



COMUNICADO 08

Marzo 15 y 16 de 2023

SENTENCIA C-066-23 (15 de marzo)
M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo
Expediente: D-14.865

LA CORTE SE INHIBE PARA CONOCER DE FONDO LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA VARIOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

1. Normas sometidas a control

“LEY 599 de 2000¹
(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

El Congreso de Colombia

DECRETA

[...]

Artículo 108. MUERTE DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses.

Artículo 118. PARTO O ABORTO PRETERINTENCIONAL. Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto,

las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Artículo 122. ABORTO [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior².

Artículo 123. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer ~~o en mujer menor de catorce años~~, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses³.

Artículo 125. LESIONES AL FETO [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o

¹ Publicada en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio de 2000

² Esta disposición se declaró condicionalmente exequible en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022.

³ El aparte tachado de la disposición se declaró inexecutable en la Sentencia C-355 de 2006.

en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término".

2. Decisión

Primero. INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo en relación con los cargos formulados en contra de los artículos 108, 118, 122, 123 y 125 de la Ley 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal", por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo. RECHAZAR las solicitudes presentadas durante el trámite del expediente por parte de la ciudadana Natalia Bernal Cano por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte decidió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 108 ("muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas"), 118 ("parto o aborto preterintencional"), 122 ("aborto"), 123 ("aborto sin consentimiento") y 125 ("lesiones al feto") de la Ley 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal" por ser presuntamente contrarios a los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 44, 47, 49, 50, 90, 93, 94 y 95 de la Constitución.

Al examinar los cargos formulados, la Corte concluyó que no reunían los requisitos y, por tanto, se declaró inhibida para adoptar una decisión de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda. En este sentido, coincidió con varios intervinientes y con el concepto de la Procuradora General de la Nación, quienes afirmaron que, en términos generales, más que cuestionar el contenido objetivo de las normas la demandante presentó argumentos genéricos derivados de su desacuerdo con las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, que declararon la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal.

Además, precisó las razones por las cuales respecto de las cinco disposiciones demandadas los cargos propuestos no cumplían los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Finalmente, respecto del artículo 108, indicó las razones por las cuales la demanda tampoco cumplía las exigencias especiales del cargo por omisión legislativa relativa, entre otras, ya que el Legislador estableció

delitos específicos para proteger el bien jurídico de la vida en gestación presuntamente desconocido.

4. Salvamentos parciales de voto

La magistrada **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y el magistrado **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR** salvaron parcialmente su voto.

El **magistrado Ibáñez Najar**, quien inicialmente fue el sustanciador de este proceso, salvó parcialmente su voto frente a la decisión final mayoritaria de la Sala de inhibirse por ineptitud sustantiva de la demanda. A su juicio, el proceso de constitucionalidad -entre la acción pública, las intervenciones y los conceptos técnicos-, bajo una lectura del principio *pro actione*, sí tenía cargos y elementos de juicio que daban lugar a realizar un examen de mérito de los artículos 108 y 122 del Código Penal. En relación con el artículo 123 del Código Penal correspondía, antes que el análisis de la aptitud de la demanda, verificar que se presentaba el fenómeno de cosa juzgada constitucional y la Sala debería haberse estado a lo resuelto a la Sentencia C-355 de 2006. De ahí que el magistrado se apartó de la decisión mayoritaria de inhibirse de realizar un pronunciamiento de los cargos en contra de los artículos 108, 122 y 123 del Código Penal.

Para el magistrado Ibáñez el análisis tendría que haber iniciado por resolver el problema jurídico relativo a la posible configuración de cosa juzgada constitucional respecto de los artículos 108, 122 y 123 del Código Penal, en los que la Corte se había pronunciado previamente, dada la necesidad de proteger una institución jurídico procesal como lo es la cosa juzgada constitucional establecida expresamente en el artículo 243 de la Constitución para las providencias de la Corte. Agotado este examen, no se configuraba cosa juzgada respecto de los cargos los artículos 108 y 122, pero sí en el 123.

En cuanto al *artículo 108*, identificó simplemente una cosa juzgada formal respecto de la Sentencia C-829 de 2014, debido a que la jurisprudencia de la Corte no se ha referido a los argumentos que fueron expuestos en esta demanda, entendiéndose por la existencia de una omisión legislativa relativa por una eventual desprotección del *nasciturus*. De ahí que no existía imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo.

Por su parte, en torno al *artículo 122* del Código Penal, el magistrado consideró que la Corte tendría que haber aceptado que no existía cosa juzgada constitucional de las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022

en relación con los cargos de la demanda objeto de examen en este proceso. Al respecto, advierte que el debate constitucional de esas providencias se centró en una tensión entre la garantía de los derechos de las mujeres y la protección del que está por nacer, y la Corte decidió por mayoría otorgar prevalencia a la protección de los derechos y libertades de la mujer con fundamento en diversos instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional. De ahí que era posible concluir que en dichas providencias la decisión no se adoptó tomando en consideración elementos de juicio como los siguientes asuntos que en esta oportunidad la demanda desarrollaba: (i) el carácter de ser sintiente de los *nasciturus* a quienes debe reconocérseles como sujeto de derechos y titulares de personalidad jurídica, así como que deben ser protegidos de la prohibición de tortura y trato cruel, inhumano y degradante, y (ii) el derecho del padre a participar en la decisión voluntaria de la mujer de practicar o que se le practique la interrupción del embarazo, en el entendido que los padres tienen un rol del que se derivan unos derechos y obligaciones de orden constitucional asociados a los derechos fundamentales de los niños y niñas, así como a los de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Finalmente, el argumento de la demanda sobre el artículo 123 supondría, en vez de inhibirse, una decisión de estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 en la que se declaró inexecutable la siguiente expresión "...o en mujer menor de catorce años ..." contenida en dicha disposición del Código Penal.

