera postura: acepta un control material restringido de la acusación (o su equivalente)*²⁹⁸. Esta perspectiva jurisprudencial se sustenta en una interpretación sistemática del estatuto procesal penal (artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448), la

²⁹² Corte Suprema de Justicia. SP392559 (Radicado 27759) y SP382756 (Radicado 31280).

²⁹³ Corte Suprema de Justicia. SP382756 (Radicado 31280).

²⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. SP380539 (Radicado 28872).

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. SP380242 (Radicado 29252).

²⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. SP240784 (Radicado 39892) del 6 de febrero de 2013; CSJ SP9853-2014 (Radicado 40871) del 16 de julio de 2014; AP6049-2014 (Radicado 42452) del 1 de octubre de 2014; SP13939-2014 (Radicado 42184) del 15 de octubre de 2014; SP14842-2015 (Radicado 43436) del 28 de octubre de 2015; CSJSP14191-2016 (Radicado 45594) del 5 de octubre de 2016; CSJSP9343-2017 (Radicado 48875) del 28 de junio de 2017; CSJSP8666-2017 (Radicado 47630) del 14 de junio de 2017; CSJSP16731-2017 (Radicado 45964) del 27 de septiembre de 2017; CSJSP3723-2018 (Radicado 51551) del 5 de septiembre de 2018; CSJSP072-2019 (Radicado 50419) del 23 de enero de 2019; CSJSP2442-2021 (Radicado 53183) del 16 junio 2021; AP2880-2023 (Radicado 62296) del 20 de septiembre de 2023; CSJ AP855-2023 (Radicado 59629) del 22 de marzo de 2023; SP159-2024 (Radicado 57304) del 7 de febrero del 2024 y AP1571-2024 (Radicado 64442) del 20 de marzo de 2024.

jurisprudencia constitucional (sentencias C-1260 de 2005 y C-059 de 2010) y los principios que rigen el sistema penal oral acusatorio.

194. Esta postura reconoce que, por regla general, el juez no puede hacer control material de la imputación, la acusación (o su equivalente) o los preacuerdos en los procesos tramitados conforme la Ley 906 de 2004²⁹⁹ y, por ende, las solicitudes de nulidad contra tales actos son improcedentes. Esto tiene razón de ser en que, al tratarse de *actos de parte*, pertenecen a la exclusiva titularidad de quien las realiza (la FGN) y, en estos, no participan los jueces³⁰⁰. No obstante, a modo de *única excepción*, al juez -de oficio o a solicitud de parte- le es permitido “adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la imputación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones groseras a derechos fundamentales”³⁰¹.

195. La Corte Suprema dejó por sentado que esa habilitación excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales. Por ende:

“La transgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente o mejor”³⁰².

196. En suma, el criterio jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia acoge para enjuiciar la posibilidad de realizar un control judicial material a los actos realizados por la FGN (la imputación o la acusación -o su equivalente-) en los procesos tramitados por la Ley 906 de 2004 es disímil.

6.4. Unificación de jurisprudencia: la facultad de que el juez penal realice un control material más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso

197. Para la Sala Plena, la postura jurisprudencial que habilita al juez penal a realizar un control material más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso es compatible con la Constitución porque respeta, en mayor medida, la garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso de las partes y los intervinientes -en especial, las víctimas-; el principio de legalidad -y de tipicidad que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad-, y los fines de la administración de justicia y del proceso penal. Además, esta línea respeta el tenor de los postulados constitucionales y legales que han definido

²⁹⁹ Corte Suprema de Justicia. AP3046-2024 (Radicado 59441), AP1128-2022 (radicado 61004), AP5563-2016 (Radicado 48573), entre otros.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia. AP3046-2024 (Radicado 59441).

³⁰¹ Corte Suprema de Justicia. SP5660-2018 (Radicado 52311). Reiterado en SP1289-2021 (Radicado 54691), SP5660-2018 (Radicado 52311), AP3825-2018 (Radicado 52589), AP2405-2018 (Radicado 52651), SP14191-2016 (Radicado 45594), SP14842- 2015 (Radicado 43436), SP13939-2014 (Radicado 42184), AP6049-2014 (Radicado 42452), SP9853-2014 (Radicado 40871), SP240784 (Radicado 39892), entre otros.

³⁰² Corte Suprema de Justicia. SP14191-2016 (Radicado 45594) y SP240784 (Radicado 39892).

los límites y alcances de las facultades de los fiscales y jueces penales. Esta conclusión se respalda en varias premisas de índole constitucional.

198. En primer lugar, la imputación o la acusación (o su equivalente) fija el debate jurídico y fáctico de un proceso penal³⁰³. El que este acto procesal que realiza la FGN sea correcto (en el sentido en que el tipo penal imputado o acusado se adecúe de manera correcta a los hechos jurídicamente relevantes) garantiza, en un nivel más alto, los derechos tanto del investigado como de la víctima del proceso. Frente al investigado, le permite ejercer en debida forma sus derechos de defensa y contradicción -como garantías del debido proceso- porque tendrá conocimiento oportuno tanto de los hechos que se le atribuyen como su calificación jurídica y, sobre ese tipo penal, podrá plantear su defensa³⁰⁴. Frente a la víctima, maximiza su garantía del derecho a la verdad, justicia y reparación del hecho punible³⁰⁵. La víctima tendrá certeza de que los hechos denunciados se adecúan realmente en la descripción normativa del tipo y, sobre este eje, se desarrollará el proceso penal.

199. En segundo lugar, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional “el principio de legalidad penal exige que la tipificación de las conductas punibles y de sus respectivas sanciones se realice de manera clara, específica y precisa”³⁰⁶. Esta premisa constitucional funciona en dos sentidos.

200. De un lado, “constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”³⁰⁷. De esa manera, ese principio “protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”³⁰⁸.

201. De otro lado, le asegura al investigado que será investigado, juzgado y sancionado por un tipo penal preexistente; con una descripción normativa del tipo clara y previa, y frente a la cual solo es posible determinar responsabilidad cuando “la conducta se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo)”³⁰⁹. Dicho de otro modo, el investigado tiene la garantía de que el ente acusador no puede realizar adecuaciones de tipo subjetivo (por analogía o por extensión) a fin de que la presunta conducta se encuadre en la descripción normativa del tipo imputado o acusado, según el caso.

202. De este modo, la conducta por la cual una persona es investigada penalmente se debe adecuar correctamente a las exigencias materiales definidas en el tipo (i.e. el sujeto activo, el sujeto pasivo, la acción, el resultado,

³⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-374 de 2020.

³⁰⁴ Corte Suprema de Justicia. SP566-2022 (Radicado 59100).

³⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencias SU-254 de 2013 y C-588 de 2019.

³⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2021.

³⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-444 de 2011, C-133 de 1999, C-344 de 1996, C-127 y C-2465 de 1993.

³⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-444 de 2011.

³⁰⁹ Corte Suprema de Justicia. SP356-2019 (Radicado 50525).

la causalidad, los medios y las modalidades del comportamiento) y cumplir con la especie de conducta (culpa, dolo o preterintención) establecida por el legislador en cada tipo penal. Lo contrario, desconocería varias de las garantías del debido proceso y los principios de legalidad y tipicidad en materia penal.

203. En tercer lugar, la Corte Constitucional se ha pronunciado varias veces en relación con los fines de la administración de justicia y del proceso penal, los cuales “están dados por la realización del *ius puniendi* en condiciones de justicia, en la pretensión principal de establecer, más allá de toda duda razonable, si una persona es o no responsable de la comisión de un delito”³¹⁰.

204. En un Estado Social y Democrático de Derecho, la administración de justicia penal “tiene como finalidad última protección de los derechos fundamentales, y de otros bienes constitucionalmente garantizados mediante la investigación y sanción de los atentados graves que se ocasionen contra el disfrute pleno de estos; y asimismo, el resarcimiento pleno e integral a las víctimas de los perjuicios causados por el delito”³¹¹.

205. De este modo, el proceso penal se erige como “un instrumento racional encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de un individuo, cuya conducta habría injustamente vulnerado uno o varios derechos fundamentales (integridad personal, libertad individual, etc.) o bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (salubridad pública, orden económico y social, etc.)”³¹². Así, cuando el proceso penal se adelanta sobre la base de un tipo penal errado, se cercena la pretensión de la correcta administración de justicia a cargo del Estado porque no habrá forma de concretar los mandatos que la Constitución le ha impuesto en relación con el ejercicio de su poder punitivo y el concurso de garantías que lo rodean.

206. Finalmente, la Sala Plena quiere hacer una precisión. La habilitación para que el juez penal realice un control material más o menos amplio de la imputación o acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso -inclusive cuando hubo un allanamiento - no implica que la lectura que hagan los jueces de la decisión implique una autorización para intervenir de manera desmedida en los actos de comunicación de la FGN (como son la imputación o la acusación). De acuerdo con la Sentencia C-1260 de 2005, la imputación (o su equivalente) debe respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes. Es sobre este preciso eje sobre el cual los jueces están autorizados a realizar el control de tales actos de comunicación por parte de la FGN. De modo que no serán admisibles, desde una perspectiva constitucional, las intromisiones judiciales más allá de los precisos términos fijados en esta decisión.

207. Una vez verificado el incidente de nulidad en el proceso penal, así como la nulidad por violación de las garantías fundamentales al acto de imputación o de acusación, la Sala Plena analizará el caso concreto.

12. Caso concreto

³¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 2014.

³¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-794 de 2007.

³¹² Corte Constitucional. Sentencias C-387 de 2014 y C-828 de 2010.

208. Para resolver el caso concreto, la Sala Plena reiterará su precedente relativo a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y examinará si se cumplen las condiciones formales previstas para ello. Más adelante, expondrá las razones para concluir que, en el presente caso, la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* desconoció los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de *Salomé* al imputarle a *Luis* el delito de *injuria por vías de hecho*.

209. A su vez, la Sala Plena determinará que el Juzgado *Tres* incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, un defecto por desconocimiento del precedente y en un defecto por violación directa de la Constitución. Por último, el tribunal proferirá varias órdenes.

7.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales³¹³

210. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la acción de tutela procede contra los actos y las decisiones expedidas en ejercicio de la función jurisdiccional³¹⁴. Se trata del resultado de una lectura armónica de la Constitución con varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos³¹⁵. Según ha dicho la Corte “toda persona podrá hacer uso de mecanismos judiciales ágiles y efectivos que los ampare contra la amenaza o violación de los derechos fundamentales, aun si esta se causa por quienes actúan en ejercicio de funciones oficiales”³¹⁶.

211. A partir de la Sentencia C-543 de 1992, este tribunal admitió la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales solo en relación con *actuaciones de hecho* que implicaran una grave vulneración a los derechos fundamentales. Posteriormente, la Corte se refirió a las *vías de hecho* para abordar el estudio de casos respecto de los cuales se aduce un proceder arbitrario de los jueces que vulnera derechos fundamentales³¹⁷.

212. La jurisprudencia constitucional tuvo una evolución en la Sentencia C-590 de 2005. Esta nueva dimensión abandonó la expresión *vías de hecho* e introdujo los *criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales*. Estos presupuestos fueron distinguidos en dos categorías: requisitos generales de procedencia con naturaleza procesal y causales específicas de procedibilidad de naturaleza sustantiva.

³¹³ La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de Corte Constitucional, sentencias SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013, SU-769 de 2014, SU-336 de 2017, SU-072 de 2018, SU-116 de 2018, T-016 de 2019 y T-309 de 2022.

³¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-792 de 2010, T-511 de 2011, SU-773 de 2014, SU-116 de 2018 y SU-261 de 2021.

³¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2).

³¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

³¹⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-260 de 1999 y SU-116 de 2018.

*Criterios generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*³¹⁸

213. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales “constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo”³¹⁹. La jurisprudencia constitucional ha fijado siete exigencias básicas. *Primero*, que se demuestre la legitimación por activa y por pasiva. *Segundo*, que la cuestión planteada sea de relevancia constitucional, de modo que el juez constitucional no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. *Tercero*, que la persona afectada haya agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable. *Cuarto*, que se acredite el requisito de inmediatez. *Quinto*, que, cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga la potencialidad de causar un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora. *Sexto*, que la parte actora identifique de manera razonable los hechos que generaron la afectación, los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal lesión en el proceso judicial (siempre que esto hubiere sido posible). Finalmente, *siete*, que no se cuestione una sentencia de tutela, de control abstracto de constitucionalidad o una sentencia del Consejo de Estado de nulidad por inconstitucionalidad³²⁰.

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

214. La jurisprudencia constitucional ha definido los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se trata de “yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela”³²¹. Estos fueron denominados *causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*.

