



2

Lista de Chequeo de

INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE VIOLENCIA SEXUAL



MÓDULO 2

Planeación de
la investigación
de violencia
sexual



CONTENIDOS CLAVES

Para construir el programa metodológico, el (la) fiscal con la policía judicial deben:

- Describir los hechos de forma completa y concreta.
- Construir hipótesis investigativas integrales sobre los hechos jurídicamente relevantes haciendo uso de perspectivas de género, de interseccionalidad y de contexto.
- Construir hipótesis delictivas que incluyan:
 - Tiempo y lugar
 - Tipo penal base y concursos. Diferenciar:
 - Verbo rector
 - Elementos normativos:
 - Forma de realización (violenta, abusiva o de explotación)
 - Finalidad
 - Sujeto pasivo
 - Sujeto activo
 - Circunstancias de agravación y mayor punibilidad
 - Dolo
 - Antijuridicidad y culpabilidad
 - Atribución de responsabilidad
 - Autoría o participación
 - Concurso de personas
- Relacionar medios probatorios pertinentes para sustentar: cada elemento de la hipótesis delictiva, solicitudes ante el juez de control de garantías, refutación a posibles argumentos de la defensa y daños causados a la víctima.
- Relacionar actos de investigación dirigidos a conseguir dichos medios, responsables y plazos de realización.
- Realizar reuniones de seguimiento y control entre el (la) fiscal y su equipo para validar o descartar hipótesis.

□ Lista de Chequeo de
□
□
□ INVESTIGACIÓN Y
□ JUDICIALIZACIÓN DE
□ VIOLENCIA SEXUAL



Créditos

Dr. Néstor Humberto Martínez
Fiscal General de La Nación

Dra. María Paulina Riveros
Vicefiscal General de la Nación

Dr. Miguel La Rota
Director de Políticas y Estrategia

Dra. Juanita Durán
Subdirectora de Políticas Públicas y Estrategia Institucional

Dra. María Milena Méndez
Subdirectora de Política Criminal

Dra. Gina Cabarcas Maciá
Dirección de Apoyo a la Investigación y Análisis para la Seguridad Ciudadana

Equipo técnico de la Subdirección de Políticas Públicas y Estrategia Institucional:

María Teresa García
Juliana Castro

Agradecimientos especiales por revisión y validación:

Asesores del Despacho del Fiscal General de la Nación.

Asesores del Despacho de la Vicefiscal General de la Nación.

Delegada para la Seguridad Ciudadana y fiscales colaboradores de direcciones seccionales.

Sección de Análisis Criminal de la Delegada para la Seguridad Ciudadana.

Delegada para el Crimen Organizado.

Cooperación:

Carlos Cavanillas Alonso

Coordinador General de la Cooperación Española en Colombia – AECID.

Esta publicación cuenta con la colaboración de la Cooperación Española a través de la Agencia Española de Cooperación (AECID). El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación y no refleja, necesariamente, la postura de la AECID.

Diseño y diagramación:

Santiago Suárez Varela

Impresión:

Búhos Editores

Agosto, 2017



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

CONTENIDO

□		
□	PRESENTACIÓN	8
□		
□	Paso 1 DESCRIBIR LOS HECHOS	9
□		
□	Paso 2 CONSTRUIR HIPÓTESIS INVESTIGATIVAS	9
□	INTEGRALES	
	Herramienta 1: Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas según líneas de análisis en posibles casos de violencia sexual	11
	Paso 3 CONSTRUIR HIPÓTESIS DELICTIVA	19
	Paso 3.1 SELECCIONAR EL TIPO PENAL Y DESAGREGAR SUS ELEMENTOS	19
	3.1.1 Selección de tipos penales a partir de la identificación de verbos rectores	20
	3.1.2 Selección de tipos penales a partir de la forma de realización de la conducta	23
	3.1.3 Selección de tipos penales a partir de la caracterización de su contexto de comisión	25
	3.1.4 Selección de tipos penales y agravantes a partir de la descripción de la finalidad de la conducta	32
	Herramienta 2: Tipificación según finalidad de la agresión	33

3.1.5 Selección de tipos penales y agravantes a partir de la caracterización de la víctima	34
--	----

Herramienta 3: Tipificación según caracterización de la víctima	34
---	----

3.1.6 Selección de tipos penales y agravantes a partir de la caracterización del agresor	37
--	----

Herramienta 4: Tipificación según caracterización del agresor	37
---	----

Paso 3.2 DETERMINAR ASPECTOS PARA SUSTENTAR EL DOLO, LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD	38
---	----

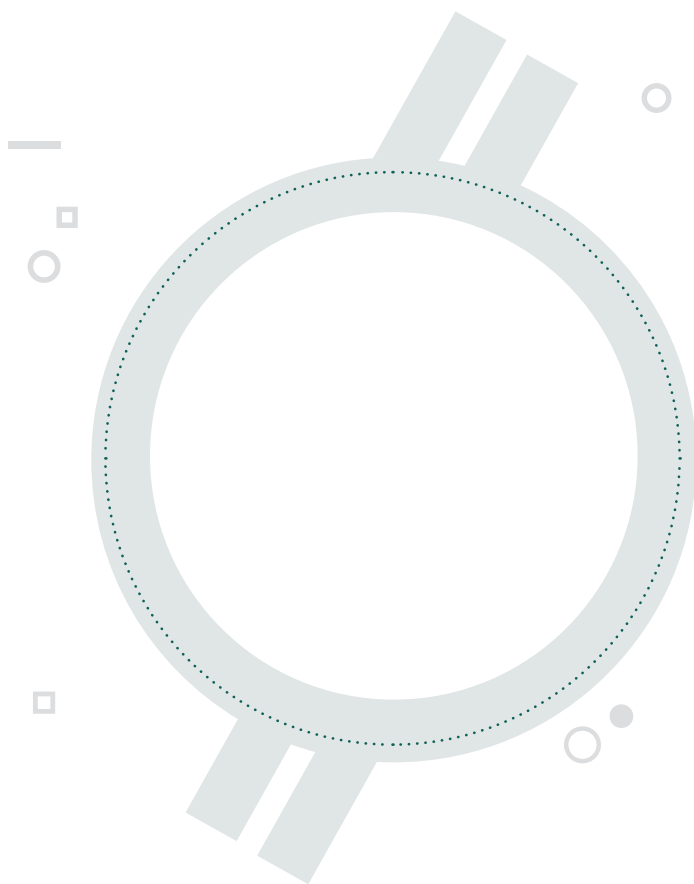
Paso 3.3 SELECCIONAR LA FORMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE Y DESAGREGAR SUS ELEMENTOS	39
---	----

Herramienta 5: Construcción de hipótesis de investigación	43
---	----

□ Paso 4	RELACIONAR MEDIOS COGNOSCITIVOS, ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y RESPONSABLES	45
----------	--	----

□ Paso 5	PLANTEAR INSTANCIAS DE EVALUACIÓN	46
----------	-----------------------------------	----





PRESENTACIÓN

La violencia sexual es un fenómeno criminal extendido y poco denunciado. Ocurre en lugares públicos y privados, dentro o fuera del conflicto armado y puede ser perpetrada tanto por agresores conocidos como desconocidos por la víctima¹. La investigación de la violencia sexual debe realizarse con debida diligencia, ser inmediata, exhaustiva e imparcial y para ello es preciso superar los retos asociados a su desarrollo.