Agotado lo anterior, la Corte ha debido realizar el examen de aptitud de la demanda en aplicación del principio *pro actione*, en virtud del cual se superaban las exigencias de carga argumentativa frente al artículo 108 y parcialmente del artículo 122. Particularmente, en relación con el artículo 108 la demanda contenía de manera sumaria pero suficiente una determinación de: (i) la norma legal en la que el Legislador habría incurrido en una posible omisión relativa como lo era el tipo penal de la muerte ocasionada por la madre a su hijo durante el nacimiento o en los ocho días siguientes al nacimiento cuando el hijo hubiese sido fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida; (ii) una equivalencia entre la protección del derecho a la vida que el Estado debe a los niños y niñas respecto de la obligación que surge de garantizar la vida y dignidad humana del *nasciturus* como ser sintiente y sujeto de derechos; y (iii) el deber constitucional que tiene el Estado de proteger la vida.

En esta misma línea, en cuanto al artículo 122 la aptitud de la demanda se superaba específicamente sobre la presunta vulneración del artículo 12 de la Constitución por considerarse el aborto como un posible trato cruel, inhumano y degradante que se comete contra un ser sintiente de la especie humana, respecto de lo cual, como se advirtió, no recayó el control de constitucionalidad que realizó la Corte en las Sentencias C-355 y C-055, no obstante que este tópico fue planteado por varios intervinientes en el proceso que culminó con esta última sentencia.

Con fundamento en lo anterior, este caso habría sido una oportunidad para desarrollar la jurisprudencia en torno a la obligación de protección a la vida de conformidad con los estándares internacionales y constitucionales, los cuales se asocian con el **carácter de ser sintiente del nasciturus**, así como con la importancia y necesidad de advertir que es un sujeto de derechos. Al respecto, se puede considerar que, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, los *nasciturus* son titulares de los derechos reconocidos a los niños en los mandatos constitucionales o, en palabras de la Corte, del mismo “*espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños [... esto por cuanto] es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana.*” (Sentencia T-223 de 1998)

Así, en lo relativo al análisis de fondo sobre el artículo 122 del Código Penal, la Corte tendría que haber ponderado la protección de los derechos de la mujer en los términos en que lo hace la disposición con fundamento en los condicionamientos previstos en la Sentencia C-055 y advertir que por el carácter de ser sintiente del *nasciturus* era necesario condicionar la aplicación de la disposición para garantizar la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, de conformidad con la jurisprudencia que protege los derechos de los seres sintientes. En este caso, esa garantía resultaba imperativa dado que el ser sintiente, además, hace parte de la especie humana y es el fundamento de la existencia humana, tal como lo disponen los tratados internacionales precitados. Con fundamento en esto, podría haberse proferido una nueva decisión de exequibilidad condicionada a efectos de proteger al que está por nacer.

Finalmente, el magistrado Ibáñez Najar acompañó a la mayoría en el sentido que la Corte debía inhibirse para conocer de los cargos formulados en la demanda en contra de los artículos 118 y 125 del Código Penal, por cuanto, ni siquiera con un enfoque *pro actione*, se superan las exigencias de carga argumentativa previstas en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional.

La **magistrada Cristina Pardo** estuvo de acuerdo con la mayoría de la Sala Plena en cuanto a la ineptitud de la demanda incoada por la ciudadana Natalia Bernal, salvo en lo relativo al cargo esgrimido por ella en contra del artículo 122 del Código Penal, conforme a cual dicha norma, en los términos en que quedó luego de la Sentencia C-055 de 2022, desconoce el artículo 12 de la Constitución, por cuanto permite la concreción de tratos crueles, inhumanos y degradantes respecto de los seres humanos que están en gestación, quienes deben ser reconocidos como seres sintientes, lo cual se traduce en un déficit de protección a favor de ellos.

A juicio de la magistrada Pardo, la Sentencia C-055 de 2022 nada dijo sobre la condición sintiente de los seres humanos en gestación, por lo cual respecto de este asunto no había cosa juzgada. Adicionalmente, el cargo era apto por cuanto era claro, cierto, pertinente, suficiente y específico y además planteaba una discusión de rango constitucional que ya ha sido asumida por la Corte en otros procesos, específicamente en las sentencias C-045 de 2019 y C-148 de 2022, sobre la prohibición de la caza y la pena deportivas, respectivamente, prohibición que la Corte estableció en atención a la condición sintiente de dichas especies animales. En la última de las cuales, la Sala incluso aplicó el principio de precaución, al no tenerse evidencia científica clara sobre la condición sintiente de los peces.

Por las anteriores razones la magistrada Pardo salvó parcialmente el voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría, al considerar que debió admitirse y analizarse el cargo en contra del artículo 122 del Código Penal, tal como debe leerse después de la Sentencia C-055 de 2022, esgrimido por violación del artículo 12 superior según el cual *“(n)adie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.

SENTENCIA SU-067-23 (16 de marzo)

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

Expediente: T-8.842.342

LA CORTE AMPARÓ LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE DANIELA, UNA MUJER TRANS Y AFRODESCENDIENTE DESPEDIDA DE FORMA DISCRIMINATORIA Y POR RAZÓN DE SU IDENTIDAD DE GÉNERO. EN ESPECÍFICO, DEJÓ SIN EFECTOS LAS DECISIONES ADOPTADAS EN EL PROCESO QUE ELLA PROMOVió PARA OBTENER LA INEFICACIA DEL DESPIDO, POR CONSIDERAR QUE LAS AUTORIDADES JUDICIALES ACCIONADAS OMITIERON SU DEBER DE VALORAR LAS PRUEBAS DEL EXPEDIENTE SIN AFECTAR LA DIGNIDAD HUMANA DE LA ACCIONANTE Y CON EL OBJETO DE ESTABLECER SI ELLA HABRÍA SIDO SOMETIDA A TRATOS DISCRIMINATORIOS. IGUALMENTE, SE

TOMÓ EN CONSIDERACIÓN QUE LOS JUECES ACTUARON AL MARGEN DE LAS NORMAS Y PRECEDENTES JUDICIALES APLICABLES AL CASO. EN CONSECUENCIA, LA SALA PLENA ORDENÓ EL REINTEGRO DE LA TRABAJADORA Y EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DEJADOS DE PERCIBIR. ASIMISMO, LE ORDENÓ AL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA QUE ADOPTARA LAS MEDIDAS TENDIENTES A IMPEDIR QUE SE REPITAN HECHOS COMO LOS QUE SE ESTUDIARON, COMO INCLUIR EN EL PROCESO DE PREPARACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS, UN MÓDULO DE FORMACIÓN ESPECÍFICA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON IDENTIDADES DE GÉNERO Y SEXUALES DIVERSAS, EL CUAL SE DEBE APLICAR EN LA CONVOCATORIA 27 (EN CURSO).