215. La Corte ha desarrollado ocho causales específicas de procedibilidad que corresponden a los defectos de las decisiones judiciales³²². En esta oportunidad, a partir de los hechos narrados en la demanda de tutela, se evidencia que la parte actora plantó la configuración de un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, un defecto sustantivo, un defecto por desconocimiento del precedente (constitucional y judicial) y por la violación directa de la Constitución. Por ende, es necesario ampliar la conceptualización sobre estas categorías. Las causales invocadas en la acción de tutela se explican en la *Tabla 6*.

³¹⁸ La base argumentativa expuesta en esta sección hace parte de Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005, SU-116 de 2018 y SU-261 de 2021.

³¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

³²⁰ Este último requisito que fue incluido por la Corte en la Sentencia SU-391 de 2016, encuentra una excepción cuando “el fallo dictado por esa Corporación (i) desconoce la cosa juzgada constitucional; o (ii) su interpretación genera un bloqueo institucional inconstitucional”. Esto fue establecido por la Sentencia SU-355 de 2020.

³²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005 y SU-116 de 2018.

³²² 1. Defecto orgánico. 2. Defecto procedimental absoluto. 3. Defecto fáctico. 4. Defecto material o sustantivo. 5. Error inducido. 6. Defecto fáctico. 7. Desconocimiento del precedente. 8. Violación directa de la Constitución

Tabla 6. Causales específicas de procedibilidad de tutela contra providencia judicial invocadas en el escrito de la demanda	
Causal indicada en la demanda	Descripción
Defecto procedimental³²³	<i>Absoluto.</i> Este se presenta en los eventos “donde el funcionario judicial sigue un procedimiento diferente al establecido en la ley, u omite alguna de las principales fases del proceso y quebranta los derechos de defensa y contradicción de las partes”.
	<i>Por exceso ritual manifiesto.</i> Se configura cuando el fallador desconoce el contenido del artículo 228 de la Constitución y les impide a las personas el acceso a la administración de justicia³²⁴ y el deber de dar prevalencia al derecho sustancial³²⁵. En otras palabras, el procedimiento es una barrera para la eficacia del derecho sustancial. Así, los jueces deniegan el derecho a la justicia por “i) aplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva y que en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o iii), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas”³²⁶.
Defecto sustantivo³²⁷	Se presenta cuando el juez se aparta del marco jurídico aplicable a un caso concreto. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se puede configurar en las siguientes hipótesis: 1. Existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, no era aplicable al caso concreto, ha sido derogada o ha sido declarada inconstitucional. 2. La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada. 3. Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia. 4. Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos <i>erga omnes</i>. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría el fundamento

³²³ Corte Constitucional. Sentencia T-107 de 2023.

³²⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-134 de 2004 y T-1017 de 1999.

³²⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-355 de 2017.

³²⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-636 de 2015.

³²⁷ Corte Constitucional. Sentencias SU-261 de 2021 y T-309 de 2022.

	de la decisión (<i>ratio decidendi</i>) de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.
Desconocimiento del precedente	El precedente lo constituye “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado y que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”³²⁸. Además, ha señalado que el precedente tiene incidencia en un caso concreto siempre y cuando se configuren las siguientes circunstancias. 1. Cuando el fundamento de la decisión (<i>ratio decidendi</i>) contenga una regla relacionada con un caso posterior. En estos casos, se debe comprobar “la existencia de un conjunto de sentencias previas al caso por resolver, bien sea varias de tutela, una de unificación o una de constitucionalidad, y que dicho precedente, respecto del caso que se estudia, tenga un problema jurídico semejante y unos supuestos fácticos y normativos análogos”³²⁹. 2. Cuando esta <i>ratio</i> debió servir de base para resolver un problema jurídico análogo al que se estudia en el caso posterior. Al respecto, la Corte ha señalado que las sentencias proferidas por los órganos de cierre generan, por una parte, deberes de obediencia por parte de los jueces de instancias inferiores y, por otra parte, deberes de coherencia judicial³³⁰. Los hechos del caso o las normas juzgadas deben ser semejantes o plantean un punto de derecho similar al que se debe resolver en el caso posterior³³¹. En cualquier caso, las autoridades judiciales que opten por separarse de un precedente, deberán acreditar las cargas de transparencia y suficiencia exigidas.
Violación directa de la Constitución³³²	Este defecto se puede configurar en diferentes hipótesis. En primer lugar, porque no se aplica una norma constitucional al caso. Esto ocurre porque: (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En segundo lugar, este defecto se configura cuando se aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución. En este caso, se ha señalado que los jueces, en sus fallos, deben tener en

³²⁸ Corte Constitucional. Sentencias SU-053 de 2015 y T-271 de 2020.

³²⁹ Corte Constitucional. Sentencias SU- 567 de 2015, T- 208A de 2018 y T-093 de 2019.

³³⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-836 de 2011 y T-093 de 2019.

³³¹ Corte Constitucional. Sentencias T-022 de 2018 y T-271 de 2020.

³³² Corte Constitucional. Sentencias SU-069 de 2018 y SU-087 de 2022.

	cuenta la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4 de la Constitución. Así, cuando existe incompatibilidad con las disposiciones legales, debe aplicarse de preferencia las constitucionales.
--	---

Fuente. Elaboración propia

216. *La procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos interlocutorios*³³³. La Corte Constitucional ha determinado que la procedencia de la acción de tutela en procesos en curso, y particularmente frente a autos interlocutorios es excepcionalísima. Esto tiene razón de ser en, al menos, tres argumentos. *Primero*, no se trata de decisiones definitivas. *Segundo*, la persona tiene a su disposición distintos recursos jurídicos para controvertir el auto, en el marco del proceso judicial en el cual fue emitido. Y, además, *tercero*, tiene la posibilidad de recurrir la decisión final. Por lo tanto, solo será procedente la acción de tutela interpuesta contra un auto interlocutorio:

“(i) Cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial y, por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados pero en forma indebida; (ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable”³³⁴.

217. Adicionalmente, en aquellos escenarios en que el accionante invoque la configuración de una irregularidad procesal como fundamento para su solicitud de amparo, dicha irregularidad procesal debe tener un carácter determinante dentro de la actuación judicial. Conforme a lo establecido por esta corporación:

“[E]n los casos que la demanda alegue la configuración de una irregularidad procesal, “debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora”. No obstante lo anterior, “si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello [habría] lugar a la anulación del juicio”. Dicho de otro modo, al juez constitucional le corresponde advertir que la irregularidad procesal alegada es de tal magnitud, que por la situación que involucra, claramente pueden transgredirse garantías iusfundamentales”³³⁵.

218. Por consiguiente, la Corte ha considerado que uno de los escenarios en los cuales podría resultar procedente la acción de tutela interpuesta contra autos interlocutorios de procesos en curso se da cuando la decisión cuestionada es de

³³³ Sección tomada de la Sentencia SU-388 de 2021.
³³⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-388 de 2021.
³³⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-590 de 2005, T-586 de 2012, SU-573 de 2017, SU-061 de 2018 y SU-388 de 2021.

una manifiesta importancia de cara al trámite judicial en curso y, por tanto, tiene una naturaleza determinante dentro del mismo, con la potencialidad de trasgredir derechos fundamentales de las personas involucradas.

219. En el caso concreto, la Sala Plena encuentra que la acción de tutela es procedente tanto para cuestionar el acto de acusación realizado por la FGN como las decisiones judiciales (incluidos los autos interlocutorios) proferidas al interior del proceso penal. Teniendo en cuenta que los requisitos de procedencia en uno y otro caso no son similares, la Corte analizará, en primer lugar, los cuatro requisitos comunes de procedencia fijados por la jurisprudencia constitucional tanto para los actos de parte de la FGN como para las decisiones judiciales (legitimidad -por activa y por pasiva-, inmediatez y subsidiariedad). En esta sección, la Corte también descartará la presunta temeridad del presente asunto, la cual fue propuesta por el juez de segunda instancia en tutela.

220. Más adelante, se revisarán los requisitos adicionales aplicables solo para la acción de tutela contra providencias judiciales (relevancia constitucional, el asunto versa sobre irregularidades procesales determinantes en el proceso, la recurrente explicó las razones por las cuales estimó que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en varios defectos y que la acción no se dirija contra una de las decisiones censuradas por la jurisprudencia constitucional para atacarla vía tutela). Por último, y al estar involucrados varios autos interlocutorios (las decisiones proferidas por el Juzgado *Uno* el 8 de mayo de 2020³³⁶ y el 26 de abril de 2023³³⁷), la Corte verificará el cumplimiento de dichos requisitos adicionales en el caso concreto.

Análisis de los requisitos de procedencia comunes tanto para los actos de parte de la FGN como para las decisiones judiciales

221. *Se acredita la legitimación por activa y por pasiva.* Por una parte, la accionante actuó en nombre propio y para la defensa de sus derechos fundamentales. A pesar de que el escrito de tutela inicialmente fue presentado por *Camila y Jorge* (como madre y padre de *Salomé*), a través de escrito del 26 de octubre de 2023, *Salomé* ratificó la acción de tutela y continuó adelantando los trámites de la acción constitucional ante los jueces de instancia y ante este tribunal de manera autónoma³³⁸. Con esto, la Sala encuentra cumplido el requisito de legitimación activa.

222. Por otra parte, se considera que el contradictorio está conformado en debida forma. Este lo integran: (i) el Juzgado *Uno*, el Juzgado *Dos*; (ii) el Juzgado *Tres*; y (iii) las fiscalías 49 Seccional y 34 Local de *Uno*. Las accionadas son autoridades contra las cuales procede la acción de tutela. Además, las conductas que causan la presunta vulneración se concretan en

³³⁶ A través de la cual confirmó la decisión proferida por el Juzgado *Dos* (29 de enero de 2020) que negó la solicitud de nulidad formulada por el representante de la víctima al acto de acusación formulado por la Fiscalía en contra del investigado.

³³⁷ A través de la cual confirmó la decisión proferida por el Juzgado *Dos* (9 de agosto de 2022) que declaró la preclusión del proceso por prescripción de la acción penal.

³³⁸ Documento digital “0021RemiteOficioRatificacion.pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 2.

decisiones adoptadas por las autoridades judiciales³³⁹ y por las fiscalías accionadas³⁴⁰.

223. Adicionalmente, en sede de revisión, el tribunal vinculó al presente trámite a *Luis* (como tercero con interés en las resultas del proceso y parte pasiva del proceso penal).

224. *Se cumple el requisito de inmediatez.* El tiempo que transcurrió entre la última decisión proferida al interior del proceso penal, esto es, el auto que confirmó la decisión proferida el 9 de agosto de 2022 por el Juzgado *Dos* de declarar extinta la acción penal por prescripción (26 de abril de 2023) y la presentación de la acción de tutela (24 de octubre de 2023) no supera los seis meses. Este término se encuentra dentro de lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido como razonable³⁴¹.

225. *La accionante agotó los medios de defensa ordinarios y extraordinarios a su alcance.* Esto es así porque, en todas las etapas procesales, la parte actora formuló una solicitud dirigida a que se realizara un control material del acto de acusación (equivalente a la imputación) realizado por la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho (audiencia del 6 de noviembre de 2018) y dos incidentes de nulidad en contra de dicho acto procesal (audiencia de verificación de allanamiento y sentencia realizada el 15 de agosto de 2019, 29 de enero de 2020 y 9 de agosto de 2022).

226. Asimismo, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra del auto a través del cual la autoridad judicial accionada negó los incidentes de nulidad formulados (Auto del 19 de enero de 2020), así como de la actuación que declaró extinta la acción penal por prescripción (audiencia del 9 de agosto de 2022). Adicionalmente, y al no haberse proferido sentencia de segunda instancia dentro del proceso porque el mismo terminó de manera anticipada por prescripción de la acción penal, no procede el recurso extraordinario de casación³⁴², ni la acción de revisión³⁴³.

227. *La inexistencia de temeridad en el presente asunto.* La Sala Plena quiere hacer una precisión. En la decisión de segunda instancia en tutela, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó que frente a varias de las pretensiones de amparo se configuraba la figura de la temeridad. Sin embargo, la Corte no encuentra acreditado dicho fenómeno por las siguientes razones.

228. El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece que la actuación temeraria se configura cuando se presenta identidad de partes³⁴⁴, de causa

³³⁹ Ambas autoridades dirigieron la acción penal con radicado [anonimizado].

³⁴⁰ La Fiscalía Seccional 49 de *Uno* le imputó el delito de injuria por vías de hecho a *Luis*, presentó la solicitud de nulidad contra la precitada imputación y solicitó adelantar el asunto penal de la referencia como una querella. Por otra parte, la Fiscalía 34 Local de *Uno* se opuso de manera reiterada a las solicitudes de nulidad formuladas por el representante de la accionante dentro del proceso penal debido a que, a su juicio, los elementos materiales probatorios eran suficientes para imputar el delito de injuria por vías de hecho.