El Protocolo de investigación de violencia sexual, adoptado por la FGN mediante la resolución 01774 de 2016 (en adelante “el Protocolo”), brinda herramientas para cumplir con los estándares de debida diligencia, fortalecer las capacidades institucionales y superar los obstáculos investigativos y técnico-penales así como aquellos que impiden una atención adecuada a las víctimas tanto en el marco del conflicto armado como fuera de él.

La construcción de esta “Lista de Chequeo” partió de la necesidad de detallar los lineamientos incluidos en el Protocolo. Esta guía tuvo en cuenta las recomendaciones de fiscales seccionales y especializados y de investigadores dedicados a la investigación y judicialización de casos de violencia sexual a nivel nacional, así como de representantes de organizaciones de la sociedad civil. Además, para la construcción de la lista de chequeo se consultaron diversos materiales creados por instituciones nacionales e internacionales para la investigación de conductas de violencia sexual, de otras formas de violencia basada en género y de homicidios.

Este módulo explica cómo planificar la investigación con base a hipótesis integrales. Esta herramienta puede ser trabajada conjuntamente entre fiscales e investigadores para aprovechar los aportes de cada uno en la planeación y desarrollo de la investigación. Además, los fiscales pueden aprovechar la herramienta para hacer una construcción integral de su teoría del caso.

1 De acuerdo con la Corte Constitucional, en Colombia la violencia sexual es una práctica extendida, sistemática e invisible. Corte Constitucional. Auto 092 de 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

El objetivo general de una investigación de violencia sexual es verificar la existencia de un delito de violencia sexual, y en caso afirmativo sustentar su ocurrencia y las relaciones de los autores directos e indirectos con dicha conducta, mediante EMP, EF e ILO. Planear la investigación permite focalizar los esfuerzos investigativos y evita la pérdida de evidencia.

La planeación de la investigación está atada a la elaboración del programa metodológico, el cual debe ser elaborado por el (la) fiscal y su equipo de trabajo. Este permite plantear hipótesis y definir las actividades investigativas necesarias. Un buen programa metodológico posibilita el seguimiento a la evolución de la investigación.

Atención: El objetivo de la investigación no debe ser refutar la credibilidad de la víctima.

Para elaborar el programa metodológico, ejecute los siguientes pasos:

Paso 1 DESCRIBIR LOS HECHOS

La descripción de los hechos debe ser cronológica, completa y breve. Esta debe incluir:

- ☐ Las circunstancias de tiempo y modo de ocurrencia del hecho.
- ☐ Las acciones desplegadas por los ejecutores y los medios empleados.
- ☐ La identificación de autores y partícipes y sus aportes en la ocurrencia de los hechos.
- ☐ La identificación y caracterización de la víctima con perspectiva de interseccionalidad.
- ☐ Posibles datos sobre la relación de la víctima con el (los) presunto(s) agresor(es).
- ☐ Personas jurídicas y organizaciones delincuenciales vinculadas a los hechos.
- ☐ Los objetos utilizados en la comisión del hecho.
- ☐ Los lugares donde ocurrió el hecho o que tienen que ver con su ocurrencia.

Paso 2 CONSTRUIR HIPÓTESIS INVESTIGATIVAS INTEGRALES

Las hipótesis investigativas son proposiciones que permiten establecer relaciones entre los hechos penalmente relevantes y comprender la

ocurrencia del delito y sus posibles responsables a partir del análisis de toda la información y datos disponibles².

El análisis de contexto, la perspectiva de género y de interseccionalidad son herramientas útiles para la construcción de hipótesis investigativas, pues permiten relacionar los hechos investigados, con otros repertorios de violencia y con sus escenarios de ocurrencia.

Atención: En casos de violencia sexual, las hipótesis no deben calificar los hechos a priori como crímenes pasionales o como venganzas personales.

Construir hipótesis investigativas en casos de violencia sexual, consiste en:

- Analizar los escenarios de comisión del delito, identificar e incluir:
 - Circunstancias que facilitaron la ocurrencia de los hechos.
 - Posibles móviles del o los agresores.
 - Estereotipos de género en el entorno en que interactúan la víctima y el agresor.
- Identificar e incluir todas las formas de violencia empleadas en la ejecución del delito.
- Identificar e incluir hechos de violencia u otras conductas anteriores y concomitantes.
- Caracterizar a la víctima y su trayectoria biográfica. Identificar los espacios en los que pudo haberse encontrado con el perpetrador y los patrones de discriminación (de género u otros) que podrían estar detrás de la ocurrencia del acto de violencia sexual.
- Caracterizar al presunto agresor. Identificar e incluir su perfil criminal, modus operandi, antecedentes violentos y sus posibles móviles.
- Caracterizar las relaciones entre la víctima y el presunto agresor.
- Analizar coincidencias entre diferentes variables (agresor, tipo de víctimas, modus operandi, tipo de violencia empleada, entre otras) de los hechos investigados y otros. Identificar e incluir la existencia de prácticas o patrones criminales asociados a la ocurrencia de los hechos³.

2 Programa de Asistencia Legal para América Latina y El Caribe –LAPLAC–, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el delito en Colombia –UNDOC– (2008). Planeación de la investigación y programa metodológico. Bogotá: FGN/ Embajada Británica / UNDOC. Pág. 50. [En línea] Consultado el 06 de julio de 2017 de: https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Planeacion_de_la_Investigacion_-_Colombia.pdf, pág. 50 y ss.

3 “Herramientas analíticas para la investigación y ejercicio de la acción penal”. En: Caja de Herramientas: Guía práctica para la priorización. Bogotá: FGN. 2015, págs.. 18-25

Dichos elementos deben interpretarse de forma conjunta permitiendo una comprensión integral de los hechos y articulándose en la hipótesis investigativa, todo lo cual deberá ser sustentado con EMP o EF en la investigación.