1. Antecedentes

Daniela es una mujer trans de 35 años. Ella se reconoce como afrodescendiente y es médica de profesión. En el año 2015, demandó a la Sociedad Global S.A., con el fin de que se declarara la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo suscrito entre ambos y, en consecuencia, se ordenara su reintegro laboral y el pago de las prestaciones y salarios dejados de percibir, así como de perjuicios morales y materiales. Aseguró que el contrato de trabajo fue terminado sin el permiso del Ministerio del Trabajo. Esto último, dijo, era necesario por las dificultades de salud que padecía y que puso en conocimiento del empleador. Igualmente, Daniela aseguró que fue constantemente discriminada por parte de su empleador y de sus jefes directos y compañeros de trabajo, en razón de la “disforia de género” que le diagnosticaron. Señaló que tales discriminaciones iniciaron cuando empezó el proceso de transformación de su cuerpo. Agregó que los actos discriminatorios de los que fue víctima constituyen acoso laboral y le produjeron un cuadro de “depresión mayor”.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la accionante no estaba en condición de debilidad manifiesta, por lo que no era necesaria la autorización del Ministerio del Trabajo. Apelado el fallo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga confirmó la decisión de primera instancia. El Tribunal concluyó que, al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo, la demandante no ostentaba el fuero de estabilidad laboral reforzada. Mediante sentencia del 30 de junio de 2021, la Sala de Descongestión No. 3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió no casar el fallo recurrido. En términos generales, los cargos fueron desechados por no cumplir requisitos de forma y de técnica.

Daniela interpuso acción de tutela por la vulneración de sus derechos fundamentales a la identidad de género y a la identidad sexual,

igualdad, libre desarrollo de la personalidad, vida, dignidad humana, trabajo, seguridad social y al debido proceso, así como los que denominó “*derechos de las personas transgénero*”. Desarrolló tres líneas de argumentación: (i) que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico, pues valoró indebidamente unas pruebas y, además, omitió otras relevantes para la decisión; (ii) que se impuso la rigurosidad de la técnica del recurso extraordinario de casación sobre los derechos fundamentales; y (iii) que se desconocieron los precedentes judiciales relacionados con el estado de debilidad manifiesta asociado con cuestiones de salud, por un lado, y con el valor probatorio de las calificaciones de las juntas de invalidez, por el otro.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo al considerar que los fallos acusados se ajustaron a derecho, pues “*tienen soporte en las disposiciones pertinentes y la jurisprudencia aplicable*”. Expresó, en lo que respecta a la sentencia de la Sala de Casación Laboral de dicha Corporación, que los argumentos de la recurrente eran propios de las etapas de instancia y no del recurso extraordinario de casación. En lo que respecta a los jueces ordinarios de primera y segunda instancia, aseguró que estos valoraron todas las pruebas y que sus conclusiones son razonables. Señaló que ni estos ni aquella desconocieron el precedente judicial.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de tutela de primera instancia. Para tales fines, reiteró el sentido de los argumentos del juez *a quo* y explicó que las decisiones cuestionadas no son arbitrarias, subjetivas o “*antojadizas*” y, en ese sentido, consideró que lo que se presentaba en el caso concreto es una discrepancia de la accionante frente a las decisiones adoptadas por los jueces laborales.

2. Síntesis de los fundamentos

Luego de verificar que la tutela satisfizo los requisitos de procedencia de esta acción contra providencias judiciales, **la Sala encontró que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico** por tres razones: *primero*, porque valoraron indebidamente la prueba testimonial del expediente. En términos generales, la Corte consideró, de un lado, que se incumplió el deber de verificar la idoneidad de los testigos a los que se acudió para superar el déficit epistémico en el que se encontraba el juez *a quo*. De otro lado, debido a que los interrogatorios que practicó fueron lesivos de la dignidad humana de la ciudadana accionante y del debido proceso de las partes. En este sentido, por lo dicho antes se

concluyó que el fallo de primera instancia se fundamentó en un medio de prueba recaudado ilegalmente y, como tal, ilícita de pleno derecho.

Segundo, la Corte tomó en consideración que los jueces accionados no valoraron los elementos de prueba que daban cuenta de que el empleador de *Daniela* pudo haber tenido conocimiento de su estado de salud cuando la despidió.

Y, *Tercero*, debido a que las autoridades tuteladas omitieron el estudio de la prueba indiciaria y el decreto oficioso y la práctica de pruebas, que le hubieran permitido concluir que la accionante fue sometida a diversos tratos discriminatorios por parte de sus compañeros de trabajo y su jefes directos, algunos de los cuales, se dijo, fundamentaron la terminación del contrato de trabajo. En este punto, la Sala Plena pudo establecer que el despido de *Daniela* es inconstitucional, porque encontró probada la ocurrencia de hechos relacionados con: (a) maltrato y discriminación laboral, debido al bullying y burlas de sus jefes y compañeros de trabajo, algunas asociadas con su condición de afrodescendiente; y (b) persecución laboral, consistente en reasignación de funciones y dependencias y cambios subrepticios de los turnos de trabajo nocturno.

Igualmente, la Corte encontró que **las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto por desconocimiento del precedente judicial**, en tanto no valoraron el caso concreto en aplicación de las reglas establecidas por la Corte Constitucional, las cuales, por un lado, impiden negar el fuero de estabilidad laboral por la ausencia de calificación formal al momento del despido y, por el otro, les imponían el deber de estudiar si la condición de salud de la accionante le impedía significativamente el normal desempeño laboral.

Por otro lado, la Sala Plena concluyó que **la Corte Suprema de Justicia incurrió en el defecto sustantivo**, debido a que interpretó indebidamente las normas que regulan las exigencias argumentativas del recurso de casación, a saber, los numerales 4º y 5º del artículo 90 del CPTSS. Esto, porque pasó por alto que la jurisprudencia constitucional estableció una excepción al carácter dispositivo o rogado cuando existe una violación de derechos fundamentales, según la cual dicha violación debe ser estudiada.