³⁴¹ Corte Constitucional. Sentencias SU-961 de 1999, SU-298 de 2015, SU-391 de 2016 y SU-108 de 2018.

³⁴² Ley 906 de 2004 (artículo 181).

³⁴³ Ley 906 de 2004 (artículo 192).

³⁴⁴ Las acciones de tutela se hayan interpuesto por la misma persona (ya sea de forma directa o a través de apoderado o representante) y se dirija contra el mismo demandado. Sentencias SU-027 de 2021 y T-254 de 2023, entre otras.

*petendi*³⁴⁵ y de objeto³⁴⁶. A continuación, se presenta un cuadro que permite la comparación entre las acciones de tutela presentadas el 9 de noviembre de 2020 y la revisada en esta oportunidad por la Corte.

	Expediente T-10.001.101 Tutela objeto de revisión	Expediente T- [anonimizado] Tutela preexistente
Partes	Accionantes: <i>Camila y Jorge</i> (la acción fue ratificada por <i>Salomé</i> después de notificado el auto admisorio de la demanda). Accionado: Juzgado <i>Uno</i>, Juzgado <i>Dos</i> y Fiscalías 49 Seccional y 34 Local de <i>Uno</i>.	Accionantes: <i>Camila y Jorge</i>. Accionado: Juzgado <i>Uno</i>, Juzgado <i>Dos</i> y Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i>.
Causa <i>petendi</i>	El acto de acusación (equivalente al de imputación) formulado por la FGN el 6 de noviembre de 2018 por el delito de injuria por vías de hecho en contra de <i>Luis</i> y las cinco decisiones judiciales adoptadas al interior del proceso penal ³⁴⁷ .	Las audiencias llevadas a cabo el 15 de agosto de 2019 y el 29 de enero de 2020, el representante de la víctima solicitó la nulidad del acto de acusación formulado por la FGN, la cual fue negada ³⁴⁸ .
Objeto	1- La protección de varios derechos fundamentales³⁴⁹. 2- Se dejaran sin efectos tanto las decisiones de preclusión proferidas por los juzgados <i>Dos</i> (9 de agosto de 2022) y <i>Uno</i> (26 de abril de 2023) así como las demás decisiones judiciales expedidas en el presente caso. 3- Se le ordenara a la FGN (a través de la Dirección Seccional de Fiscalías de <i>Cuatro</i> y la Fiscalía 34 Local de <i>Uno</i>) que adelantaran una investigación congruente con el relato de la víctima y con perspectiva de género e	1- La protección de varios derechos fundamentales³⁵⁰. 2- Dejar sin efecto el acto de traslado del escrito de acusación efectuado el 6 de noviembre de 2018 por la Fiscalía 49 Seccional de <i>Uno</i> a <i>Luis</i> por el delito de injuria por vías de hecho por los hechos presuntamente sucedidos el 14 de octubre de 2018. 3- Dejar sin efectos la decisión de imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad decretada el 6 de noviembre de 2018.

³⁴⁵ El ejercicio repetido de la acción de tutela se fundamente en los mismos hechos que le sirven de sustento. Corte Constitucional. Sentencias SU-027 de 2021 y T-254 de 2023, entre otras.

³⁴⁶ Las demandas persigan la satisfacción de la misma pretensión o invoquen la protección de los mismos derechos fundamentales. Sentencias SU-027 de 2021 y T-254 de 2023, entre otras.

³⁴⁷ Las decisiones adoptadas: 1. El 6 de noviembre de 2018 por el Juzgado *Tres*. 2. El 29 de enero de 2020 por el Juzgado *Dos*. 3. El 8 de mayo de 2020 por el Juzgado *Uno*. 4. El 9 de agosto de 2022 por el Juzgado *Dos*. 5. El 26 de abril de 2023 por el Juzgado *Uno*.

³⁴⁸ Documento digital “DEMANDA DE TUTELA 114315”. Expediente T-[anonimizado].

³⁴⁹ Al debido proceso, la igualdad y no discriminación, los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual a la verdad, la justicia y la reparación integral.

³⁵⁰ Al debido proceso en el componente de legalidad, igualdad y no discriminación, los derechos de las mujeres a una vida libre de violencias y los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

	infancia y adolescencia, la cual condujera a una imputación por el delito de acto sexual violento.	4- Ordenarle a la FGN llevar a cabo un análisis del caso congruente con los hechos descritos por la víctima.
--	--	--

Fuente: elaboración propia

229. En el presente asunto, aunque la parte accionante en ambos expedientes es la misma, no existe identidad de partes porque no se trata de los mismos demandados. Adicionalmente, tampoco existe identidad de causa *petendi* y de objeto. Finalmente, tampoco se advierte algún elemento que le permita inferir a esta Corte la existencia de mala fe por parte de la parte demandante. Por el contrario, y como se verá más adelante, los argumentos invocados por la parte actora tanto en el transcurso del proceso penal como de tutela (en sus dos oportunidades) estaban encaminados a evidenciar varios yerros del proceso judicial. A partir de lo anterior, la Corte no encuentra acreditado el fenómeno de la temeridad en el presente asunto.

Análisis de los requisitos adicionales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

230. *La acción plantea varios asuntos de relevancia constitucional.* Por una parte, gira en torno a la garantía de varios derechos fundamentales: al debido proceso, el buen nombre, al acceso a la administración de justicia, el derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas y su garantía de no repetición. Además, también involucra el imperativo constitucional de erradicación de todo tipo de violencia contra las mujeres y del principio *pro infans*. Esto por las siguientes razones.

231. *Primero*, la interpretación de las autoridades judiciales y de las fiscalías accionadas respecto del tipo penal atribuido a *Luis* sugiere un debate sobre el contenido y alcance tanto de la definición de violencia sexual contenida en el artículo 212A del Código Penal como de los elementos normativos que configuran el tipo penal de acto sexual violento establecido en el artículo 206 del estatuto penal. *Segundo*, el asunto está relacionado con si los jueces penales pueden, o no, realizar un control material al acto de imputación o acusación (o su equivalente) en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso. Adicionalmente, si la errada adecuación típica de la conducta por parte del ente acusador genera la nulidad de dicho acto procesal.

232. *Tercero*, la controversia versa sobre la garantía del acceso a la administración de justicia desarrollado en el artículo 229 constitucional derivada de la presunta mora judicial en la que incurrió el Juzgado *Dos* y que derivó en la decisión del 9 de agosto de 2022 que declaró extinta la acción penal por prescripción. *Cuarto*, la potencial configuración de violencia institucional derivada del trámite dado por las autoridades judiciales a las solicitudes de nulidad, lo que podría llegar a comprometer las garantías al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la presunta víctima del proceso.

233. *El caso objeto de estudio versa sobre varias irregularidades procesales que fueron determinantes en el proceso penal.* La parte actora denunció varias situaciones de la mayor trascendencia y que impactaron directamente la ruta a seguir por parte de las autoridades judiciales demandadas. Por una parte, en la audiencia del 6 de noviembre de 2018, el Juzgado *Tres* no tramitó la solicitud

presentada por el representante de la víctima de realizar un control material al acto de acusación (equivalente a la imputación) formulado por la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho. Esta negativa conllevó a que, en la audiencia celebrada el 8 de mayo de 2020, el Juzgado *Uno* confirmara la decisión del 29 de enero de 2020 proferida por el Juzgado *Dos*³⁵¹. Esa autoridad judicial consideró que se había perdido la oportunidad procesal para solicitar la nulidad porque el representante de la víctima supuestamente no había planteado su solicitud en la audiencia celebrada el 6 de noviembre de 2018.

234. Por otra parte, dentro del trámite judicial, entre el 29 de enero de 2020 y el 9 de agosto de 2022 el Juzgado *Dos* no adelantó ninguna actuación dentro del proceso. Dicha situación conllevó a que, el 9 de agosto de 2022, ese juzgado declarara extinta la acción penal por prescripción y, en consecuencia, precluyera la actuación adelantada en contra de *Luis*. Esta situación tiene la potencialidad de afectar gravemente los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la actora porque generó que la acción penal adelantada en contra de su presunto agresor terminara anticipadamente y los hechos denunciados no fueran objeto de juzgamiento y sanción. De este modo, la inacción por parte de la autoridad judicial y los efectos de esa inoperatividad del aparato judicial pudieron traer consecuencias adversas para la accionante en términos de acceso a la administración de justicia y su derecho como víctima a la verdad, justicia y reparación.

235. *La actora identificó de manera razonable los hechos que consideró violatorios de sus derechos fundamentales.* Los argumentos de la demanda y las pruebas aportadas en el proceso están dirigidos a demostrar que la vulneración denunciada se deriva de cuatro momentos procesales. *Primero*, la imputación realizada el 15 de octubre de 2018 por la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho. Esto a pesar de que la descripción de los hechos jurídicamente relevantes no encuadra en la descripción objetiva del delito imputado por la FGN. *Segundo*, la decisión del 6 de noviembre de 2018 adoptada por el Juzgado *Tres* de no tramitar la solicitud presentada por el representante de la víctima de realizar un control material al acto de acusación (equivalente a la imputación) formulada por la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho por considerar que “el traslado del escrito de acusación es un acto que la Fiscalía cumple en ejercicio de la titularidad de la acción penal y no le cabe al Juzgado hacer ninguna manifestación ni tomar alguna determinación al respecto”³⁵².

236. *Tercero*, los autos del 29 de enero de 2020 y del 8 de mayo de 2020 proferidos por el Juzgado *Dos* y el Juzgado *Uno*, respectivamente, a través de los cuales se negó y se confirmó, respectivamente, la solicitud de nulidad formulada por el representante de las víctimas tanto a la imputación como al procedimiento abreviado dado al proceso penal. *Cuarto*, los autos del 9 de agosto de 2022 y del 26 de abril de 2023 dictados por el Juzgado *Dos* y el Juzgado *Uno*, respectivamente, a través de los cuales se declaró extinta la acción penal por prescripción y se confirmó la decisión.

³⁵¹ Documento digital “[anonimizado].pdf” de la carpeta digital “0003Expediente_digitalizado” que, a su vez, se encuentra en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 9 a 17.

³⁵² Ibid. p. 48.

237. *La recurrente explicó las razones por las cuales estimó que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en varios defectos*³⁵³. Un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto por la negativa del Juzgado Tres de tramitar la solicitud presentada por el representante de la víctima el 6 de noviembre de 2018 (dirigida a realizar un control material al acto de acusación -equivalente a la imputación- por el delito de injuria por vías de hecho formulada por la Fiscalía 49 Seccional de *Uno a Luis*). Un defecto material o sustantivo por la interpretación que realizó el Juzgado Dos del artículo 539 del Código de Procedimiento Penal, al determinar la supuesta imposibilidad de realizar un control material al acto de imputación realizado por la FGN por el allanamiento a los cargos que hizo el investigado. Asimismo, por la interpretación que realizó el Juzgado Uno de los artículos 206 y 212A del Código Penal al determinar la supuesta inexistencia de un ánimo sexual en los actos realizados por el investigado en el cuerpo de *Salomé* el 14 de octubre de 2018, así como del elemento de violencia en la conducta. Un defecto por desconocimiento del precedente por la supuesta interpretación arbitraria del precedente constitucional y judicial. Finalmente, la violación de los artículos 29 y 229 de la Constitución.

238. *La acción no se dirige contra otra providencia de la misma naturaleza; una sentencia de control abstracto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional o por el Consejo de Estado, o una sentencia interpretativa proferida por la Sala de Apelaciones del Tribunal para la Paz de la JEP, como consecuencia de una petición específica de algún órgano de dicha Jurisdicción y que detenten exclusivamente un carácter general, impersonal y abstracto*³⁵⁴.

Análisis de los requisitos adicionales de procedencia contra autos interlocutorios

239. En secciones anteriores se explicó la inexistencia de otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos invocados (*supra* 225 y 226). Adicionalmente, todo el procedimiento se agotó (y terminó de manera anticipada por la declaratoria de preclusión del proceso por prescripción de la acción penal). Por último, la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. Tal y como se determinará más adelante, en el presente asunto las deficiencias judiciales advertidas por la parte accionante tuvieron la potencialidad de afectar gravemente la pretensión de acceso a la justicia de *Salomé* -concretada en la garantía de que se adelantara un proceso judicial en el que se investigue el delito presuntamente cometido por su agresor y no otro similar-. Además, se sometió por más de cinco años a una adolescente de quince años a un proceso penal que se adelantó sobre un tipo penal que no corresponde con los hechos jurídicamente relevantes y en el que los ruegos de la víctima, su representante judicial y su familia por encausar de manera correcta el proceso no fueron atendidos por ninguna de las autoridades judiciales penales involucradas en este asunto. Por último, se terminó de manera anticipada el proceso por la comprobada mora judicial del Juzgado Dos entre el 29 de enero de 2020 y el 9 de agosto de 2022, lo que ocasionó que la presunta víctima no

³⁵³ En el presente asunto, la parte accionante no mencionó de manera taxativa la configuración de algún defecto contra providencias judiciales. No obstante, la Sala Plena aplicará el principio *iura novit curia* el cual le permite al juez determinar el derecho aplicable a una controversia sin consideración a las normas invocadas por las partes. Esto porque de la lectura de los argumentos plasmados en la demanda se extrae claramente los cuatro defectos invocados por la parte demandante. Adicionalmente, y por la descripción de los hechos narrados por la parte actora, la Sala Plena ha decidido pronunciarse de oficio sobre el defecto por exceso ritual manifiesto.

³⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-388 de 2023 (fundamento jurídico 136).

podiera materializar sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

240. Por las anteriores razones, la Sala Plena concluye que se cumplen los requisitos generales sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela (tanto contra las decisiones de la FGN, contra providencias judiciales como contra los autos interlocutorios). En consecuencia, la Corte continúa con el análisis de las causales de naturaleza sustantiva.

241. La Corte procederá a estudiar la materialización de los problemas jurídicos relacionados tanto con si los hechos jurídicamente relevantes se adecúan, o no, con la descripción normativa del delito de injuria por vías de hecho (problema jurídico 1) como si los defectos invocados en la decisión judicial del 6 de noviembre de 2018 relacionados con la negativa del juez de control de garantías de realizar un control material a dicha imputación se configuraron (problema jurídico 2). Si, como lo ha indicado esta Corte, se encuentra acreditado alguno en dicha providencia, no entrará a estudiar los demás yerros judiciales advertidos por la parte actora³⁵⁵.

7.2. La Fiscalía 49 Seccional de Uno desconoció los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de Salomé, al imputarle a Luis el delito de injuria por vías de hecho

242. El artículo 9 del Código Penal establece que “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”³⁵⁶. La teoría del delito dicta que para que haya *tipicidad*, es necesario que “la conducta se adecúe a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo)”³⁵⁷: el sujeto activo, el sujeto pasivo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y las modalidades del comportamiento. Asimismo, exige que cumpla con la modalidad de la conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo). Conforme el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

243. De acuerdo con la dogmática de la *antijuridicidad* “la conducta no solo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (antijuridicidad formal), sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad material)”³⁵⁸. De esta forma “no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de

³⁵⁵ Relacionados con: (i) si las decisiones judiciales de los jueces de conocimiento de negar y confirmar, respectivamente, la nulidad a la imputación realizada por la Fiscalía General de la Nación por el delito de injuria por vías de hecho incurrieron en un defecto por desconocimiento del precedente y por violación directa de la Constitución (problema jurídico 3) y (ii) si las decisiones judiciales de los jueces de conocimiento de declarar extinta la acción penal por prescripción, y confirmar la decisión, respectivamente, incurrieron en un defecto sustantivo (problema jurídico 4).

³⁵⁶ Ley 599 de 2000 (artículo 9).

³⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. SP356-2019 (Radicado 50525).

³⁵⁸ Ibid.

un daño real o, por lo menos, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección jurídica”³⁵⁹.

244. Finalmente, la culpabilidad es “aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica”³⁶⁰. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto³⁶¹. En ese sentido, se revisa la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, mas no sobre aspectos internos (i.e. su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento, entre otros). Por ende “está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto”³⁶². Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que “el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto”³⁶³.

245. Como hechos jurídicamente relevantes³⁶⁴, está que mientras *Salomé* se encontraba de espaldas jugando en una piscina, *Luis* se acercó a ella “le había bajado la tanga de baño y le había metido las manos tocándole los glúteos”³⁶⁵, en donde sintió “unos dedos gruesos y que eran roñosos como callos”³⁶⁶. Esto fue corroborado por la Policía Nacional. En el informe rendido en casos de capturas en flagrancia, la Policía Nacional consignó que, al llegar al lugar de los hechos, una multitud de personas “manifestaban que el ciudadano le había bajado la tanga de baño y le había metido las manos tocándole los glúteos a una menor en la piscina”³⁶⁷. Otros testimonios que fueron recopilados por la FGN coinciden en indicar que los hechos denunciados presuntamente ocurrieron en la piscina y en los que estuvieron implicados tanto la accionante como el investigado³⁶⁸.

246. La Fiscalía 49 Seccional de *Uno* le imputó al indiciado el delito de *injuria por vías de hecho*³⁶⁹. Los hechos en los que se basó la FGN para determinar la adecuación típica de la conducta fueron los siguientes:

“Cuando ella iba a coger agua caliente del chorro de que se encuentra en la mitad de la piscina, sintió que la halaron del cachetero que traía puesto, sintió que le metieron la mano por dentro del cachetero de la cintura donde queda el coxis en medio de las nalgas, sintió dedos grandes y roñosos, que esta acción fue por espacio de unos 5 segundos, que ella reaccionó rápido, voltea a ver, se asusta, mira a un señor de edad, desconocido, que estaba

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016.

³⁶¹ Constitución Política de 1991 (artículo 29).

³⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Conformados a partir del relato que dio *Salomé* tanto a la Policía Nacional, al Hospital -en el que fue atendida después de que tuvieron lugar los hechos denunciados- como a la FGN.

³⁶⁵ Documento digital “01ExpedienteDigital1raInst.pdf” de la carpeta digital “Primera Instancia” que, a su vez, está contenido en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 82.

³⁶⁶ Ibid. p. 98.

³⁶⁷ Ibid. p. 82.

³⁶⁸ Ibid. p. 99 y ss.

³⁶⁹ Ley 599 de 2000 (artículo 226).

con pantaloneta larga sin camiseta y le dijo señor que (sic) le pasa y lo empujó”³⁷⁰.

247. Como se explicó en el párrafo 155 *supra*, la descripción objetiva de la conducta de injuria por vías de hecho exige que un sujeto activo -no calificado- tenga la voluntad de afectar la integridad moral de otra persona y actuar con dolo.

248. La Sala Plena evidencia que el ente acusador pudo haber inferido razonablemente que las conductas denunciadas por *Salomé* no encuadraban en el tipo penal de injuria por vías de hecho. La descripción de los hechos jurídicamente relevantes, así como la información recopilada en la investigación evidencian que la conducta presuntamente realizada por *Luis* carecía del consentimiento de *Salomé* y tenía un ánimo y una connotación evidentemente sexuales. Conforme el relato de la víctima, acercarse al cuerpo de una adolescente desconocida mientras ella se encuentra de espalda, accionar sus manos para bajar la parte inferior de su vestido de baño e introducir sus manos entre sus glúteos no son comportamientos con los que simplemente se busque “agraviar a otra persona”. Quien de una manera como la descrita emprende la tarea de separar del cuerpo la ropa interior, para facilitar la entrada de su mano, y seguidamente palpa, toca, pasa por el cuerpo ajeno sus manos sin el consentimiento de la otra persona, no está ciertamente en el plan de agraviar, causar enfado o fastidiar a otro, sino en el de satisfacer un ánimo sexual sin obtener para ello el consentimiento de quien es destinatario de los tocamientos. Era imposible que dicha acción fuera consentida porque se dio a través de la sorpresa (por la espalda), lo que cercenó el derecho constitucional de *Salomé* de consentir, o no, un acto de esta naturaleza (concretado en su derecho a la libertad sexual).

249. De la descripción de los hechos jurídicamente relevantes, la Corte evidencia que, en principio, estos actos no fueron meros errores o un simple roce por equivocación. Tampoco se trató de que el investigado se *topara con el cachetero* de la víctima (tal y como afirmó el Juzgado *Uno*). Por el contrario, la Fiscalía pudo haber inferido razonablemente que este asunto se adecuaba al delito de acto sexual violento porque no hubo consentimiento por parte de la presunta víctima y los comportamientos tenían un ánimo sexual. Según el relato, se trató de una adolescente de quince años a quien, en una piscina, de manera desprevenida y sin su consentimiento, le bajaron su ropa interior de baño y le introdujeron la mano en sus glúteos. No fue un acto fugaz, inopinado. No. Tardó un tiempo que ciertamente no es extenso, pero tampoco raudó, imperceptible. Separar las ropas, meter las manos y tocar es *algo* que no puede verse como *algo que ocurre en un tiempo imperceptible* o del que se pueda desdibujar el ánimo sexual del sujeto activo de la conducta.

250. El tipo penal de acto sexual violento requiere, entre otras modalidades, que un sujeto activo no calificado (cualquier persona) realice sobre otra persona un acto sexual diverso del acceso carnal mediante *violencia*. Entre las diferentes modalidades que trae la definición de violencia contenida en el artículo 212A del Código Penal, la falta de consentimiento es el elemento fundamental de todas las formas de violencia (incluida la sexual). En el presente asunto, según el relato de la víctima, un hombre (sujeto activo) se acercó a una adolescente de quince años (sujeto pasivo), y con sus manos le bajó la parte inferior de su ropa de baño

³⁷⁰ Documento digital “01ExpedienteDigital1raInst.pdf” de la carpeta digital “Primera Instancia” que, a su vez, está contenido en la carpeta digital “[anonimizado]”, p. 67.

y las introdujo en sus glúteos (acto sexual diverso al acceso carnal) mientras ella se encontraba de espaldas en una piscina, de manera sorpresiva y sin que mediara consentimiento de ningún tipo (mediante violencia). Para la Sala Plena, esta narración se adecúa a la descripción objetiva del delito de acto sexual violento.

251. La Constitución le impone al ejercicio del poder punitivo varios límites. Uno de estos es el principio de estricta tipicidad como una de las formas del derecho al debido proceso dentro del proceso penal. Como ya se explicó, las conductas presuntamente ejecutadas por el acusado no se adecúan correctamente con la descripción normativa del tipo penal de injuria por vías de hecho porque se evidencia la falta de consentimiento de la víctima, así como el ánimo sexual de dichos presuntos actos. A partir del análisis de la FGN, el ente acusador desconoció uno de los ejes axiales del proceso penal y, con ello, postulados de rango constitucional: el debido proceso tanto del investigado como de la presunta víctima y su derecho al acceso a la administración de justicia.

252. Si bien es cierto la FGN tiene la titularidad de la acción penal, el proceso de adecuación típica debe responder a los hechos jurídicamente relevantes, que son narrados en la denuncia y que, por lo tanto, deben concretar la imputación. Aunque la FGN no representa jurídicamente solamente los intereses de la víctima, en todo caso sí debe hacer un proceso de racionalidad de los hechos jurídicamente relevantes para adecuarlos a la conducta típica. En este asunto, la Sala Plena constata que no solo el análisis de la FGN podría no adecuarse correctamente al tipo penal imputado, sino que omitió a la víctima cuando le hacía el reclamo de una adecuación típica correcta y que fuera congruente con los hechos jurídicamente relevantes. Dicho de otra forma: la titularidad de la acción penal en cabeza de la FGN impone que el proceso de racionalización típica deba ser acorde no solo al tipo penal sino a los hechos jurídicamente relevantes. Tal mandato se desprende directamente de la Constitución. No obstante, esto no ocurrió en este caso.

253. Las deficiencias advertidas en las que incurrió la FGN de no realizar una correcta adecuación típica de la conducta, acompañadas por las propias determinaciones de los jueces, han perpetuado este ideario relacionado con que el cuerpo de los niños, las niñas, los adolescentes y las mujeres está a merced y beneplácito masculino; quienes *pueden* ser objeto de tocamientos no consentidos y que, tales comportamientos, lejos de afectar los derechos sexuales y la dignidad humana de las víctimas, mancillan conceptos morales -a su vez fijados por hombres- como el honor o el pudor de una persona. A veces un machismo recalcitrante incluso piensa que lanzar *piropos* contruidos con desparpajo, es una forma de alabar la belleza femenina, cuando constituyen, sin más, actos de violencia moral, acoso, presión, agresividad, que simplemente se pretende que sean tolerados por su dilatada existencia en el tiempo que ha terminado naturalizándolos.

254. Con su ejercicio de adecuación típica, la FGN no solo desconoció la Constitución, sino que incurrió, además, en actos de violencia institucional. A partir de estereotipos de género (como los descritos en la presente decisión), el ente acusador degradó el relato de la víctima y adecuó la conducta en un tipo penal que protege la integridad moral como bien jurídicamente tutelado. El derecho a la libertad sexual de *Salomé* y su garantía de consentir cualquier acto de índole sexual fue anulado no solo por su presunto agresor, sino también por

el ente acusador. Con esto, además, se desconoció su dignidad humana y su garantía de no repetición.

255. El acto sexual violento implica una conducta de un sujeto activo de realizar en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia. Se trata de conductas dirigidas a “excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles, y se consuman mediante la relación corporal”³⁷¹. A su vez, deben realizarse con uno o varios de los elementos normativos establecidos en la definición de violencia que trata el artículo 212A del Código Penal. La falta de consentimiento, como ya se dijo, es el eje de toda forma de violencia (incluida la violencia sexual). El acto de acercarse a una adolescente mientras ella se encuentra de espaldas en una piscina, bajar su ropa interior de baño, introducir su mano en los glúteos y tocar su cuerpo sin su consentimiento son actos que claramente se encuadran objetivamente en esta descripción.