A continuación, se presenta una herramienta que brinda información acerca de algunos aspectos a incluir en la construcción de hipótesis investigativas de posibles casos de violencia sexual, de acuerdo a distintas dimensiones de análisis. Dichos aspectos no son exhaustivos y pueden modificarse de acuerdo a las características propias de la investigación en curso.

Herramienta 1

Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas según líneas de análisis en posibles casos de violencia sexual

Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
Escenarios de ocurrencia	Escenarios intra-familiares	☐ Grado de afinidad o parentesco entre la víctima y el agresor (madre o padre biológicos o sustitutos, tíos/as, primos/as, hermanos/as, etc.).
		☐ Condiciones aprovechadas por el agresor para la comisión de la conducta (horario laboral de otro familiar responsable, aislamiento.).
		☐ Agresor u otro miembro de la familia en condición de alcoholismo, drogadicción, etc.
		☐ Colaboración de otro miembro de la familia u otras personas en la comisión de los hechos.
		☐ Otras formas de violencia contra la víctima por familiares ⁴ .

4 Para más información sobre los concursos entre delitos sexuales y de violencia intrafamiliar, ver sección “iv. Identificación de concursos punibles”, de este módulo, pág. 20.

Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
Escenarios de ocurrencia	Escenarios escolares	- Antecedentes de matoneo, bullying, otras formas de violencia y expresiones de discriminación en redes sociales, correos electrónicos y dispositivos móviles, cuando los presuntos agresores son compañeros. - Antecedentes laborales y anotaciones disciplinarias del docente en instituciones educativas, cuando este es el presunto responsable. - La existencia de otras víctimas en la institución escolar.
	Escenarios laborales	- Relación de subordinación entre la víctima y el presunto agresor. - Episodios de acoso laboral⁵ u otras formas de violencia contra la misma víctima. - Otros hechos de acoso sexual o laboral u otras formas de violencia en contra de otras personas del entorno laboral. - Antecedentes de violencia atribuibles al presunto agresor.
	Escenarios virtuales	- Captación en línea de personas para trata de personas con fines sexuales. - Redes de pornografía infantil que operan a través de internet. - Extorsión (acceso, producción de pornografía, entre otras) de la víctima a través de la exhibición de imágenes o videos de contenido sexual. - Publicación no autorizada de fotografías o videos u otros contenidos sexuales de parejas, exparejas u otras personas a través de internet, telefonía móvil o videojuegos.

5 “Se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo” (Art. 2 de la Ley 1010 de 2006). El acoso laboral puede darse como: maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad y desprotección. Para más información, ver el Art. 7 de la Ley 1010 de 2006.

Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
Escenarios de ocurrencia	Escenarios virtuales	■ Suplantación de identidad o técnicas de grooming empleadas por el agresor, es decir, acciones dirigidas a procurar la confianza de un NNA en Internet, para lograr satisfacción sexual propia a través de imágenes pornográficas del menor o de un encuentro sexual posterior. ■ Episodios de acoso sexual a través de internet, telefonía móvil o videojuegos. ■ Violencia verbal en redes, chats, blogs, e-mails, etc. previa o posterior. ■ Episodios de violencia sexual previos o posteriores en escenarios presenciales cuyo contacto se estableció a través de internet, dispositivos móviles o juegos virtuales.
	NNA	■ Situaciones previas de violencia contra la misma víctima en el contexto intrafamiliar o por fuera del mismo. ■ Antecedentes de violencia contra la madre, hermanos y familiares de la víctima. ■ La relación entre la víctima y el agresor (familiares, pares, etc.). ■ Nivel de confianza que permitiera o facilitara el hecho. ■ Edad del agresor (adulto u otro menor de edad).
Caracterización de la víctima	Personas en condición de discapacidad y adultos mayores	■ Abuso emocional, control o limitación de los medios mínimos de subsistencia, sometimiento físico y psicológico para consumir sus abusos o para evitar que las víctimas den a conocer los hechos⁶. ■ Agresores vinculados a labores de atención o cuidado de la víctima. ■ Aprovechamiento de la condición de indefensión de la víctima.

Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
Caracterización de la víctima	Orientación sexual o identidad de género diversa	- Antecedentes o riesgo de ataques, hostigamientos y persecuciones u otras formas de violencia. - Móviles asociados al castigo y/o la imposición de códigos de conducta⁷. - La existencia de razones de homofobia, lesbofobia o transfobia asociadas al delito.
	Indígenas	- El escenario de perpetración del delito (dentro o fuera de los resguardos indígenas). - Las circunstancias de riesgo o vulnerabilidad en el marco de las cuales se produce la agresión. - La calidad del presunto agresor (Ej. actor armado, indígena, autoridad indígena, otros). - Otras formas de violencias perpetradas (Ej. servidumbre). - La existencia de hechos de violencia sexual o antecedentes de vulneración a los derechos humanos en contra de otros miembros de la comunidad. - Móviles asociados al control territorial. - Intervención de estereotipos de discriminación en la comisión del delito
	Personas afro-colombianas, raizales y palenqueras.	- La injerencia de estereotipos racistas en la ocurrencia de los hechos. - Manifestaciones de instrumentalización y sevicia⁸.
	Víctimas que cumplen un rol social de liderazgo, promoción social o periodismo.	- Móviles asociados al silenciamiento o represalias por manifestaciones públicas, reivindicaciones o agendas promovidas por la víctima. - La conexión de la víctima con grupos opuestos a los intereses o la ideología del presunto agresor o a su grupo de referencia. - Concurso con otros delitos como amenazas, homicidios, hurtos, etc. - Denuncias previas en contra de la víctima en razón del desempeño de sus roles (Ej. denuncias por injuria).

7 Ídem.
8 Ídem.



Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
Caracterización de la víctima	Víctimas en condición de desplazamiento forzado.	- Las condiciones de especial vulnerabilidad que pudieron haber sido aprovechadas por el agresor o utilizadas como un criterio para la selección de su víctima, como: la ausencia de su proveedor económico, grupo familiar y redes de apoyo a causa de desplazamiento y el asentamiento en zonas periféricas de arribo. - La relación de los hechos con el conflicto armado interno⁹.
	Trabajadora(es) sexuales víctimas.	- El aprovechamiento de circunstancias de aislamiento (lugares privados, habitaciones en establecimientos ruidosos, etc.) u otras circunstancias de riesgo (uso de sustancias, indefensión, etc.) cuando los hechos ocurren durante el ejercicio de la prostitución. - Móviles asociados al castigo por quebrantar normas de conducta social impuestas por algún grupo. - Orientación sexual o identidad de género diversa de la víctima, en cuyo caso las condiciones de riesgo propias del oficio se añaden a prejuicios de género, riesgo de abuso policial, etc. - Violencia sexual como represalia a la actividad de la víctima. - Concurrencia de delitos de explotación sexual o de trata de personas.
Relación víctima-agresor	Agresor pareja o expareja de la víctima.	- Antecedentes de violencia contra la víctima o contra otras parejas o exparejas del agresor. - Ejercicio de violencia económica o psicológica contra la víctima. - Ejecución previa, concomitante o posterior de maniobras de tortura, homicidas o feminicidas, como: ensañamiento en el cuerpo de la víctima, ahorcamiento, sofocamiento, lanzamiento, estrangulamiento, lesiones.