Finalmente, la Corte concluyó que **los jueces tutelados incurrieron en defecto por violación directa de la Constitución Política**. Esto, debido a que los elementos de juicio del expediente demostraban que se comprometió gravemente el principio general de no discriminación y, con esto, los postulados esenciales del Estado Social de Derecho. Tal

situación, se dijo, fue agravada por el hecho de que las autoridades judiciales accionadas participaron de los hechos discriminatorios objeto del debate constitucional. La Sala Plena resaltó que, en casos como el que se estudió, es importante tener en cuenta que la prohibición de discriminación no solo es exigible en el marco de las relaciones entre los particulares, trabajador y empleado en este caso, sino que también es exigible a los funcionarios judiciales, quienes deben garantizar que las personas con orientación de género y sexual diversas puedan acudir al aparato judicial en busca de la protección de sus derechos, sin el temor a ser discriminados por ello, esto es, revictimizados por los mismos jueces de la República.

Como consecuencia de lo anterior, **la Corte revocó los fallos revisados y, en su lugar, dispuso el amparo de los derechos fundamentales** de Daniela. En consecuencia, declaró la ineficacia del despido y le ordenó al empleador o a quien haga sus veces que la reintegre sin solución de continuidad y al mismo cargo para el que fue contratada o en uno de igual o superior jerarquía, lo cual, además, supone el deber de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir. Con todo, se ordenó al juez laboral de primera instancia que liquidara la condena, teniendo en cuenta la indemnización que pagó la empresa demandada en el proceso ordinario laboral.

Por otro lado, la Sala Plena adoptó medidas tendientes a evitar la repetición de actos como los que se estudiaron. Por un lado, se le ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que incluyera en el proceso de preparación de jueces y magistrados, un módulo de formación específica sobre los derechos de las personas con identidades de género y sexuales diversas. Particular pero no exclusivamente, se dispuso que la medida se implementara en el curso de formación judicial que corresponde a la Convocatoria 27 para funcionarios de la Rama Judicial (en curso). Por otro lado, la Corte Constitucional le ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que publicara la sentencia por el medio que considere apropiado para que la misma sea conocida por todos los funcionarios judiciales y empleados del país, especialmente, por los encargados de conocer los procesos laborales.

3. Decisión

Primero. REVOCAR la sentencia de tutela del 25 de enero de 2022, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmada mediante providencia del 25 de mayo del mismo año, proferido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del cual se denegó

el amparo de los derechos fundamentales de *Daniela*, por las razones expuestas en este proveído.

Segundo. AMPARAR los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminada, a la identidad de género y al debido proceso de *Daniela*. En consecuencia, **DEJAR** sin efectos las sentencias ordinarias dictadas por la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, dentro del proceso ordinario laboral que *Daniela* promovió en contra de la *Sociedad Global*, buscando la ineficacia de la terminación de la relación laboral. Esto y aquello por lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia judicial.

Tercero. DECLARAR la ineficacia del despido de *Daniela*, debido a la inconstitucionalidad del mismo. **ORDENAR** a la *Sociedad Global* o a quien haga sus veces, que, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, reintegre inmediatamente y sin solución de continuidad a *Daniela*, en el mismo cargo para el que fue contratada o en uno de igual o superior jerarquía. Para tales fines, se deberán tomar en consideración los razonamientos expuestos en el acápite del remedio constitucional.

Cuarto. ORDENAR a la *Sociedad Global* o a quien haga sus veces, que, en el término de un (1) mes, reconozca y pague todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el momento de la terminación del vínculo laboral. Para tales fines, **ORDENAR** al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira que, dentro del término de cinco (5) días, contados desde la notificación de esta sentencia, liquide las sumas de dinero que la *Sociedad Global* o quien haga sus veces, le adeuda a *Daniela*, teniendo en cuenta para ello la indemnización que el empleador le reconoció en su momento.

Quinto. ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura que, en el término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia, adopte las medidas necesarias para incluir en el proceso de preparación de jueces y magistrados, un módulo de formación específica sobre los derechos de las personas con identidades de género y sexuales diversas, el cual se debe aplicar en la Convocatoria 27 (en curso).

Sexto. ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura que, en el término de diez (10) días, contados a partir de su notificación, publique esta sentencia en el medio que considere más apropiado, a efectos de que

la misma sea conocida por todos los funcionarios y empleados de país, especialmente, los encargados de conocer los procedimientos laborales.

Séptimo. LIBRAR, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí señalados.

4. Salvamento parcial de voto

Las magistradas **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **DIANA FAJARDO RIVERA**, así como los magistrados **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** y **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, se reservaron la posibilidad de aclarar su voto. Por su parte, el magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** salvó parcialmente su voto.

El magistrado **Lizarazo Ocampo** salvó parcialmente su voto para precisar que, si bien estuvo de acuerdo con amparar el derecho fundamental al debido proceso y, con ello, el derecho a la identidad de género, no acompañó el resolutivo tercero del fallo en relación con la orden de reintegro de la accionante y el pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de la terminación del vínculo laboral. Esto porque, a su juicio, el juez constitucional carece de competencia para resolver pretensiones de carácter laboral y ordenar indemnizaciones. Así, reiteró que es a la autoridad judicial laboral a la que le corresponde determinar los salarios y prestaciones que deben ser reconocidos y pagados por el empleador, en caso de que se determine que el despido en discusión es ineficaz.

Adicionalmente manifestó el magistrado Lizarazo que, como quedó acreditado en el trámite de revisión de los fallos de tutela, no existieron elementos probatorios en el proceso ordinario laboral para la prosperidad de la respectivas pretensiones, razón por la que lo procedente era devolver el expediente para que se rehiciera la actuación de segunda instancia previo el decreto oficioso de las pruebas necesarias para establecer si efectivamente se trató de una terminación injusta del contrato de trabajo. Manifestó, finalmente, que en el caso estudiado es evidente la incoherencia entre los argumentos fácticos señalados en el proceso ordinario laboral, en la tutela y en esta sede de revisión, lo cual demuestra que no existían elementos de juicio para disponer el reintegro ni, mucho menos, el pago de salarios y prestaciones.