256. La jurisprudencia constitucional ha destacado que de la actual configuración constitucional se derivan tres mandatos para hacer efectivos los derechos de las víctimas en el proceso penal de tendencia acusatoria. *Primero*, su participación no se limita a alguna actuación específica, sino que están facultadas para intervenir autónomamente durante toda la actuación³⁷². *Segundo*, el sistema de investigación y juzgamiento, al tiempo que se encuentra regido por los principios de igualdad entre las partes y contradicción, concede una especial protección a las víctimas³⁷³. Por lo mismo, *tercero*, promueve el restablecimiento de sus derechos y la reparación integral por los daños ocurridos³⁷⁴.

257. A la luz de la Ley 906 de 2004, los anteriores mandatos constitucionales se traducen en garantías procesales para las víctimas. Se pone acento en el derecho que, como intervinientes, tienen a recibir un trato digno y respetuoso durante toda la actuación punitiva³⁷⁵. Además, se establecen directrices sustanciales encaminadas a defender los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y la no repetición, y procesalmente se prevén facultades para acceder a la correcta administración de justicia. Para el legislador, cada etapa del proceso penal (indagación, investigación y juicio) define el conjunto de prerrogativas que materializan los derechos de las víctimas³⁷⁶. Así lo ha considerado este tribunal al analizar cada una de estas fases. Y la Corte ha insistido en su carácter de intervinientes especiales y el catálogo de derechos que eso les genera³⁷⁷.

258. Bajo esta lectura, más allá de un acto de mera comunicación, la imputación es el momento en que se fija el debate fáctico y jurídico del caso³⁷⁸. Una correcta imputación (fáctica, jurídica y personal) se encuentra vinculada a una serie de garantías tanto para la parte pasiva del proceso como para las víctimas de la causa penal. De un lado, si el imputado conoce con exactitud tanto los hechos

³⁷¹ Corte Suprema de Justicia. SP382872 (Radicado 31715), SP15269-2016 (Radicado 47640) y SP2894-2020 (Radicado 52024), entre otros.

³⁷² Constitución Política de 1991 (artículo 250.7).

³⁷³ Constitución Política de 1991 (artículo 250.1).

³⁷⁴ Constitución Política de 1991 (artículo 250.6).

³⁷⁵ Ley 906 de 2004 (artículo 11).

³⁷⁶ Ley 906 de 2004 (artículo 200 y ss.).

³⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-1154 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007 y T-374 de 2020.

³⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-374 de 2020.

que se le atribuyen como su calificación jurídica podrá ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción³⁷⁹. De otro lado, se garantiza el derecho a la verdad, justicia y reparación de la víctima del hecho punible porque “el derecho a la reparación como un derecho complejo se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia”³⁸⁰. No es de otra forma que se aseguran dichas prerrogativas sino cuando el Estado, en ejercicio de su poder punitivo, investiga, enjuicia y sanciona los delitos realmente cometidos y no tipos penales ajustados por el ente investigador (por analogía o por extensión) a los hechos del caso.

259. De esta forma, si la Fiscalía realiza una incorrecta adecuación de la conducta punible y la imputación no es acertada, desconoce no solo los derechos fundamentales de los investigados sino los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas. Es de destacar que, en este tipo de situaciones en las que las conductas denunciadas giran en torno a posibles hechos relacionados con delitos sexuales, las presuntas víctimas, de alguna manera, tendrán que recordar, quizá por mucho tiempo, no solo el presunto delito del cual fueron víctimas sino, también, la respuesta que *la justicia* le ofreció.

260. La FGN también tiene la obligación de adoptar un enfoque de género tanto en la investigación como en el ejercicio de la acción penal³⁸¹. La incorporación de esta perspectiva es parte del estándar de debida diligencia al que se encuentra obligado el Estado colombiano³⁸², e implica la adopción de “un conjunto de enfoques específicos y estratégicos así como procesos técnicos e institucionales”³⁸³. La aplicación de esta perspectiva permite comprender que “la violencia sexual en contra de las mujeres es una expresión de discriminación y el resultado de patrones socioculturales en torno a los cuales se conciben los cuerpos femeninos como particularmente sexualizados, y se sustenta una condición de inferioridad de las mujeres con respecto a los hombres posibilitándoles ser objeto de su uso y abuso”³⁸⁴.

261. La Sala Plena evidencia que, en este caso, era imperativo que la FGN revisara el asunto con enfoque de género. Este asunto involucraba a una adolescente quien, presuntamente, se vio sometida por la sorpresa de que un hombre, mayor de edad, extraño, vulnerara su privacidad, su cuerpo y lo tocara sin su consentimiento para alimentar su ánimo sexual. Por ende, era una obligación analizar el asunto a partir de la perspectiva de género.

³⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. SP566-2022 (Radicado 59100).

³⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencias SU-254 de 2013 y C-588 de 2019.

³⁸¹ Corte Constitucional. Auto 009 de 2015.

³⁸² La Corte IDH ha afirmado que “el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal (supra párrs. 287-291) tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, la Corte Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género”. Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero contra México)*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 293.

³⁸³ ONU Mujeres. *Incorporación de la perspectiva de género*. [En línea] Recuperado el 20 de marzo de 2015 de: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>

³⁸⁴ Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Comité CEDAW (1992). *Recomendación General N° 19. 11o periodo de sesiones*. ONU. [En línea] Recuperado el 15 de julio de 2024 de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

262. La Corte advierte que esta conclusión no desconoce las garantías que redundan el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia con los que también está cobijado el investigado. Esta última prerrogativa implica “el principio de responsabilidad del acto y no de actor. Es decir, que se deben analizar hechos y determinar bajo el ejercicio de subsunción la adecuación fáctica del acto a una persona en determinado proceso judicial³⁸⁵. Para la Corte, los hechos denunciados por la accionante no se adecúan correctamente en la descripción objetiva del tipo penal que le imputó la FGN a *Luis* (exigencia que impone el artículo 9 del Código Penal). Como ya se advirtió, dada la particular forma como la acción discurrió (sin el consentimiento de la presunta víctima), su duración y los logros alcanzados por el hecho sexual, estos se podían adecuar a un delito sexual y no apenas a uno de aquellos que pretende afectar el honor o la honra de una adolescente. No obstante, será solo después de un proceso con todas las garantías constitucionales y legales que pueda determinarse, o no, la responsabilidad penal del procesado, pues aún con la imputación jurídica adecuada, *Luis* es titular de la presunción de inocencia³⁸⁶.

7.3. El Juzgado Tres incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, por violación directa de la Constitución y por desconocimiento del precedente judicial al no realizar un control material al acto de imputación realizado el 6 de noviembre de 2018 por la Fiscalía 49 Seccional de Uno a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho

263. En la audiencia del 6 de noviembre de 2018, el Juzgado *Tres* anuló la legalización de captura, formulación de imputación e imposición de las medidas de aseguramiento a *Luis* por considerar que se vulneraron sus derechos al debido proceso y la defensa³⁸⁷. Lo anterior, porque al haberse allanado a los cargos imputados por la FGN, se debió aplicar el procedimiento abreviado y correrle traslado del escrito de acusación en la misma diligencia. Una vez anulado el trámite inicial, la fiscalía le trasladó el escrito de acusación (equivalente al de imputación) al investigado y a las partes.

264. En la diligencia, el representante de la víctima le manifestó al juez que la familia de *Salomé* *no estaba de acuerdo con la imputación* porque “exist[ía]n inconsistencias entre los hechos y la adecuación típica según los EMP, toda vez que lo que se configura[ba] e[ra] el delito de acto sexual violento y no el delito de injuria por vías de hecho”³⁸⁸. Frente a dicha manifestación, el juez consideró que “el traslado del escrito de acusación es un acto que la Fiscalía cumple en ejercicio de la titularidad de la acción penal **y no le cabe al Juzgado hacer ninguna manifestación ni tomar alguna determinación al respecto**”³⁸⁹ (se resalta por la Corte).

265. El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se configura cuando “el juez renuncia a conocer un caso de fondo y a proteger un derecho sustancial

³⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-003 de 2017.

³⁸⁶ En la Sentencia T-595 de 2013, la Corte Constitucional ordenó la nulidad de un proceso penal “desde el momento procesal de la realización de la audiencia final”. Esto con el ánimo de garantizar los derechos de las víctimas a participar en las diligencias.

³⁸⁷ Ibid. p. 40 a 50.

³⁸⁸ Ibid. p. 47.

³⁸⁹ Ibid. p. 48.

como resultado de una aplicación irreflexiva de las normas procedimentales”³⁹⁰. Este defecto encuentra fundamento en los artículos 29 y 228 de la Constitución, que prevén no solo la garantía del derecho al debido proceso y de acceso efectivo y real a la administración de justicia, sino que además establecen el principio de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales. De allí que este tribunal haya interpretado que las normas procesales constituyen “un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos”³⁹¹ y no pueden constituirse en una barrera de acceso a la garantía de aplicación y protección del derecho sustancial.

266. Para la Sala Plena, la decisión de la autoridad judicial accionada de *no realizar un control material de la acusación* es consecuencia de una aplicación puramente formal e irreflexiva de las reglas del artículo 539 de la Ley 906 de 2004 relativas al allanamiento a los cargos por el investigado en los procesos abreviados. El estatuto de procedimiento penal no restringe de manera expresa la posibilidad de que el juez de control de garantías realice un control material de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el desconocimiento del debido proceso. Al contrario, lo que le enseña la jurisprudencia de cierre en materia penal ordinaria es que, si de por medio existe un desconocimiento, afectación o vulneración de *derechos fundamentales*, debe incidir con actos positivos en la adecuación típica, según se reseñó párrafos atrás. No obstante, el juez desatendió este principio constitucional y procesal de prevalencia de lo sustancial sobre las formas y abogó por una interpretación parcial de la jurisprudencia anotada.

267. Una interpretación de las reglas señaladas en la Ley 906 de 2004 para la formulación de imputación, respetuosa del principio de prevalencia de lo sustancial, exigía que la autoridad judicial accionada valorara conjuntamente, al menos, los siguientes cinco aspectos.

268. *En el presente asunto estaba involucrada una adolescente de quince años, lo que imponía una obligación en el operador judicial de aplicar el principio constitucional pro infans.* Uno de los deberes especiales que ha fijado la jurisprudencia constitucional que deben cumplir las autoridades judiciales cuando manejan casos de violencia sexual contra los niños, las niñas y los adolescentes es la aplicación del principio *pro infans*³⁹². Este principio fija una serie de obligaciones -positivas³⁹³ y negativas³⁹⁴- a cargo de los jueces³⁹⁵. *Primero*, impone exigencias reforzadas de diligencia a las y los funcionarios judiciales, quienes deben ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de las víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, justicia y reparación, y la

³⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-355 de 2017, T-249 de 2018, SU-143 de 2020 y SU-041 de 2022.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Corte Constitucional. Sentencias T-554 de 2003, T-458 de 2007, T-520A de 2009, T-078 y T-1015 de 2010, T-205 de 2011, T-843 de 2011 y T-008 de 2020, y Auto 009 de 2015, entre otras.

³⁹³ “La dimensión positiva implica que las autoridades involucradas en la investigación y juzgamiento de conductas lesivas de la integridad sexual de un menor de edad deben (i) mostrar especial diligencia en la determinación de los hechos, la atribución de responsabilidad penal y el pleno restablecimiento de los derechos del menor de edad; (ii) informar al ICBF sobre la presencia de un menor de edad en situación de riesgo; (iii) procurar desde la *noticia criminis* la protección integral del menor de edad; y (iv) utilizar sus facultades para el decreto de pruebas que le permitan alcanzar la verdad procesal”. Sentencia T-554 de 2003.

³⁹⁴ “En su dimensión negativa, los funcionarios judiciales deben (i) abstenerse de comportamientos y expresiones que afecten la dignidad de los menores; y (ii) evitar el decreto de pruebas que impliquen una intromisión excesiva en la intimidad o integridad física y emocional del niño o la niña, de tal suerte que, en los casos en que se advierta la necesidad de dichas pruebas relevantes, el funcionario debe ponderar la necesidad de la prueba y el nivel de afectación del menor en cada caso concreto”. Sentencia T-554 de 2003.