9 La Corte Constitucional, mediante el Auto 009, reiteró la presunción de proximidad entre la violencia sexual, el conflicto armado y el desplazamiento forzado. Esta asociación implica que la relación entre la conducta delictiva y el conflicto armado debe ser entendida en sentido amplio, tomando en consideración las dinámicas del conflicto armado, la presencia de los grupos armados en la región y el contexto que rodea la comisión de los hechos de violencia sexual. Corte Constitucional. Auto 009 de 2015. MP: Luis Ernesto Vargas Silva

Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
	Agresor pareja o expareja de la víctima.	■ Edad del presunto agresor y la víctima. ■ Beneficios ofrecidos a la víctima o familiares para cometer el delito o su ocultamiento.
Relación víctima-agresor	Médico o personal de cuidado de la víctima	■ La existencia de denuncias previas o procesos disciplinarios en contra del presunto agresor referidos a la presente víctima u otra(s) diferente(s). ■ El alcance y limitaciones de la práctica médica o de cuidado asociada al momento de ocurrencia de los hechos, y los procedimientos efectivamente empleados por el presunto agresor. ■ Posibles cambios de actitud del paciente con respecto a las acciones de cuidado y su posible relación con hechos de violencia sexual, especialmente al tratarse de NNA, adultos mayores o personas en situación de discapacidad.
Caracterización del agresor	Miembro de un grupo armado	■ El grupo armado o estructura criminal específica a la que pertenece y la sección (bloque, frente, batallón) y la posición dentro de la misma. ■ Situaciones similares en la zona vinculadas al grupo armado. ■ La posible asociación de conductas con prácticas, patrones o políticas asociadas al accionar de algún grupo o su zona de influencia. ■ Alias o nombre bajo el cual pueda identificarse al agresor u otros indicios sobre su identidad como presencia de apellidos en el uniforme. ■ Elementos que lo identifiquen como parte de un grupo específico: Vestimenta, uso de insignias, tipo de peinado, tipo de botas. ■ Posibles móviles o información relevante a la investigación escuchada en diálogos entre el los agresores o palabras que le hayan dicho a la víctima



Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
Caracterización del agresor	Miembro de un grupo armado	- Reconocimiento del agresor por parte de la comunidad. - Antecedentes violentos atribuibles al agresor o a su grupo. - Identificación de situaciones de reclutamiento ilícito o esclavitud.
	Menores de edad	- La posibilidad de que el agresor fuera determinado por otro, así como previas victimizaciones en su contra, para identificar otros responsables de este tipo de delitos contra menores de edad. - Aspectos sobre la posible pertenencia del agresor a algún grupo o dinámica ilegal (bandas, estructuras criminales, etc.) y su posible relación con los hechos. - Aspectos sobre la posible pertenencia del agresor a algún grupo o dinámica social (culturas juveniles, grupos o juegos virtuales, etc.) que pueda explicar la comisión de los hechos. - La existencia de relaciones afectivas entre la víctima y el agresor cuando ambos son menores de edad.
	Desconocido	- Formas de encubrir su identidad, ocultamiento o aprovechamiento de circunstancias para dificultar su identificación. - Tipo y nivel de violencia empleadas. - Uso de expresiones durante la comisión de los hechos que exponen sus motivaciones. - Uso de uniformes o expresiones durante los hechos que lo relacionan con un grupo específico. - Escenificaciones empleadas. - Presuntos criterios de selección y forma de acceso a las víctimas.

Casos		Aspectos a considerar en la construcción de hipótesis investigativas
Finalidad de la acción	Finalidades asociadas a la obtención de beneficios o la satisfacción de deseos sexuales de terceros	- La forma en que se ofreció el servicio sexual y si se concretó. - El tipo de beneficio (económico, en especie, etc.) que medió en la ocurrencia del delito y la forma en la que fue obtenido (transacciones bancarias, trueques, pagos efectivos, etc.). - Los medios a través de los cuales la víctima fue involucrada. - El uso de otras formas de violencia. - La existencia de otras posibles víctimas. - La existencia de una red de clientes.
	Finalidades asociadas al control social, temor u obediencia (en el marco del conflicto armado)	- La relación del perpetrador con grupos armados. - El ejercicio de poder por parte del perpetrador o su grupo en una zona determinada. - Otros objetivos asociados a la comisión de la conducta (corredores estratégicos de narcotráfico, contrabando, tráfico de armas, otros). - La ausencia o connivencia de entidades estatales en el lugar de los hechos. - La existencia de otros hechos similares en la zona o momento de ocurrencia de los hechos. - La ocurrencia de los hechos frente a testigos para el logro de sus finalidades de control o temor. - La existencia de superiores jerárquicos u otros responsables vinculados a los hechos.
	Finalidades asociadas al control social, temor u obediencia (criminalidad ordinaria)	- El tipo de relación entre la víctima y el presunto agresor. - Amenazas antes, durante o después de la comisión de los hechos. - Otras formas de violencia empleadas (psicológica, económica, etc.).

Paso 3 CONSTRUIR HIPÓTESIS DELICTIVA

Una vez planteada la hipótesis investigativa se podrá definir la hipótesis delictiva, es decir la calificación jurídica de los hechos penalmente relevantes relacionados en la primera.

La estrategia investigativa esbozada en el programa metodológico se desarrolla a partir de los elementos incluidos en las hipótesis delictivas sobre la comisión de delitos de violencia sexual. Estas hipótesis deben descartarse o afirmarse según el avance en la recolección de EMP y EF.

La construcción de hipótesis delictivas requiere la adecuación de circunstancias fácticas penalmente relevantes a tipos penales específicos, formas de atribución de responsabilidad, circunstancias de agravación y de atenuación.

Paso 3.1 SELECCIONAR EL TIPO PENAL Y DESAGREGAR SUS ELEMENTOS

La violencia sexual puede manifestarse a través de distintas conductas penales, las cuales se encuentran tipificadas en dos secciones del Código Penal. El Título II tipifica los delitos en contra de personas protegidas por el DIH (Art. 138 a 141B del CP). Por su parte, el Título IV incluye los delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexuales (Art. 205 a 219B CP).