Sentencia SU-068 DE 2023
M.P. Natalia Ángel Cabo
Expediente T-8.483.097

CORTE CONSTITUCIONAL DEJÓ EN FIRME UNA DECISIÓN DE LA SUBSECCIÓN B DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO QUE DECLARÓ LA RESPONSABILIDAD DEL MINJUSTICIA, DEL INPEC Y LA USPEC POR LOS DAÑOS A LA DIGNIDAD E INTEGRIDAD QUE EXPERIMENTARON LAS MUJERES RECLUIDAS EN EL PABELLÓN FEMENINO DEL EPCMS EL CUNDUY (FLORENCIA, CAQUETÁ DURANTE LOS AÑOS 2012 Y 2013, A CAUSA DE LAS CONDICIONES INDIGNAS DE SU RECLUSIÓN DERIVADAS DEL ALTÍSIMO HACINAMIENTO QUE SE PRESENTÓ EN EL MENCIONADO CENTRO CARCELARIO

1. Antecedentes

El 14 de junio del 2013, las ciudadanas Norma Constanza Valencia, Aura María Rodríguez García, Olga Patricia Cabrera, Sormélida Gutiérrez, Linda Lorena Bañol García, Nory Morales Bolaños, Yanid Parra Leiton, Miryam Avendaño Quintero, Luz Marina Romero Hernández, Rocío Duque Latorre y Sandra Milena Herrera, todas mujeres privadas de la libertad, interpusieron una acción de grupo en contra del INPEC, la USPEC y el Ministerio de Justicia. Las accionantes consideraron que las entidades demandadas eran responsables por los daños sufridos como consecuencia del hacinamiento del pabellón de mujeres del establecimiento penitenciario y carcelario de mediana seguridad (EPCMS) el Cunday, ubicado en Florencia, Caquetá, lugar donde se encontraban recluidas.

En su acción popular, las internas señalaron que entre el 1 de enero de 2012 y el 21 de mayo de 2013 ingresaron al pabellón de reclusión de la cárcel alrededor de 183 mujeres, a pesar de que ese espacio solo contaba con una capacidad para 32 personas. Para las mujeres, esta situación derivó en la vulneración de la dignidad e integridad personal de todas las internas, pues la evidente sobrepoblación impidió que en el lugar de reclusión se observaran las condiciones mínimas de salubridad y bienestar.

Por estos hechos, el 14 de junio de 2013 el grupo de internas presentó una acción de grupo ante los jueces contenciosos administrativos. En ella solicitaron una indemnización por perjuicios morales y otra por la violación a sus derechos fundamentales. Como pruebas principales, las accionantes presentaron testimonios de personas cercanas que habían visitado la cárcel y un informe del personero municipal de Florencia, el cual reiteraba lo descrito por las internas y sus familias.

Inicialmente el Tribunal Administrativo de Caquetá, mediante sentencia del 4 de mayo de 2017, negó las pretensiones de la acción de grupo por considerar que no se lograron probar los perjuicios reclamados. El grupo de internas de El Cunday apeló la decisión de primera instancia. En sentencia del 20 de noviembre de 2020, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Ministerio de Justicia, del INPEC y de la USPEC por los daños a la dignidad e integridad causados por las condiciones indignas en que estuvieron recluidas las internas del pabellón femenino de la cárcel de El Cunday, entre el 1 de enero de 2012 y el 14 de junio de 2013.

Por lo tanto, la Sección Tercera declaró la responsabilidad del Estado por estos hechos y ordenó que, por concepto de perjuicios causados, se reconociera una indemnización no solo en favor de las once accionantes iniciales, sino para toda la población carcelaria de la cárcel de El Cunday, que se encontraba en hacinamiento para el momento de los hechos. El Consejo de Estado determinó que 378 mujeres estuvieron en algún momento recluidas en El Cunday durante el periodo de tiempo analizado y en consecuencia tasó el pago total de la indemnización en 18371 SMLMV.

El 18 de junio de 2021, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios instauraron una acción de tutela contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En esencia, los tutelantes sostuvieron que esa autoridad judicial vulneró su derecho fundamental al debido proceso en tanto que en la providencia cuestionada se incurrió en un defecto fáctico, procedimental absoluto y sustantivo por desconocimiento del precedente.

Primero, las entidades accionantes señalaron que la valoración de los testimonios de personas cercanas a una de las partes del proceso contencioso se debió hacer con mayor rigurosidad, ya que podrían ser sospechosos por los vínculos familiares que tienen con la parte procesal. Segundo, con respecto al defecto procedimental absoluto, las entidades argumentaron que en la providencia cuestionada se desconoció el principio de congruencia, contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso. Según las autoridades accionantes, este principio establece que no se podrá condenar a los demandados por una cantidad superior, o por objeto distinto, a lo pretendido en la demanda.

Tercero, sobre el defecto sustantivo las entidades adujeron que la sentencia desconoció dos precedentes del propio Consejo de Estado. El primero, fijado por la Sección Tercera del Tribunal, que a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 señaló que todo daño a derechos que gocen de protección constitucional y convencional se “reparan a través de medidas de reparación no pecuniarias como medidas de satisfacción o garantías de no repetición, y excepcionalmente se pueden conceder medidas de reparación pecuniarias [de hasta 100 SMLMV]”⁴ y su tasación deberá ser motivada y proporcional a la intensidad del daño sufrido o la naturaleza del derecho o bien afectado. Para los accionantes este precedente fue desconocido por la Sección Tercera pues, aunque se fijó una indemnización de hasta 40 SMLMV por persona, “no se tuvo en cuenta la regla de derecho fijada en la sentencia de unificación para reconocer este perjuicio, esto es que efectivamente se haya probado el daño relevante al derecho constitucional a la dignidad humana y su intensidad”⁵.