³⁹⁵ Corte Constitucional. Auto 009 de 2015.

garantía de no repetición. *Segundo*, restringe la autonomía de los funcionarios para decretar y valorar pruebas. *Tercero*, conlleva que, en caso de dudas sobre la ocurrencia (fáctica) de agresiones sexuales, las decisiones que se adopten deben ser resueltas a favor de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, sin que obviamente esto comprometa ni la subjetividad de la acción ni la presunción de inocencia, porque ello es precisamente la materia del debate probatorio. *Cuarto*, todo ello constituye un condicionamiento para la aplicación del principio *in dubio pro reo* en estos casos, el cual obviamente no se desconoce o flexibiliza sino que exige un deber de diligencia extremo en la constatación del complejo de hechos jurídicamente relevantes.

269. En caso de que el juez *Tres* tuviera dudas en si revisaba, o no, el acto de imputación formulado por la FGN (inclusive cuando la descripción de los hechos jurídicamente relevantes podía adecuarse en la descripción objetiva del tipo penal de acto sexual violento), debía emplear este criterio hermenéutico para superar dicha tensión y permitir una solución que otorgara mayores garantías a los derechos fundamentales de la accionante. Se trata de un compromiso genuino en hallar la verdad y no en la nuda pretensión de resolver de manera *eficientista* el proceso; una actitud empática con las víctimas interpretando su malestar, sus pretensiones, sus dudas y también su esperanza en una justicia sincera, habría propiciado una decisión distinta. Sin embargo, todo esto se desconoció.

270. El interés superior de la víctima (una adolescente de quince años) y la aplicación del principio *pro infans* debieron sopesarse frente a otras garantías de los demás intervinientes, dándole prelación a los primeros. Es de este modo que el juez de control de garantías respetaba su preponderancia constitucional y tenía en cuenta el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que aquí se encontraba posiblemente la adolescente.

271. Por lo anterior, la Sala Plena determina que, con el desconocimiento del principio *pro infans*, el Juzgado *Tres* incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente constitucional y por violación directa de la Constitución.

272. *El precedente constitucional imponía la aplicación de la perspectiva de género en el presente asunto.* La perspectiva de género es una herramienta analítica y comprensiva de una protección multinivel que: “deben emplear todos los operadores de justicia en aquellos casos en los que se tenga sospecha de situaciones asimétricas de poder entre las partes o de actos constitutivos de violencia de género”³⁹⁶. Cumplir con esta obligación no significa que quien administre justicia tenga que favorecer los intereses de una mujer por el hecho de serlo. Por el contrario, ha de abordar la controversia: “con un enfoque diferencial que involucre el aspecto sociológico o de contexto que subyace al problema en torno a la violencia y a la discriminación contra la mujer, a fin de brindar soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural”³⁹⁷.

273. Las decisiones de los jueces (y sobre todo de la jurisdicción ordinaria penal) deben atender tanto los compromisos internacionales de protección reforzada de la mujer víctima de agresiones como a la jurisprudencia constitucional sobre las distintas formas de violencia y la necesidad de que las

³⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 2020.

³⁹⁷ Ibid.

medidas adoptadas sean idóneas, céleres, imparciales, con ausencia de estereotipos de género de los funcionarios encargados de la atención y abiertas. Por ende, sus decisiones deben atender la perspectiva de género y el contexto de violencia estructural contra las mujeres, y las garantías señaladas en la Ley 1257 de 2008 y en otras normas sobre violencia de género. No obstante, en el presente asunto, esto no ocurrió.

274. A pesar de las anteriores obligaciones, el Juzgado *Tres* omitió su deber de analizar el presente asunto con perspectiva de género. Contrario a lo esbozado por el juez de primera instancia en tutela, la aplicación de la perspectiva de género en los procesos judiciales no es facultativa. La perspectiva de género tampoco es una simple refrenda vacía de contenido. Se trata del cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano en materia de protección de los derechos humanos (particularmente contenidas en los artículos 13 y 43 de la Constitución, así como en instrumentos internacionales como la *Cedaw* y la Convención de Belén do Pará, que hacen parte del bloque de constitucionalidad). Este deber se refuerza en los casos de violencia sexual. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que los derechos al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de las víctimas de violencia sexual implican “reconocer su vulnerabilidad especial y adelantar el proceso judicial acorde con una perspectiva de género y teniéndose en cuenta los riesgos a los que han sido sometidas”³⁹⁸.

275. La postura adoptada por el Juzgado *Tres* en este caso desconoció abiertamente tales parámetros. Esa autoridad judicial tuvo conocimiento tanto de los hechos que fueron narrados por la víctima en la denuncia penal como de la descripción de los hechos jurídicamente relevantes que hizo la FGN en el escrito de acusación. A su vez, la víctima y su familia plantearon su desacuerdo con el tipo penal sobre el cual se adelantaba el proceso. No obstante, el juez no adoptó alguna medida para proteger y garantizar que *Salomé* contara con un escenario idóneo para satisfacer sus derechos de acceso a la administración de justicia. Todo ello refleja igualmente un contexto de violencia institucional porque la autoridad judicial asumió una actitud pasiva frente a la solicitud del representante de la víctima de realizar un control material al acto de acusación (equivalente al de imputación). Con esto, a su vez, desconoció las obligaciones constitucionales, jurisprudenciales e internacionales, así como los elementos que deben ser tenidos en cuenta por los operadores judiciales en estos eventos³⁹⁹.

³⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-126 de 2018.

³⁹⁹ “i. Analizar los hechos y los derechos en disputa, el entorno social y cultural en el que se desarrollan y la vulneración de los derechos de las mujeres de grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad. || ii. Identificar categorías sospechosas asociadas a la raza, etnia, lengua, religión, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual, condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad y privación de la libertad. || iii. Identificar si existe una relación desequilibrada de poder. || iv. Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en el caso. || v. Ubicar los hechos en el entorno social que corresponde, sin estereotipos discriminatorios y prejuicios sociales. || vi. Privilegiar la prueba indiciaria, dado que en muchos casos la prueba directa no se logra recaudar. || vii. Cuestionar cuando amerite, la pretendida neutralidad de las normas, si se hace necesario, a fin de evaluar los impactos diferenciados en su aplicación. || viii. Trabajar la argumentación de la sentencia con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de las partes. || ix. Permitir la participación de la presunta víctima. || x. Visibilizar con claridad en las decisiones la situación específica de las mujeres y/o población en situación de vulnerabilidad, al proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación. || xi. Visibilizar la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación desequilibrada de poder y riesgos de género en el caso. || xii. Controlar la revictimización y estereotipación de la víctima tanto en los argumentos como en la parte resolutive de las decisiones judiciales”. Sentencias T-016 de 2022 y T-121 de 2024.

276. A partir de lo anterior, la Sala Plena concluye que el Juzgado *Tres* incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución y por desconocimiento del precedente constitucional en la medida en que esa autoridad se negó a aplicar un enfoque de género que garantizara un acceso efectivo a la administración de justicia. Con esto, conllevó a perpetuar la presunta violencia que fue desplegada en contra de la adolescente.

277. *El precedente judicial habilita a los jueces penales a realizar un control material más o menos amplio de la imputación o de la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso*⁴⁰⁰. En las consideraciones de esta decisión, la Corte determinó que esta postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es compatible con la Constitución porque respeta, en mayor medida, la garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso de las partes y los intervinientes -en especial, las víctimas-; el principio de legalidad -y de tipicidad que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad-, y los fines de la administración de justicia y del proceso penal. Además, esta línea respeta el tenor de los postulados legales que han definido los límites y alcances de las facultades de los fiscales y jueces penales. El anterior deber se refuerza si se tiene en cuenta que, como ya se advirtió, la presunta víctima era una adolescente de quince años.

278. La Sala Plena describió cómo el acto de imputación debe respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes (incluidas las víctimas). Como intervinientes del proceso, las víctimas tienen derecho a tener la posibilidad de beneficiarse de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación⁴⁰¹.

279. En el momento en que el representante de las víctimas planteó la incongruencia entre los hechos presuntamente realizados y la tipificación de la conducta, el juez debió realizar un control material de la imputación -inclusive si el investigado se allanó a los cargos-. De este modo, se aseguraba que las garantías fundamentales de las partes se hubieran preservado, sobre todo en lo relacionado a la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso⁴⁰². Con su omisión, el Juzgado *Tres* incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y por desconocimiento del precedente constitucional.

280. En los párrafos 185 y siguientes, la Corte explicó que, conforme a las divergencias de interpretación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia en relación con la posibilidad de realizar un control material a la imputación, una de estas es la habilitación de realizar dicho control material más o menos amplio de la imputación o acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso.

281. Esta Corte ha establecido que el precedente jurisprudencial es vinculante y, por ende, los jueces están obligados a acogerlo en sus decisiones⁴⁰³. No obstante, conforme la garantía de la autonomía judicial consagrada en el artículo 228 constitucional, los operadores jurídicos “pueden apartarse siempre que

⁴⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-479 de 2019.

⁴⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2015.

⁴⁰² Corte Constitucional. Sentencia SU-479 de 2019.

⁴⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2018.

cumplan con la carga argumentativa que ello supone”⁴⁰⁴. Para ello, deberán cumplir con los siguientes requisitos “(i) ha[cer] referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia); y (ii) ofre[cer] una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía”⁴⁰⁵. Además de ello las razones que se exponen para superar el precedente de la Corte, deberán exhibir una consistencia argumentativa superior que pruebe que la solución no sólo es mejor sino que respeta de óptima manera el texto constitucional.

282. El Juzgado *Tres* tenía el deber de mencionar el precedente aplicable al presente asunto, y de explicar con suficiencia por qué, tanto el precedente de la Corte Suprema de Justicia que ha habilitado ese control como el de la Corte Constitucional que lo avala, no deberían ser aplicados en el presente asunto. No obstante, esa autoridad judicial desconoció dichas cargas: tanto la citación del precedente como las razones por las cuales se separaba de él.

283. *La descripción de los hechos presuntamente perpetrados por Luis en contra de la accionante podría encuadrar en el tipo penal de acto sexual violento.* En el presente asunto, la Sala Plena evidenció que la imputación realizada por la FGN a *Luis* desconoció los derechos a la verdad, justicia y reparación, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de *Salomé*. Esto es así porque los hechos denunciados por la demandante podrían no adecuarse a las exigencias del tipo penal de injuria por vías de hecho -tanto por la descripción fáctica como por la inferencia de un posible ánimo sexual en las conductas presuntamente realizadas por el investigado-. Esto último -el ánimo sexual de la conducta- hace que los hechos se puedan encuadrar en el tipo penal de acto sexual violento. El debate probatorio tendría que demostrar su existencia o no de cara al derribo de la presunción de inocencia.

284. El principio de tipicidad en materia penal impone que la conducta investigada se deba adecuar a las exigencias materiales definidas en el tipo penal. La adecuación típica de la conducta objeto de reproche es un examen de correlación entre un comportamiento humano y todos los elementos estructurales del tipo⁴⁰⁶. De esta forma, está proscrita la modificación de los elementos fácticos a fin de que estos se encuadren en determinado tipo penal.

285. Al momento de la imputación, la FGN omitió analizar el ánimo sexual de los tocamientos presuntamente realizados por el actor sobre las partes íntimas de la víctima. Es de aclararle a todas las autoridades judiciales que los cuerpos de las niñas, los niños y los adolescentes (y puntualmente sus partes íntimas) no son objetos a merced de los adultos. Los adultos no se *topan* con los genitales de las niñas o las adolescentes en las piscinas (como erradamente consideró la señora jueza de *Uno*⁴⁰⁷). En este tipo de situaciones, existe -en principio- una intención clara de satisfacer su libido. Y elucubraciones de este tipo perpetúan y sostienen

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencias SU-354 de 2017 y T-441 de 2018.

⁴⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016.

⁴⁰⁷ Documento digital “REFERENCIA RESPUESTA Oficio N. OPTC-248-24 EXPEDIENTE No. T-10.001.101. ACCIÓN DE TUTELA.pdf” remitido el 27 de abril de 2024 por el Juzgado *Uno*.

estereotipos que maltratan a las niñas y a las adolescentes y configuran violencia institucional.

286. El yerro de la FGN desconoció el principio de tipicidad. En consecuencia, el Juzgado *Tres* tenía la obligación de readecuar el tipo penal a uno que efectivamente encuadrara fáctica y jurídicamente con los elementos del caso. Con su omisión, el juez incurrió en un defecto por violación directa de los artículos 1, 15, 42, 29 y 229 de la Constitución.

287. En los delitos sexuales en los que están involucrados las niñas, los niños y los adolescentes es forzoso que las autoridades penales -de control de garantías o de conocimiento- realicen un control material de la imputación o de la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso. El tipo penal se debe estudiar desde la actuación ejecutada por el agresor, los móviles que lo llevaron a ejecutar cierto tipo de conducta o a omitir su actuar. En ninguna circunstancia, las condiciones de la víctima (i.e. su forma de vestir, el lugar por el que transitaba, su vocabulario o si tuvo o no una respuesta de defensa ante su agresor) puede ser utilizado para mermar o restar la responsabilidad del agresor. El análisis de los jueces penales debe orbitar alrededor de las conductas u omisiones del victimario. Incluir las condiciones particulares de las víctimas es una conducta revictimizante por parte de los operadores judiciales.

288. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la violencia sexual no implica todas las veces el acceso carnal, sino también otras conductas que “atentan contra la libertad y formación sexuales y que, incluso en algunos casos, para su configuración no requieren contacto físico (...) la ausencia de prueba sobre penetración no significa que algún tipo de acceso carnal no haya tenido lugar, pues la falta de esta evidencia se puede deber a penetraciones hasta el introito vaginal, a un himen dilatable o al paso del tiempo que impide la obtención de muestras de fluidos, es decir, no es una regla de la experiencia que cuando no ha habido penetración o no hay fluidos como espermatozoides, no ha habido violencia sexual”⁴⁰⁸.

289. De este modo, que la FGN haya descartado la violencia del presunto acto en la imputación bajo el argumento de que la víctima *se defendió y la duración de los tocamientos fue menos de 5 segundos* debía ser advertido, reprochado y sancionado por el juez *Tres*. No obstante, esto tampoco ocurrió. Y, con su silencio, la autoridad judicial contribuyó a que se perpetuaran estereotipos de género y la presunta violencia de la que *Salomé* había sido víctima. Aunque la conclusión que expuso la FGN -el tiempo de la duración del acto- se hizo sin evidencia alguna, se afirmó como si se hubiese practicado una pericia, o se hubiese tenido a la mano un registro de video. Sin embargo, de las pruebas aportadas al proceso (la narración de los testigos y el propio testimonio de la víctima), en principio, era claro que la duración de la comisión del hecho sexual duró algo más que lo que los funcionarios citados aducen.

290. La Sala Plena evidencia cómo el ente acusador redujo el relato de la víctima y acomodó los supuestos fácticos en el delito de injuria por vías de hecho. Este tipo de actuaciones está soportado en estructuras machistas, en el que cualquier tipo de violencia -especialmente contra las niñas, las adolescentes y las mujeres- es admisible y aceptable. Y en un ordenamiento jurídico -creado

⁴⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-843 de 2011 y T-126 de 2018.

sobre una estructura basado en nociones patriarcales que han venido y deben seguir desmontándose- que perpetúa una estructura judicial misógina en el que las funcionarias y los funcionarios que integran este sistema no aplican la perspectiva de género, de lo cual este caso es referente. La Corte Constitucional censura y rechaza tajantemente tal postura.

291. A partir de lo anterior, la Corte encuentra que el Juzgado *Tres* incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución porque no realizó un control material al tipo penal imputado, a pesar de tener el deber de hacerlo.

292. *El juez tenía la obligación de analizar la magnitud de las consecuencias que tenía para la víctima que se continuara con un proceso en el que potencialmente se había realizado una inadecuada calificación jurídica de la conducta punible.* Como ya se advirtió, esto desconoce los derechos de las víctimas del proceso penal porque las somete a estar vinculada a un trámite que, fáctica y jurídicamente, se encausa de manera errada. En el presente asunto, la actora quedó desprovista de la posibilidad de concretar sus derechos como víctima del proceso penal porque el tipo penal por el cual iba a ser sancionado su presunto agresor no correspondía con los supuestos hechos (por el allanamiento a los cargos que hizo el acusado).

293. El derecho fundamental al debido proceso no se predica solamente respecto del imputado o acusado, sino también de las víctimas y perjudicados con el delito⁴⁰⁹. Se trata de la garantía a sus derechos fundamentales al acceso a la justicia, a la verdad, a la justicia y al resarcimiento del daño ocasionado. Frente a esta arista, la labor de quienes trabajan en el sistema judicial ha de encaminarse a que efectivamente se cumpla la reparación del agravio presuntamente inferido⁴¹⁰. Por ello, en los casos en que se adelanta un proceso a partir de un tipo penal errado, se cercena toda posibilidad de las víctimas de acceder a las garantías que les reconoce tanto la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos como el ordenamiento jurídico.

294. Por las anteriores razones, en la decisión proferida el 6 de noviembre de 2018, la Corte encuentra configurados los defectos: procedimental por exceso ritual manifiesto, por desconocimiento del precedente constitucional y por violación de la Constitución (concretamente de los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso y al acceso a la administración de justicia).

295. Finalmente, la Corte Constitucional quiere hacer hincapié en dos asuntos.

296. *Primero*, las actuaciones de varias de las autoridades judiciales que participaron en el proceso penal de la referencia y que han sido profusamente advertidas en esta decisión profundizaron la violencia a la que presuntamente ya había sido sometida *Salomé*. Particularmente, la Sala Plena llama la atención sobre la argumentación dada por el Juzgado *Uno* en el Auto del 26 de abril de 2023⁴¹¹ la cual estuvo fundamentada en sesgos causados por estereotipos de género. **La duración de un delito no tiene, en ningún caso, la potencialidad de degradar la gravedad de la conducta investigada y este argumento -**

⁴⁰⁹ Corte Suprema de Justicia. STP7090-2021 (Radicado 114797).

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ A través del cual esa autoridad judicial confirmó la decisión proferida el 9 de agosto de 2022 por el Juzgado *Dos*.

relativo a la duración de la conducta- no puede ser empleado ni por la Fiscalía General de la Nación ni por las autoridades judiciales para desvirtuar la configuración de algún tipo penal de connotación sexual. Este tipo de falacia sobre la cual se fundamentó la presunta inexistencia violencia sexual en este caso genera que a las presuntas víctimas se les someta a violencia institucional.

297. *Segundo*, en cumplimiento de los deberes contenidos en los artículos 109 de la Ley 906 de 2004 y 95 de la Ley 1098 de 2006, el Juzgado *Tres* le comunicó a la Personería Municipal de *Uno* la realización de la audiencia del 6 de noviembre de 2018 al ser la presunta víctima una adolescente. No obstante, la representante del Ministerio Público no asistió ni a la audiencia del 6 de noviembre de 2018 ni a ninguna de las etapas del proceso.

298. Conforme los deberes señalados tanto en los estatutos penales como en el Código de Infancia y Adolescencia⁴¹², la función del Ministerio Público en los casos donde se investigue la presunta comisión de delitos sexuales en contra de las niñas, los niños y los adolescentes es la de promover e intervenir en los procesos o trámites judiciales en donde se discutan sus derechos⁴¹³.

299. En cumplimiento de estos deberes, la participación del Ministerio Público en el proceso penal de la referencia debió estar dirigida a evidenciar el yerro de la FGN al imputar el delito de injuria por vías de hecho a *Luis*, o a coadyuvar la solicitud de nulidad expuesta por el representante de las víctimas en esa audiencia. Sin embargo, su ausencia contribuyó a que las deficiencias advertidas por este tribunal hasta ese momento del proceso continuaran.

300. Los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos necesitan que el Estado les garantice sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación del daño causado. Para ello, tanto los funcionarios judiciales que administran justicia como las autoridades administrativas deben privilegiar el principio del interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y los demás derechos consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por Colombia, en la Constitución y en la ley⁴¹⁴.

13. Órdenes por proferir

301. La Corte Constitucional encuentra profusamente demostrados varios yerros tanto en la adecuación de los hechos jurídicamente relevantes que realizó la FGN al tipo penal de injuria por vías de hecho como en la decisión del juez *Tres* en la audiencia llevada a cabo el 6 de noviembre de 2018. Por las órdenes a proferir y como se advirtió en un principio, al estar demostrados los dos problemas jurídicos inicialmente planteados, la Corte no entrará a analizar los otros problemas jurídicos fijados.

302. El artículo 458 de la Ley 906 de 2004 establece, taxativamente, como una causal de nulidad la violación de las garantías fundamentales a la defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales. A partir de lo expuesto en esta decisión, el juez *Tres* tenía razones suficientes para haber decretado la nulidad

⁴¹² Ley 1098 de 2006 (artículos 82.11, 95 y 193).

⁴¹³ Ley 1098 de 2006 (artículo 82.11).

⁴¹⁴ De conformidad con el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006.

de lo actuado. Con su decisión, optó por desconocer el precedente constitucional y los derechos fundamentales de la víctima y del investigado.

303. Con base en los principios de trascendencia y residualidad que rigen las nulidades en materia penal (párrafo 178 *supra*), las irregularidades advertidas por la Sala Plena son de tal magnitud que afectan las garantías fundamentales a la verdad, justicia, reparación, debido proceso y acceso a la administración de justicia de la accionante. Se trató de deficiencias por parte del ente acusador y del juez de control de garantías que quebrantaron las bases del proceso porque todo el trámite se adelantó con base en un tipo penal errado. Fue en la génesis del proceso, esto es, en la imputación -momento en el que inicia formalmente la acción penal- cuando se advirtieron tales deficiencias. En este escenario, al no existir más remedios procesales para subsanar estos yerros, se debe decretar la nulidad de lo actuado⁴¹⁵.

304. Por ello, la Corte dejará sin efecto todo lo actuado a partir del traslado del escrito de acusación realizado el 6 de noviembre de 2018 por parte de la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho dentro del proceso penal con radicado 123456789. En consecuencia, todo lo actuado a partir de allí, carece de validez procesal.

305. La Sala Plena quiere hacer claridad en un último aspecto. En la audiencia del 9 de agosto de 2022, el Juzgado *Dos* declaró extinta la acción penal por prescripción y, en consecuencia, ordenó la preclusión de la actuación adelantada en contra del investigado. Dicha decisión fue confirmada por el Juzgado *Uno* el 26 de abril de 2023. A pesar de lo anterior, para la Corte es procedente dejar sin efectos todo lo actuado a partir del traslado del escrito de acusación realizado el 6 de noviembre de 2018 y continuar con el ejercicio de la acción penal por las siguientes razones.

306. Por una parte, el artículo 83 del Código Penal (con la forma como estaba redactada la norma en el momento en que ocurrieron los hechos) establecía que “cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad”⁴¹⁶. En el presente asunto, la Corte Constitucional explicó profusamente por qué las conductas presuntamente realizadas por *Luis* en contra de la accionante se adecúan al tipo penal de acto sexual violento. En consecuencia, a la fecha de la expedición de esta decisión, la acción penal no se encuentra prescrita.

307. Por otra parte, es admisible dejar sin efecto una decisión que absuelve o libera de responsabilidad penal a una persona si se configura algún defecto grave en la providencia y, adicionalmente, se afectan derechos fundamentales de sujetos especialmente protegidos por la Constitución. Como ya explicó la Corte, en la audiencia llevada a cabo el 6 de noviembre de 2018 se configuraron los defectos: (i) procedimental por exceso ritual manifiesto, (ii) por desconocimiento del precedente constitucional y (iii) por violación directa de la Constitución. En igual sentido, la víctima del delito presuntamente cometido

⁴¹⁵ Corte Suprema de Justicia. AP3046-2024 (Radicado 59441), AP3762-2023 (Radicado 59925), AP3479-2023 (Radicado 60500), AP1915-2023 (Radicado 63211), SP4191-2020 (Radicado 56209) y SP931-2016 (Radicado 43356).

⁴¹⁶ Ley 599 de 2000 (artículo 83), adicionado por el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007.

era una adolescente de quince años. Por ende, el interés superior de la accionante y la prevalencia de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes respaldan esta conclusión.

308. En consecuencia, dentro de las treinta y seis (36) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* deberá radicar ante el Juzgado *Tres* (o el juez de control de garantías competente) una nueva solicitud de formulación de imputación en contra de *Luis* por los hechos ocurridos el 14 de octubre de 2018 y que fueron denunciados por *Salomé*. En igual sentido, y una vez recibida la solicitud de imputación, el Juzgado *Tres* (o el juez de control de garantías competente) deberá, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes contados a partir de la notificación de esta sentencia, realizar nuevamente la audiencia de formulación de imputación y la de la solicitud de medidas de aseguramiento -si así lo solicitare la Fiscalía- en contra de *Luis*. Para ello, deberá atender de forma estricta los parámetros establecidos en este fallo.

309. Antes del desarrollo de la audiencia, la o el juez deberá darle a conocer a *Salomé* los derechos que como presunta víctima de delitos sexuales tiene. Sobre todo, los enunciados en el artículo 13 de la Ley 1719 de 2014 relativos a no ser confrontada con el agresor, a no ser sometida a pruebas repetitivas y a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad. En igual sentido, estos derechos deberán ser garantizados en todo momento del proceso judicial.

310. Ese juzgado deberá verificar que tanto *Salomé* como su apoderado y/o representante de las víctimas sean citados a esa diligencia y, si así lo quieren, participen de ella.

311. Por lo tanto, los términos de prescripción se contabilizarán de nuevo a partir del momento en que se realice esta audiencia. Adicionalmente, esa autoridad judicial deberá notificar, en debida forma, al Ministerio Público y garantizar su comparecencia en todas las actuaciones del proceso.