El (la) fiscal y su equipo de trabajo deben seleccionar el o los tipos penales que mejor se adecúen a los hechos y desagregar sus elementos (verbo rector, sujeto activo, sujeto pasivo y elementos normativos). Además, determinar los aspectos que apuntan a la existencia del dolo, antijuridicidad y culpabilidad, así como seleccionar la forma de atribución de responsabilidad aplicable y desagregar sus elementos en caso de cada autor o partícipe vinculado así como en caso de concurso de personas, los elementos que permiten sustentar la adecuación del modelo de atribución de responsabilidad seleccionado. Cada uno de estos elementos se constituye como un objetivo específico de investigación en sí mismo.

Atención: Los (las) fiscales e investigadores deben considerar la adecuación típica de las conductas penales de violencia sexual, aun cuando se presentan en grado de tentativa¹⁰.

10 "Subjetivamente la tentativa requiere no solo que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza, a conciencia de su peligrosidad, sino también que tenga intención de proseguir a su continuación los actos ejecutivos con ánimo de consumir el hecho, o al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de julio de 2009. Radicado No. 31948. MP: Yesid Ramírez Bastidas.

► 3.1.1 Selección de tipos penales a partir de la identificación de verbos rectores

Los delitos son delimitados por un verbo rector referido al comportamiento jurídicamente reprochable. En adelante se explican algunos verbos rectores asociados a la violencia sexual¹¹.

Sobre el verbo rector “acceder carnalmente” definido como “penetrar”¹² considerar que:

- Se configura a partir de la introducción parcial o total en la víctima de:
 - Miembro viril por vía vaginal, anal u oral.
 - Otras partes del cuerpo u objetos por vía anal o vaginal.
- La penetración por vía vaginal se puede configurar cuando el miembro viril, objeto u otra parte del cuerpo traspasa la esfera genital externa femenina o región vulvar (vulva, labios mayores y menores, orificio vaginal y meato uretral) incluso al no llegar al conducto de la vagina¹³.
- La penetración por vía vaginal se puede producir incluso cuando no existe desgarramiento del himen, pues este podría ser elástico. El coito vestibular¹⁴ (anterior al himen) constituye acceso carnal.
- La penetración por vía anal se configura cuando el miembro viril, objeto u otra parte del cuerpo traspasa la apertura u orificio anal¹⁵.
- La penetración por vía oral se configura al traspasar la línea de los labios con miembro viril¹⁶.
- El verbo “penetrar” se configura incluso con “un comienzo de penetración por mínima que sea”¹⁷, sin que esto pueda ser considerado un roce o tocamiento, ni una tentativa.

11 Los verbos desarrollados en esta sección del módulo no es exhaustiva. Otros verbos asociados a la violencia sexual son: acosar; inducir prácticas sexuales a menor de 14 años; constreñir a prestar servicios sexuales; ejercer atributos del derecho de propiedad con fines sexuales; facilitar, organizar, participar, estimular o demandar explotación sexual de menor de 14 años; producir pornografía con menor de 18 años; promover turismo sexual; esterilizar; obligar a continuar con gestación; obligar a desnudarse o permanecer desnuda(a); obligar a interrumpir el embarazo; captar, trasladar, acoger a persona con fines de explotación sexual; dirigir, organizar o promover actividades turísticas con fines de explotación sexual a menores de edad, etc.

12 Ver: Artículo 212 de Ley 599 de 2000.

13 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de enero de 2017. Radicado N° 41948. MP: Eyder Patiño Cabrera.

14 Ídem

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 2017. Radicado N° 44441. MP: José Luis Barceló Camacho.

16 Ídem..

17 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado N° 34049. MP: Luis Guillermo Salazar Otero. Pág. 8.

Atención: Los conceptos jurídicos de “vía vaginal” y “vía anal” asociados al delito de acceso carnal¹⁸ son más comprensivos que los conceptos anatómicos de vagina y de ano¹⁹.

La ejecución del verbo rector “acceder carnalmente” es uno de los elementos que permite considerar la adecuación típica de las conductas de acceso carnal incluidas en el Código Penal en sus Art. 205, 207, 208, 210 y 138 y 138 A.

Sobre el verbo rector “realizar actos sexuales diversos” considerar que:

Realizar actos sexuales diversos puede configurarse a partir de una o varias conductas²⁰ coercitivas o abusivas, como:

- Roces o tocamientos de connotación sexual por fuera de las vías vaginal y anal²¹.
- Conductas que involucran zonas íntimas, sexuales o erógenas, es decir, de estimulación o excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo, entre otras) de la víctima o del agresor²².
- Conductas de connotación sexual que no necesariamente requieren desnudez.
- Conductas de connotación sexual que no necesariamente requieren contacto corporal entre el agresor y la víctima menor de 14 años (como: masturbación en presencia de la víctima, tocarse frente a una persona, exhibicionismo, etc.).²³

Atención: El acto sexual no puede entenderse como el resultado de un acceso carnal incompleto ni como actos “preparativos o consumativos del coito”²⁴.

La configuración del verbo rector “realizar actos sexuales diversos” es uno de los elementos que permite considerar la adecuación típica de las conductas de acto sexual incluidas en el Código Penal en sus Arts.: 206, 207, 209, 210 y 139, 139A.

¹⁸ Art. 212 de la Ley 599 de 2000.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de enero de 2017. Radicado N° 41948. MP: Eyder Patiño Cabrera.

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo de 2012. Radicado N° 34661. Magistrada Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 2017. Radicado N° 44441. MP: José Luis Barceló Camacho.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Radicado N° 30305. MP: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

²³ Juzgado Penal del circuito de Medellín. Sentencia del 17 de febrero de 2009. Radicado N° 2007-0541.

²⁴ Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006- 06537, Sentencia del 28 de enero de 2009.

Sobre los verbos rectores “solicitar o demandar” actos sexuales a menor de 18 años, considerar que:

- Se configura con el requerimiento de servicios sexuales por quien ofrece remuneración en dinero o especie a la víctima, cuyo cuerpo es tratado como mercancía²⁵.
- No exige la intervención de terceros, estructuras o redes de explotación sexual²⁶.

La configuración de los verbos rectores “solicitar o demandar actos sexuales” es uno de los elementos que permite considerar la adecuación típica de la conducta demanda de explotación sexual de persona menor de 18 años, incluida en el Código Penal, art. 217A.

Sobre el verbo rector “exhibir” pornografía de personas menores de 18 años, considerar que:

- Se requieren acciones encaminadas a exponer, divulgar o publicar material que contenga representaciones reales de actividad sexual (pornografía) en el que participen uno o varios menores de edad.
- Se evidencia también a partir del envío, almacenamiento o recepción de fotografías y videos con contenido sexual de menores de edad²⁷, ya sea que:
 - Se realice una sola vez o varias veces,
 - El material que se publique para ser visto por un grupo de personas amplio o reducido o incluso por una sola persona²⁸.
- Se puede configurar cuando:
 - la conducta está relacionada con fines comerciales, o
 - tiene por objeto el simple intercambio para fines privados²⁹.