El segundo precedente que en criterio de los accionantes se desconoció fue el fijado por medio de la sentencia del 3 de octubre de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En esta decisión, esa autoridad judicial decidió la acción de grupo que presentaron los internos del establecimiento penitenciario de La Vega, en Sincelejo, por los perjuicios generados por el hacinamiento carcelario que se vivió en ese lugar a partir del 31 de enero de 2012. Según lo expuesto en la tutela, en aquella ocasión el Tribunal declaró la responsabilidad del INPEC, pero “no se reconocieron perjuicios a favor de los demandantes dado que no fueron probados”⁶ por dos razones. Primero, porque “la Corte Constitucional (...) y la Sección Cuarta del Consejo de Estado (...) mediante sentencias de tutela habían decretado medidas para superar el estado de cosas inconstitucionales generado por la situación de hacinamiento”⁷ que no incluyeron órdenes de pago en favor de particulares. Segundo, en tanto “no se demostró un estado de indolencia e indiferencia del Estado para superar el estado de cosas

⁴ Ibidem., folio. 26.

⁵ Ibidem, folio 27.

⁶ Ibidem., folio 27.

⁷ Ibidem., folio 27.

inconstitucionales"⁸ no era posible determinar un daño imputable a alguna entidad pública que debía ser resarcido económicamente.

En el trámite de tutela, en primera instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la tutela en lo relativo al defecto procedimental absoluto y al defecto sustantivo por desconocimiento del precedente fijado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, pues no se cumplieron los requisitos generales de procedencia de la tutela contra sentencias. Frente al defecto fáctico y el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente establecido en la sentencia del 3 de octubre de 2019, la Sección Primera negó la tutela pues en su criterio no se configuró ninguno de los mencionados defectos en la decisión que se atacó. En segunda instancia, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó parcialmente el fallo de la Sección Primera. Así, el juez de segunda instancia señaló que la acción de tutela sí procedía frente al cargo por defecto sustantivo por desconocimiento del precedente fijado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014. Sin embargo, el juez de segunda instancia consideró que no se configuró ese defecto en la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera razón por la cual negó el amparo frente a este punto. En todos los demás aspectos, la Sección Quinta confirmó el fallo de primera instancia.

2. Síntesis de los fundamentos

En el proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos el 20 de agosto de 2021 por la Sección Primera del Consejo de Estado, en primera instancia, y el 30 de septiembre de 2021 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en segunda instancia, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela reunió los requisitos generales de procedencia contra sentencias judiciales salvo en lo relacionado con el defecto procedimental absoluto. Frente a este último defecto, la Sala Plena estimó que el cargo presentado por las entidades accionadas, según el cual la decisión de la Subsección B de la Sección Tercera Consejo de Estado que resolvió la acción de grupo presentada por las internas de la cárcel El Cunday desconoció el principio de congruencia contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso, no cumplió con el requisito de subsidiariedad. Esto, pues las entidades accionantes tuvieron a su disposición el recurso extraordinario de revisión dispuesto en el artículo 67 de la Ley 472 de 1998.

⁸ Ibidem., folio 27.

Si bien la Corte consideró que no procedía el recurso de casación, pues este procede únicamente sobre sentencias que decidan acciones de grupo cuya competencia le corresponda a la jurisdicción ordinaria, concluyó que el recurso de revisión sí era procedente para controvertir la decisión con base en el presunto desconocimiento del principio de congruencia. En consecuencia, la Sala concluyó que las entidades accionantes sí tenían la oportunidad de presentar el recurso de revisión, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) la providencia demandada fue decidida por un juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en segunda instancia; (ii) en dicha jurisdicción el Consejo de Estado, como tribunal de cierre de la jurisdicción, en repetidas oportunidades ha establecido que la causal de nulidad de la sentencia por falta de competencia, regulada en el artículo 294 del CPACA, se podrá invocar cuando la parte demandada considere que se desconoció el principio de congruencia en primera instancia; y (iii) la Corte Constitucional ya ha reconocido previamente que el recurso extraordinario de revisión dentro del proceso contencioso administrativo es un recurso idóneo y eficaz para resolver pretensiones de nulidad de una sentencia por falta de competencia judicial.

Ahora bien, con respecto a los otros defectos alegados, la Sala Penal concluyó que ninguno se configuró en la actuación judicial atacada por diferentes razones. Primero, la Corte consideró que las entidades estatales no pueden escudarse en la declaración del estado de cosas inconstitucional como un argumento que sustente la carencia o falencia de su actuar. El objetivo de declarar el estado de cosas inconstitucional no es flexibilizar el control y tareas de las entidades estatales en las cárceles ni tampoco servir de fundamento para evitar la reparación cuando se constituya un daño antijurídico. Todo lo contrario, el objetivo del estado de cosas inconstitucional fue el de reconocer una situación de vulneración masiva y constante de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, que requiere de una respuesta urgente y decidida del Estado. La Corte insistió en que quienes las personas privadas de la libertad, así hayan cometido una conducta punible, no pueden ser sometida a condiciones de vida indignas e inhumanas.

Segundo, La Corte señaló que no se puede separar el objeto de la tutela del régimen de responsabilidad estatal por daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos. La Constitución Política dispone cuáles son los elementos de responsabilidad estatal y, al respecto, para hacer efectiva dicha medida, la misma Constitución contiene diversos mecanismos judiciales, dentro de los cuales se encuentran las acciones públicas como la acción de grupo. De acuerdo con la ley que regula

dicha acción, la finalidad de esta es indemnizatoria. Adicionalmente, cuando un grupo de individuos alegue la comisión de un daño a bienes jurídicos constitucionales y convencionalmente protegidos, el Consejo de Estado podrá indemnizar dicho daño a través de medidas pecuniarias, o no pecuniarias, dependiendo del caso en concreto.

Tercero, la relación especial de sujeción de las personas privadas de la libertad con el Estado implica, entre otras cosas, permite que exista, de ser necesario, un estándar flexible frente a la carga de la prueba en casos como el que ahora se analiza sin que ese criterio probatorio signifique en ninguna circunstancia que se está ante un escenario de responsabilidad estatal objetiva. De todas maneras, en este caso concreto, la Corte encontró que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado evaluó de manera integral varias pruebas. Si bien la subsección atendió lo dicho por los familiares de las víctimas, también utilizó otros medios de pruebas como el informe y la declaración rendidos por el personero municipal de Florencia y los certificados de los niveles de ocupación del patio de mujeres de la cárcel El Cunday aportados por el INPEC, que dieron cuenta que el hacinamiento se acercó al 500 % para el momento de los hechos.