312. La Sala Plena de la Corte Constitucional reconoce la valentía de *Salomé* por buscar un remedio judicial en todas las instancias. En el transcurso del proceso penal, *Salomé* tuvo que escuchar cómo la FGN redujo la tipificación del comportamiento del cual ella fue víctima a un bien jurídico diferente. La Corte rechaza que los reclamos de *Salomé* no alcanzaron la escucha suficiente que permitiera una solución acorde con los *hechos* jurídicamente relevantes, realmente acaecidos.

313. La Corte también deplora cierta ligereza en el lenguaje de quienes administran justicia en este caso, lo que terminó justificando, minimizando o naturalizando el actuar del posible agresor aquí tantas veces nombrado, pues, es claro que los agresores no se *topan* con las partes íntimas de las niñas o de las adolescentes. Las niñas y las adolescentes tienen derecho a disfrutar de un día de recreación, en una piscina, con su familia, con la absoluta seguridad de que sus cuerpos no deben ser ni serán tocados; tienen derecho a sentirse seguras en cualquier ambiente, y a que las personas adultas que las rodean no puedan atentar contra su libertad, integridad o formación sexuales. Lo contrario, evidencia diversas formas de violencia contra la mujer, que no solo se hallan

proscritas sino, además, son amenazadas con sanción penal como delitos sexuales y no -quizá- como meros atentados al honor o a la estima personal.

314. Los atentados sexuales contra niños, niñas y adolescentes causan una profunda indignación a toda la ciudadanía. La Corte es consciente de la realidad de violencia de todos los tipos -sobre todo sexual- en contra de las niñas y los niños, y que las cifras son, lamentablemente, alarmantes⁴¹⁷. Este tribunal reitera su rechazo a los altos índices de impunidad que se presentan en el país⁴¹⁸ e invita a todas las autoridades judiciales, administrativas, de Policía, médicas y escolares a velar por la protección y la satisfacción de los derechos y garantías fundamentales de las niñas y los niños a nivel nacional.

315. Por lo anterior, la Corte le ordenará al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación que, en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta decisión, difunda la versión anonimizada de esta providencia por el medio más expedito a todos los despachos judiciales a nivel nacional y, en particular, a todos los jueces de la jurisdicción penal.

316. En razón a que la controversia involucra a un sujeto de especial protección constitucional reforzada⁴¹⁹ (una mujer que presuntamente fue víctima de delitos sexuales cuando tenía quince años), la Corte advierte la necesidad de fijar -desde ya- el seguimiento a las órdenes proferidas en esta decisión. Por ello, se le ordenará al Juzgado *Tres* que, una vez cumplidas las órdenes dadas en el numeral cuarto de la presente decisión, remita dentro de las treinta y seis (36) horas un informe de cumplimiento de lo decidido en esta sentencia al Tribunal *Cuatro* que conoció el asunto en primera instancia. Esta autoridad deberá verificar el estricto cumplimiento de la decisión en los términos previamente señalados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

317. Adicionalmente, se compulsarán copias del presente trámite, junto con la copia de los expedientes penales ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Putumayo para que, en el marco de sus competencias, investigue la presunta mora judicial con la que se atendió este asunto por parte del Juzgado *Uno* y del Juzgado *Dos*. En igual sentido, se compulsarán copias del presente trámite, junto con la copia de los expedientes penales ante la Procuraduría General de la Nación para que, en el marco de sus competencias, investigue la presunta omisión de participación en el proceso judicial con radicado 123456789 por parte de la Personería Municipal de *Uno*.

318. Por último, la Sala Plena de la Corte Constitucional llamará la atención al Juzgado *Uno*, el Juzgado *Dos* y las fiscalías 49 Seccional y 34 Local de *Uno* para que, en lo sucesivo, apliquen tanto los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en los asuntos de su conocimiento como la obligación constitucional de atender a la perspectiva de género en sus decisiones, según las consideraciones expuestas en esta decisión.

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

⁴¹⁷ Cfr. https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/1003447/Boletin_NNA_enero_2024.pdf

⁴¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-433 de 2020.

⁴¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-172 de 2023.

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 7 de diciembre de 2023 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (que modificó la sentencia de primera instancia emitida el 2 de noviembre de 2023 por el Tribunal *Cuatro*, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por *Salomé*). En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación, el debido proceso, al acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, el buen nombre y la garantía de no repetición de *Salomé*.

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTO TODO LO ACTUADO a partir del traslado del escrito de acusación realizado el 6 de noviembre de 2018 por parte de la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* a *Luis* por el delito de injuria por vías de hecho, dentro del proceso penal con radicado 123456789. En consecuencia, todo lo actuado a partir de allí, carece de validez procesal.

TERCERO. ORDENARLE a la Fiscalía 49 Seccional de *Uno* que, dentro del término de treinta y seis (36) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, deberá radicar ante el Juzgado *Tres* (o el juez de control de garantías competente) una nueva solicitud de imputación en contra de *Luis* por los hechos ocurridos el 14 de octubre de 2018 en el *Centro Turístico* que fueron denunciados por *Salomé*⁴²⁰. Esto según los estándares fijados en esta decisión.

CUARTO. ORDENARLE al Juzgado *Tres* (o al juez de control de garantías competente) que, una vez radicada la solicitud de imputación por parte de la Fiscalía 49 Seccional de *Uno*, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá realizar nuevamente la audiencia de formulación de imputación y la de la solicitud de medidas de aseguramiento -si así lo solicitare la Fiscalía- en contra de *Luis*. Para ello, deberá atender de forma estricta los parámetros establecidos en este fallo. Por lo tanto, los términos de prescripción se contabilizarán de nuevo a partir del momento en que se realice esta audiencia.

Adicionalmente, esa autoridad judicial deberá notificar, en debida forma, al Ministerio Público y garantizar su comparecencia en todas las actuaciones del proceso.

QUINTO. ORDENARLE al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación que, en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta decisión, difunda la versión anonimizada de esta providencia por el medio más expedito a todos los despachos judiciales a nivel nacional y, en particular, a todos los jueces de la jurisdicción penal.

SEXTO. ORDENARLE al Juzgado *Tres* (o al juez de control de garantías competente) que una, vez cumplidas las órdenes dadas en el numeral cuarto de la presente decisión, remita dentro de las treinta y seis (36) horas un informe de cumplimiento de lo decidido en esta sentencia a Tribunal *Cuatro* que conoció el asunto en primera instancia. Esta autoridad deberá verificar el estricto cumplimiento de la decisión en los términos previamente señalados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

⁴²⁰ Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 175 de la Ley 906 de 2004.

SÉPTIMO. COMPULSAR COPIAS del presente trámite, junto con la copia del expediente penal ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial del *Cinco* para que, en el marco de sus competencias, investigue la presunta mora judicial con la que se atendió este asunto por parte del Juzgado *Uno* y del Juzgado *Dos*.

OCTAVO. COMPULSAR COPIAS del presente trámite, junto con la copia del expediente penal ante la Procuraduría General de la Nación para que, en el marco de sus competencias, investigue la presunta omisión de participación en el proceso judicial con radicado 123456789 por parte de la Personería Municipal de *Uno*.

NOVENO. LLAMAR LA ATENCIÓN al Juzgado *Uno*, el Juzgado *Dos* y las fiscalías 49 Seccional y 34 Local de *Uno* para que, en lo sucesivo, apliquen tanto los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en los asuntos de su conocimiento como la obligación constitucional de atender a la perspectiva de género en sus decisiones, según las consideraciones expuestas en esta decisión.

DÉCIMO. Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Asimismo, **ORDENARLE** a la Secretaría General de este tribunal, a las autoridades judiciales de instancia y a la Fiscalía General de la Nación que adopten todas las medidas pertinentes para guardar la estricta reserva de la identidad de la víctima y de cualquier dato que permita la identificación de las partes del proceso.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Presidente

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE
Magistrado
Aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

A LA SENTENCIA SU.360/24

Referencia: Expediente T-10.001.101

Acción de tutela instaurada por *Camila y Jorge* (como madre y padre de *Salomé*) en contra del Juzgado *Tres*, el Juzgado *Uno*, el Juzgado *Dos* y las fiscalías las fiscalías 49 Seccional y 34 Local de *Uno*

Magistrado ponente:
José Fernando Reyes Cuartas

1. Comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala Plena de amparar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación, al debido proceso,

al acceso a la administración de justicia, a la dignidad humana, al buen nombre y a la garantía de no repetición de las víctimas de que es titular la accionante, así como la fundamentación a partir de la cual se reivindican en este caso los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes y se censuran las expresiones de violencia de género sexual e institucional que fueron constatadas.

2. Igualmente, estoy de acuerdo con el remedio judicial consistente en renovar la actuación judicial en orden a que el proceso penal de que se trata sea debidamente encauzado de acuerdo con la unificación jurisprudencial establecida en este pronunciamiento a propósito de (i) la falta de consentimiento como ingrediente normativo constitutivo de violencia sexual; (ii) la diferenciación entre los tipos penales de injuria por vías de hecho y acto sexual violento, y (iii) el deber de los jueces, en algunos casos, de realizar un control material más o menos amplio de los actos de imputación o acusación en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso.

3. Con todo, considero necesario presentar mi voto razonado en relación con el enfoque que se acoge en la sentencia frente al control por vía de tutela de la imputación o la acusación, teniendo en cuenta (i) la naturaleza jurídica de esta actuación en el marco del proceso penal adversarial y (ii) los términos del remedio judicial que, en consecuencia, se dispuso para conjurar la situación de afectación de derechos fundamentales advertida.

4. Como es sabido —y la propia sentencia lo pone de relieve— el acto mediante el cual la Fiscalía imputa o, para el caso bajo examen, acusa de determinadas conductas delictivas al investigado es un *acto de parte* en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 250 de la Constitución.

5. Ahora bien, el escenario natural para que se adelante el control material frente a este acto de comunicación procesal a cargo de la Fiscalía que constituye la imputación (o su acto equivalente) es, precisamente, aquel del que da cuenta la sentencia y que se afianza en virtud de las reglas de unificación adoptadas por la Corte en esta oportunidad. Es una atribución y deber propio del juez penal —que no del juez de tutela— verificar que la calificación jurídica de los hechos que realiza el ente acusador se encuentre dentro de los márgenes que imponen la tipicidad, la legalidad y el principio de debido proceso, en concordancia con la efectividad de los derechos de que son titulares tanto el procesado como las víctimas, y el imperativo que le asiste a la autoridad judicial de definir la verdad al tenor de los artículos 5 y 10 del Código de Procedimiento Penal.

6. En ese orden de ideas, estimo que en el asunto de la referencia no debía ser la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante un fallo de tutela, sino el juez penal, conforme a sus singulares competencias, el llamado a asumir el control material de la acusación. En efecto, tras constatarse la lesión iusfundamental derivada de la indebida adecuación típica que hizo la Fiscalía al abordar la conducta del investigado como una injuria por vía de hecho, la procedencia de la tutela no ha debido encauzarse hacia el control al acto de imputar (insisto: que es un *acto de parte*), sino a la decisión judicial que tuvo lugar el 6 de noviembre de 2018 y en virtud de la cual el juez de garantías se abstuvo de examinar la validez de la imputación, pese a las advertencias hechas sobre el particular por el representante de la víctima.

7. Bajo esa perspectiva, en mi criterio el remedio judicial para el caso concreto no debía diseñarse como una suerte de direccionamiento por parte de la Corte frente al *acto de parte* de la Fiscalía –como se desprende del ordinal tercero del *decisum*– sino que debió centrarse en adoptar los correctivos pertinentes respecto de la decisión judicial que se abstuvo de examinar su validez. En otras palabras, y reiterando que comparto la medida de renovar la actuación penal, lo que sostengo es que la orden de amparo no debía involucrar a la Fiscalía 49 Seccional de Sibundoy, sino que ha debido recaer en el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Colón (o juez de control de garantías competente).

8. Lo anterior, he de aclarar, no porque el proceder del ente acusador estuviera exento de reproche, no, sino porque el hecho vulnerador llamado a ser corregido en sede de tutela es el que consistió en que el juez penal se sustrajera de la responsabilidad que le asiste de ejercer el correspondiente control material a la imputación (o su acto equivalente) y en que se abstuvo de dar trámite a las solicitudes de nulidad presentadas en su momento. Así pues, ratificar que la afectación de derechos fundamentales devino de la omisión judicial descrita, habría resultado una solución óptima y congruente con las reglas que operan como premisas mayores en esta providencia y también con el esquema de nuestro sistema penal.

9. En los términos anteriores consigno mi aclaración de voto respecto de la sentencia SU-360 de 2024, con el respeto pleno que profeso por las decisiones de la Corte Constitucional.

Fecha *ut supra*,

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE
Magistrado