La ejecución del verbo rector “exhibir” es uno de los elementos que permite considerar la adecuación típica de la conducta Pornografía con menor de 18 años, incluida en Art. 218 del Código Penal³⁰. También hay otros verbos rectores que permiten adecuar esta conducta sin que sea necesario “exhibir” como: fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar o transmitir.

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de junio de 2013. Radicado N° 40867. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz.

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de junio de 2013. Radicado N° 40867. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz.

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2011. Radicado N° 32554. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

28 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2011. Radicado N° 32554. MP: José Leonidas Bustos Martínez.

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2011. Radicado N° 32554. MP: José Leonidas Bustos Martínez.

30 El tipo penal del artículo 218 CP es un tipo penal mixto o de conducta alternativa, es decir, que tiene varios verbos rectores y el delito se consuma con la ejecución de cualquiera de estas conductas. Estos verbos rectores alternativos son: fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, transmitir o exhibir.

Sobre los verbos rectores “utilizar o facilitar medios de comunicación” para obtener, solicitar, ofrecer, facilitar actividades sexuales con personas menores de 18 años, considerar que:

- Se realiza mediante obtención, ofrecimiento, facilitación o solicitud de contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años, en calidad de proxeneta o como cliente de servicios sexuales³¹.
- Se puede dar a través de cualquier medio de comunicación, no exclusivamente internet³².
- Su ejecución no se limita al solo almacenamiento de pornografía de menores de edad en los archivos del investigado³³.

La ejecución de los verbos rectores “utilizar o facilitar medios de comunicación” es uno de los elementos que permite considerar la adecuación típica de la conducta. Utilizar o facilitar medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, tipificada en el art. 219A del Código Penal.

3.1.2 Selección de tipos penales a partir de la forma de realización de la conducta.

Según su forma de comisión, las conductas de delitos sexuales pueden ser:

- Violentas: exigen como elemento fundamental la utilización de la violencia en contra de la víctima³⁴.
- Abusivas: exigen bien un sujeto pasivo calificado, esto es un menor de 14 años o una persona en incapacidad de resistir, o bien la existencia de una relación de subordinación entre el sujeto activo y el pasivo³⁵.
- De explotación sexual: requieren un finalidad específica inmersa en su comisión, en general económica o de lucro y se configuran independientemente del consentimiento de la víctima³⁶.

La violencia en los delitos sexuales:

- Está dirigida a doblegar, someter o avasallar la voluntad de la víctima³⁷ es decir, vencer su resistencia al acto sexual y/o a

31 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2011. Radicado N° 32554. Magistrado Ponente. José Leonidas Bustos Martínez.

32 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de agosto de 2012. Radicado N° 39160. Magistrado Ponente. Julio Enrique Socha Salamanca.

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2011. Radicado N° 32554. Magistrado Ponente. José Leonidas Bustos Martínez.

34 Los delitos de violación están incluidos en los Art. del 205 al 207 del Código Penal.

35 Los delitos abusivos están incluidos en los Art. del 208 a 210A del Código Penal.

36 Los delitos de explotación sexual están incluidos en los Art. del 213 a 219B del Código Penal.

37 Ley 599 de 2000, Art. 212A. Adicionado por el Art. 11 de la Ley 1719 de 2014.

atentar contra el normal y libre desarrollo de la sexualidad³⁸.

- Puede ser física, psicológica o moral³⁹, o patrimonial⁴⁰.
- Incluye el uso de la fuerza, la amenaza del uso de la fuerza, la coacción, la intimidación, la detención ilegal, la opresión, el abuso de poder, la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento⁴¹.
- Puede ser concomitante o no con la ejecución del delito sexual⁴².

Para demostrar el elemento de violencia, es preciso:

- Retrotraerse al momento de realización de la conducta y definir si, para un observador externo, el comportamiento desplegado por el autor fue adecuado para producir el resultado típico⁴³.
- Verificar, desde un punto de vista objetivo, que la acción del agresor permitió someter la voluntad de la víctima, independientemente del tipo de violencia empleado.
- Tener en cuenta elementos de la violencia ejercida, tales como: la seriedad e idoneidad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida⁴⁴.

El carácter abusivo de la conducta⁴⁵ se refiere a que el agresor aprovecha alguna de las siguientes circunstancias:

- La inmadurez de la víctima, o
- La incapacidad de resistir de la víctima o su estado de inconciencia, o
- La confianza que la víctima deposita en el presunto agresor, o
- La superioridad manifiesta del presunto agresor sobre la víctima o relaciones de autoridad o poder por edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica.

La incapacidad de resistir de la víctima, se refiere a:

- Aquellas situaciones en las que está limitada en el dominio de su movimiento corporal, impedida para relacionarse y comunicarse con su entorno.
- Una afectación psicológica total o parcial en su conciencia o

38 Cabrera, Linda et al. (2013) *Lineamientos de Política Criminal para la protección del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia sexual*. Bogotá: Corporación SISMA Mujer, pág. 105.

39 Art. 1º, Convención de Belem do Para.

40 Art. 2, Ley 1257 de 2008.

41 Art. 212A, Ley 599 de 2000.

42 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de octubre de 2015. Radicado No. 45730. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

43 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2008. Radicado No. 20413. MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

44 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de octubre de 2015. Radicado No. 45730. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

45 El carácter abusivo define los delitos tipificados en el Capítulo II, del Título IV y en el Art. 138A del Título II de la Ley 599 de 2000.

cognición⁴⁶, o

- El impedimento para comprender, consentir o evitar la relación sexual.

La diferencia entre una conducta sexual en contra de persona en incapacidad de resistir y una en contra de persona puesta en dicha condición, consiste en que: el delito sexual contra una persona *en incapacidad* de resistir implica que el agresor *se aprovecha* de dicha circunstancia preexistente en la víctima. Esta conducta está tipificada entre los delitos de carácter abusivo⁴⁷. Mientras que una conducta sexual contra una persona *puesta en incapacidad* de resistir exige la acción de un agresor para *perturbar* los procesos físicos o psíquicos internos básicos o complejos de la víctima. Esta conducta está tipificada entre los delitos de carácter violento⁴⁸.