Cuarto, la Sala recordó que existe una necesidad clara de implementar un enfoque de género a los problemas estructurales del sistema penitenciario. Entre otras cosas, se recordó la necesidad del sistema carcelario de tener en cuenta las necesidades de las mujeres privadas de la libertad en lo que respecta a sus derechos de salud sexual y reproductivos y los derechos asociados a una maternidad deseada y segura.

Con base en estas consideraciones, la Sala Plena analizó la providencia demandada y encontró que **el Consejo de Estado no incurrió en ninguno de los defectos que le atribuyó la acción de tutela y que se analizaron de fondo**. No se configuró un defecto fáctico, pues el alto Tribunal analizó de manera razonable y acorde a las circunstancias de las internas todas las pruebas presentadas por ellas en su acción de grupo y aquellas presentadas por otras entidades públicas, como la defensoría municipal de Florencia y el INPEC.

Por ejemplo, el Tribunal resaltó, que dentro del proceso de acción de grupo instaurado por las internas de El Cunday, el personero municipal de Florencia demostró las condiciones inadecuadas en las que las mujeres recluidas en este pabellón tuvieron que vivir. A través de registro fotográfico, se demostró que las mujeres dormían en los pasillos, en la sala

de televisión, debajo de los camarotes, en espacio de más o menos 50 cm de alto, que dos internas debían compartir una colchoneta. Igualmente, las pruebas documentales aportadas por dicho funcionario le permitieron al Consejo evidenciar que para toda la población del pabellón de mujeres solo estaban dispuestas tres baterías sanitarias, dos duchas y un lavamanos. Además, por la evidente sobrepoblación, las internas debían dormir cerca de los deshechos, la basura y los insectos lo que las expuso a contagiarse de enfermedades.

Por otra parte, la Sala encontró que la decisión proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado no incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. En primer lugar, la Corte advirtió que la decisión de la subsección explicó de forma suficiente que las personas privadas de la libertad fueron sometidas a un trato denigrante que vulneró su derecho a la dignidad lo que ocasionó un perjuicio inmaterial el cual puede ser indemnizado, según el precedente fijado por la Sección Tercera la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014. Esto, porque el daño se acreditó en el proceso y no puede ser indemnizado a través de otro medio reconocido por la jurisprudencia.

En segundo lugar, la Corte consideró que la subsección explicó de forma clara las razones por las cuales la sentencia del 3 de octubre de 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el marco de una acción de grupo presentada por algunos reclusos de la cárcel La Vega de Sincelejo, no era aplicable al caso concreto. Entre otras razones, explicó que era necesario apartarse del precedente, (i) por la necesidad de que se garantice una reparación integral a las internas del Conduy⁹, (ii) porque sería una carga excesiva exigirles probar la indolencia o la indiferencia del Estado y (iii) porque aplicar la regla de la Subsección A, contenida en su sentencia del 3 de octubre de 2019, llevaría a desconocer lo previsto en el artículo 90 de la Constitución¹⁰.

Por último, la Sala Plena **precisó que en esta decisión no se desarrolla un estándar de responsabilidad estatal objetiva por casos de hacinamiento carcelario en el país.** Así, para que haya una responsabilidad estatal se deben probar en cada caso todos los elementos exigidos por la Constitución y la ley. Frente a demandas de responsabilidad estatal por

⁹ Op. Cit., Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Radicado 18001233300020130021601, folio, 39.

¹⁰ Ibid., folio 40.

hechos de hacinamiento como el de este caso, el Estado podrá resultar exonerado si demuestra ante el juez contencioso que ha adoptado todas las medidas conducentes a evitar un daño antijurídico. Para ello deberá constatar que existe un plan completo, coherente, racionalmente orientado y con presupuesto suficiente para eliminar la situación de hacinamiento carcelario, que se está implementando adecuadamente y que evidencia progresos y avances reales y tangibles, o indicios claros de que éstos efectivamente se darán.

3. Decisión

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el asunto de la referencia.

Segundo. CONFIRMAR el fallo del 30 de septiembre de 2021, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por las razones señaladas en esta providencia.

Tercero. ORDENAR que, por Secretaría General, se notifique personalmente esta sentencia al Ministro de Justicia y del Derecho, a la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado, a los directores del INPEC y de la USPEC para que, en el marco de sus competencias, promuevan y adopten las medidas que sean necesarias a efectos de prevenir el daño antijurídico que eventualmente pueda producirse por la situación de hacinamiento carcelario en el país.

Cuarto. COMUNICAR personalmente, por medio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, esta decisión al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro del Interior, al Director del Departamento Nacional de Planeación, a la Procuradora General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Fiscal General de la Nación y a los integrantes del Consejo Superior de Política Criminal, para lo de su competencia.

Quinto. REQUERIR al Gobierno nacional y a las demás autoridades destinatarias de las órdenes contenidas en las sentencias T-388 de 2013, T-762 de 2015 y SU-122 de 2022, para que den cumplimiento estricto e inmediato a dichas decisiones, expedidas con el fin de resolver, entre otras manifestaciones del Estado de Cosas Inconstitucional de la situación carcelaria, el problema de hacinamiento en los sistemas penitenciarios, carcelarios y de centros de detención transitoria.

4. Aclaración de voto

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** aclaró su voto para precisar, por un lado, que no comparte la adopción de medidas relacionadas con

el estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria y penitenciaria, pues no tienen relación directa con los fallos de tutela objeto de revisión, y, por el otro, que cualquier condena a una indemnización como consecuencia de un daño antijurídico, requiere plena prueba de la existencia del daño, razón por la que carece de fundamento basar la reparación en las acciones de grupo -en las que se busca obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios causados a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de la causa común que generó el perjuicio-, en la simple vigencia del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria y penitenciaria.

Así las cosas, suponer condiciones generalizadas en todos establecimientos en el territorio nacional por el hecho del estado de cosas inconstitucional no resulta adecuado para entender acreditada la existencia de un daño cierto y determinado desde el punto de vista fáctico y temporal. Resulta necesario, por otra parte, tener en cuenta que en materia carcelaria y penitenciaria las personas privadas de la libertad tienen una carga, que deben soportar frente al ejercicio de la acción penal por parte del Estado, mientras se adelantan las investigaciones por los hechos de los que se les acusa. En consecuencia, la Corte debió limitarse a resolver el asunto atendiendo los elementos del debido proceso presuntamente vulnerados, sin enfocarse en los alcances de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria.