Ante la duda de si los delitos sexuales en contra de menores de 14 años deben tipificarse como violentos, agravados por la edad de la víctima, o abusivos, considerar que:

- Si se presenta el elemento de violencia previa o concomitante, el tipo penal aplicable será violento agravado por cometerse en contra de una persona menor de 14 años.
- Si el elemento de violencia no puede probarse, el tipo penal aplicable es abusivo con menor de 14 años y no aplica el agravante relacionado a la edad de la víctima⁴⁹.

3.1.2 Forma de realización de la conducta

3.1.3 Selección de tipos penales a partir de la caracterización de su contexto de comisión

3.1.3 Contexto de comisión

La violencia sexual puede darse en diversos escenarios, incluyendo aquellos relacionados con las dinámicas del conflicto armado.

i. Aplicabilidad de tipos penales del Título II de la parte especial del Código Penal a hechos ocurridos en el marco del conflicto.

Cuando los hechos de violencia sexual parezcan estar relacionados con el conflicto armado, los (las) fiscales deben considerar, en primer lugar, las conductas de violencia sexual previstas en el Título II de la parte especial del Código Penal, demostrando el “nexo cercano y suficiente”⁵⁰ con el mismo, y establecer que los hechos se dieron en contra de

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de julio de 2006. Radicado No. 24955. MP: Alfredo Gómez Quintero.

⁴⁷ Art. 210 del Código Penal.

⁴⁸ Art. 207 del Código Penal

⁴⁹ Art. 211, numeral 4, de la Ley 599 de 2000.

⁵⁰ Para más información al respecto del alcance de la expresión “nexo cercano y suficiente con el conflicto armado” ver: Ver sección “D. Violencia sexual como crimen de guerra” del Capítulo 4 del Protocolo de investigación y judicialización de violencia sexual. 2016. FGN: Bogotá, párr. 218 y ss.

personas protegidas⁵¹.

ii. Aplicabilidad de tipos penales del Título IV de la parte especial del Código Penal a hechos ocurridos en el marco del conflicto.

Cuando no es posible establecer un “nexo cercano y suficiente” entre los hechos y el conflicto, o la víctima no es persona protegida por el DIH⁵², las conductas deben encuadrarse en los delitos del Título IV de la parte especial del Código Penal. Sin embargo, es útil comprender las dinámicas del conflicto armado para la construcción de hipótesis.

Las conductas de violencia sexual previstas en el Título II de la parte especial del Código Penal incluyen:

- Delitos sexuales violentos en contra de personas protegidas. Incluyen, entre otras, conductas incorporadas por la Ley 1719 de 2014: esterilización forzada, embarazo forzado, desnudez forzada y aborto forzado⁵³.
- Delitos sexuales abusivos en contra de personas protegidas. Incluyen, entre otras, conductas incorporadas por la Ley 1719 de 2014: actos sexuales y acceso carnal abusivo en persona protegida menor de 14 años.
- Delitos sexuales de explotación sexual en contra de personas protegidas. Incluyen, entre otras, conductas incorporadas por la Ley 1719 de 2014: la esclavitud sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual⁵⁴.

Los criterios que sirven para analizar la existencia de un nexo cercano entre el conflicto armado y la violencia sexual⁵⁵ son:

- Criterio temporal: ocurrencia del delito desde el inicio del conflicto armado hasta después del cese al fuego, desmovilizaciones, treguas, cese de las hostilidades, desarme y reinserción⁵⁶, incluso “cuando se logre un arreglo pacífico”⁵⁷.
- Criterio geográfico: ocurrencia del delito en lugares donde tienen

⁵¹ De acuerdo con el Art. 135 del Código Penal, se entiende por personas protegidas: Los integrantes de la población civil; las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; el personal sanitario o religioso; los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga; quienes antes del comienzo de las hostilidades fueran considerados como apátridas o refugiados; y cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I a IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977.

⁵² Ver: Capítulo 4 del Protocolo de Investigación de Violencia Sexual, sección “Aplicación de la categoría de persona protegida como sujeto pasivo calificado”, párrs. 221 y ss. Bogotá: FGN.

⁵³ La esterilización forzada, el embarazo forzado, la desnudez forzada y el aborto forzado se encuentran tipificados en los Art. 139B, 139C, 139D y 139E de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

⁵⁴ La esclavitud sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual se encuentran tipificadas en los Art. 141A y 141B del Código Penal, respectivamente.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. págs. 56 y 57. Ver también TPIY, Fiscal c. Kunarac y otros, Sentencia de apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 58— traducción propia.

⁵⁶ Naciones Unidas (2013). Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad, Violencia sexual relacionada con los conflictos. A/67/792—S/2013/149. párrs. 6 y 7.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. pág. 54.

injerencia los actores armados o donde fueron desplazadas las víctimas, aun donde no se dieron hostilidades⁵⁸.

- Criterio material: ocurrencia del delito cuando el conflicto armado ha jugado un rol sustancial en la capacidad, o decisión del perpetrador, o en el modo de ejecución que eligió o en el objetivo que persiguió al cometer el hecho⁵⁹, al tratarse de miembros de grupos armados o incluso de terceros⁶⁰.

Algunos elementos que permiten describir la relación entre los hechos y el conflicto armado son:

- La planificación de los hechos o su respaldo por una política de un grupo armado.
- El fomento de la violencia sexual por parte de algún actor del conflicto.
- La caracterización de los hechos como una práctica tolerada entre los miembros de un grupo armado o promovida por sus autoridades.
- La comisión de los hechos durante combates entre los distintos actores armados.
- El encubrimiento de delitos sexuales como parte de las dinámicas del conflicto.
- La relación del conflicto con la capacidad del perpetrador para cometer el crimen, es decir, el uso del ambiente de poder y control por la intimidación, coacción y el dominio ejercido por los grupos armados en conflicto para la comisión de la conducta delictiva.
- La incidencia de las condiciones propias del conflicto armado en la selección que hace el perpetrador de las formas, medios y métodos para cometer el delito con el propósito de garantizar el éxito de la conducta, proteger su identidad y evitar su individualización.
- La relación del conflicto con la decisión del agresor para cometer la conducta al aprovechar determinadas condiciones propias de un conflicto armado que lo facilitan, tales como: la ausencia de control estatal, la posición de dominio especial que ejerce el actor armado y la situación de especial vulnerabilidad de la víctima.
- La relación del conflicto con el objetivo del perpetrador para

58 TPIY, Fiscal c. Kunarac y otros, Sentencia de apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, pág. 16 –traducción propia. Ver también: TPIY, Fiscal c. Tadić, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, Caso No. IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, párrs. 68-70 –traducción propia.

59 Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. págs. 56 y 57. Ver también TPIY, Fiscal c. Kunarac y otros, Sentencia de apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 58– traducción propia.