SENTENCIA C-069-23 (16 de marzo)
M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar
Expediente: D-14.874

CORTE CONSTITUCIONAL CONDICIONÓ EL CONCEPTO DE EXHIBICIONISMO EN EL ENTENDIDO DE QUE LA RESTRICCIÓN APLICA CUANDO SE TRATE DE ÓRGANOS GENITALES PARA GENERAR ACOSO O VIOLENCIA SEXUAL, Y A SU VEZ DECLARÓ INEXEQUIBLE LA EXPRESIÓN “QUE CAUSE MOLESTIA A LA COMUNIDAD POR INDETERMINADA” POR SER AMBIGUA, VAGA E INDETERMINADA

1. Norma acusada

“LEY 1801 DE 2016
 (julio 29)¹¹

Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

¹¹ Diario Oficial No. 49.949 del 29 de julio de 2016.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 33. COMPORTAMIENTOS QUE AFECTAN LA TRANQUILIDAD Y RELACIONES RESPETUOSAS DE LAS PERSONAS. *Los siguientes comportamientos afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas y por lo tanto no deben efectuarse:*

(...)

2. *En espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público:*

(...)

b) *Realizar actos sexuales o de exhibicionismo que generen molestia a la comunidad*".

2. Decisión

Primero. Declarar la **EXEQUIBILIDAD** condicionada de la expresión "o de exhibicionismo" contenida en el literal b) del numeral 2 del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016, en el entendido de que la restricción aplica cuando se trate de la exposición de los órganos genitales para generar acoso o violencia sexuales.

Segundo. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "que genere molestia a la comunidad" contenida en del literal b) del numeral 2 del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión "o de exhibicionismo que generen molestia a la comunidad" contenida en el literal "b", del numeral 2, del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016, "[p]or la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana".

A juicio del actor las expresiones "o de exhibicionismo que generen molestia a la comunidad" contenidas en la disposición demandada son ambiguas, vagas o abiertas e indeterminadas, por lo cual desconocen el principio de legalidad como parte del derecho al debido proceso, porque del contexto normativo no es posible determinar cuál es la conducta que se pretende sancionar con aquellas expresiones. Para el demandante el exhibicionismo que genere molestia a la comunidad no está definido en la Ley, por lo que su significado depende de la interpretación que le de la autoridad de policía, lo que implica una indeterminación que puede desembocar en censura o arbitrariedad que viola la Constitución.

La Corte reiteró la jurisprudencia constitucional en torno a la aplicación del principio de legalidad estricta de acuerdo con el cual se exige una mayor concreción en la regulación de las conductas sancionables por parte de las autoridades de la policía administrativa.

Se consideró que, en general, las expresiones demandadas eran vagas, imprecisas e incluso indeterminadas que podrían permitirle a criterio eminentemente subjetivo del intérprete, agente u operador jurídico, sancionar cualquier exposición del cuerpo.

En tal virtud, la Sala Plena concluyó que la expresión “o de exhibicionismo” solo se ajusta a la Constitución y en particular al principio de estricta legalidad si se precisa su contenido y alcance para efectos de su aplicación. Por esto, consideró que la restricción aplica cuando se trate de la exposición de los órganos genitales para generar acoso o violencia sexuales. Por lo tanto, no queda comprendida en dicha restricción sancionatoria la exhibición del cuerpo desnudo total o parcialmente que se realiza, entre otras, como expresión cultural, artística e identitaria e, inclusive, como manifestación de protesta en ejercicio de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y demás libertades garantizadas y protegidas por el orden constitucional. En esa medida, la Corte condicionó la interpretación y aplicación de la expresión “o de exhibicionismo” contenida en el literal b del numeral 2 del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016.

Por su parte, la Corporación Judicial consideró que la expresión “que cause molestia” es igualmente vaga, imprecisa o tan amplia como indeterminada, lo cual vulnera de forma evidente el principio de legalidad estricta, en tanto que remite a escenarios en los cuales no son claros y concretos los supuestos de hecho que pueden llegar a generar o causar tal “molestia” frente a un concepto también amplio e indeterminado de “a la comunidad”, todo lo cual resultaría ser subjetivamente reprochado y posteriormente sancionado por el operador jurídico sin sujeción a la restricciones que impone la Constitución en garantía del ejercicio de los derechos y demás libertades públicas. La expresión “molestia” es tan amplia que puede hacer alusión a enfadar, fastidiar, desazonar o inquietar el ánimo, sin que además sea preciso y determinado el concepto de “comunidad”, lo cual genera dudas sobre su alcance y contenido a la hora de investigar y sancionar la conducta, tanto así que las intervenciones allegadas al expediente difieren sustancialmente en la comprensión de la norma. Así, por ejemplo, un grupo de intervinientes coincidió en afirmar que la falta de conceptualización de la expresión acusada genera “una posibilidad de actos arbitrarios por parte de las autoridades que ejecutan actos bajo los contenidos de los artículos demandados”, y que la norma no satisface los

requisitos mínimos de legalidad “al no consagrar de manera clara y certera el comportamiento que debe ser sancionado por las autoridades de policía”.

Ello deja ver que la expresión demandada no presenta claridad suficiente y para que sea comprendida obliga a las autoridades de policía a efectuar razonamientos que podrían quedar en amañó o parámetros netamente subjetivos e inclusive pueden llegar a generar también censura o enmascarar actos de discriminación.

Por esta razón, la Corte consideró que no puede quedar al arbitrio o capricho de la autoridad de policía la interpretación y aplicación de tal expresión tan amplia como imprecisa, lo cual vulnera el principio de legalidad estricta, motivo por el cual la declaró inexecutable.

4. Reservas de aclaración de voto

Las magistradas **PAOLA MENESES MOSQUERA, NATALIA ÁNGEL CABO y DIANA FAJARDO RIVERA**, así como los magistrados **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS y JUAN CARLOS CORTÉS** se reservaron la posibilidad de aclarar su voto.



DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

Corte Constitucional de Colombia