60 Para más información respecto de estas circunstancias Ver sección “D. violencia sexual como crimen de guerra” del Capítulo 4 del Protocolo de investigación y judicialización de violencia sexual. 2016. FGN: Bogotá, párr. 81 y ss.

cometer el crimen⁶¹ (como estrategia militar, control social, entre otros).

- La ocurrencia de los hechos contra víctimas de desplazamiento forzado.
- La posibilidad de atribuir los hechos a miembros de grupos armados.

iii. Adecuación de crímenes de lesa humanidad.

La Ley 1719 de 2014 reconoció que los actos de violencia sexual pueden constituir crímenes de lesa humanidad, y estableció que la autoridad judicial que adelante la investigación y el juzgamiento debe declararlos como tal, cuando se cumplan con los requisitos legales⁶². Esto, incluso al tratarse de un solo hecho de violencia sexual si se establece la conexidad entre ese hecho y un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁶³.

Para establecer la relación entre un hecho de violencia sexual y un ataque sistemático y generalizado en contra de la población civil, se debe probar:

- La existencia de múltiples actos de violencia (ataque), que afectan múltiples víctimas.
- Un propósito común al ataque y al hecho de violencia sexual o la utilización del último como una forma de prolongar el ataque⁶⁴.
- La naturaleza organizada (repetición no accidental) de los actos de violencia, no necesariamente los de violencia sexual.
- El conocimiento de dicho ataque por parte del perpetrador de violencia sexual⁶⁵.
- La coincidencia geográfica y temporal del ataque y el o los crímenes sexuales.
- La coincidencia entre el(los) perpetrador(es) de la violencia sexual y los del ataque.

iv. Identificación de concursos punibles

Un análisis contextual permite identificar todas las formas de violencia a las que fue sometida la víctima y examinar la pertinencia de investigar las conductas de manera conjunta. También, en investigaciones por

⁶¹ Para más información respecto de estas circunstancias, ver sección “D. violencia sexual como crimen de guerra” del Capítulo 4 del Protocolo de investigación y judicialización de violencia sexual. 2016. FGN: Bogotá, párr. 81 y ss.

⁶² Art. 15 de la Ley 1719 de 2014.

⁶³ Para más información al respecto, ver sección “E. Violencia sexual como delito de lesa humanidad” del Capítulo 4 del Protocolo de investigación y judicialización de violencia sexual. 2016. FGN: Bogotá, párr. 225 y ss.

⁶⁴ Ver TPIY, Fiscal c. Martić, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-95-11-A, 8 de octubre de 2008, párr. 318- traducción propia; Fiscal c. Brđjanin, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-99-36-A, 3 de abril de 2007, párrs. 256-257- traducción propia; Fiscal c. Djordjević, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-05-87/1-A, 27 de enero de 2014, párr. 889- traducción propia.

⁶⁵ Idem

otros delitos, debe considerarse la posible ocurrencia de conductas de violencia sexual asociadas o conexas a aquellos.

Cuando los delitos investigados se dan contra la misma víctima y son cometidos por el mismo agresor puede considerarse la existencia de concursos. Esto aplica también al tratarse de una sola conducta capaz de transgredir múltiples bienes jurídicos de la misma víctima.

Para identificar concursos en casos de violencia sexual:

- Analizar los múltiples bienes jurídicos transgredidos.
- Determinar la existencia de concursos de conductas a partir de los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.⁶⁶
- Establecer en la adecuación típica todos los delitos cometidos en contra de la víctima.

¿Cómo pueden concursar los delitos de violencia sexual entre sí?

- La comisión de actos o accesos sexuales reiterados en distintos momentos en contra de una misma víctima y por parte del mismo agresor, constituyen un concurso homogéneo sucesivo⁶⁷.
- Entre delitos de violencia sexual diferentes, pueden también darse concursos heterogéneos simultáneos (ej. pornografía con persona menor de 14 años y acceso carnal con menor de 14 años) o sucesivos (ej. acoso sexual seguido de acceso carnal).

Atención: Bienes jurídicos personalísimos como la libertad, la integridad y la formación sexuales no admiten graduación, parcelación ni escalonamientos por lo que la ejecución reiterada de un delito sexual contra una misma víctima y por el mismo agresor (en distintos momentos), debe ser considerado un concurso y no un delito continuado⁶⁸.

3.1.3 Contexto de comisión

El concurso entre conductas de violencia sexual e intrafamiliar se configura mediante:

- Concurrencia de maltratos físicos o psicológicos, crueles, intimidatorios, degradantes, amenazantes, agravantes, ofensivos u otros, entre miembros de una familia⁶⁹, con una agresión de naturaleza sexual.
- Sujetos activo y pasivo cualificados: integrantes de la unidad

66 Corte Constitucional. Sentencia C - 121 del 22 de enero de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

67 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de mayo de 2004. Radicado No. 17151.

68 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de mayo de 2004. Radicado No. 17151.

69 Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 2005. Reiterado en las sentencias: C-674 de 2005 y C-368 de 2014.

familiar o quienes tienen a su cargo el cuidado en el ámbito doméstico⁷⁰.

Atención: De no haber concurrencia con otra forma de maltrato intrafamiliar, las agresiones sexuales ocurridas en el núcleo familiar, deben adecuarse a los tipos penales del Título IV del Código Penal, teniendo en cuenta la causal de agravación referida a los integrantes de la unidad doméstica⁷¹. El tipo penal de violencia intrafamiliar es subsidiario⁷².

Los elementos que constituyen el concurso entre delitos sexuales y tortura son:

- Finalidades de la agresión sexual vinculadas al castigo, la obtención de información, la humillación, la intimidación, o la coacción por razones discriminatorias. En relación a estos aspectos normativos, la jurisprudencia internacional ha señalado que⁷³:
- Los fines discriminatorios pueden estar asociados a razones de género u otras y pueden evidenciarse en el criterio de selectividad de las víctimas empleados por el agresor (Ej.: quien solo ataca sexualmente a mujeres indígenas).
- Un hecho de violencia sexual puede concursar con el delito de tortura. La frecuencia de la agresión sexual no limita el alcance de los propósitos establecidos en el tipo penal de tortura.
- Generación de daños y sufrimientos físicos y psicológicos ocasionados por las agresiones sexuales sobre las víctimas, debido a las graves secuelas físicas, psicológicas y sociales que pueden traer consigo este tipo de violencias⁷⁴. Estos daños pueden ser causados por diversos actos sexuales además de los accesos carnales.

70 Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 11 de junio de 2014. MP: Alberto Rojas Ríos.

71 Numeral 5, Art. 211, Ley 599 de 2000.

72 Ver: "El primer enunciado del tipo de violencia intrafamiliar es abierto, puesto que se refiere a cualquier forma de maltrato físico o psicológico. Sin embargo, el tipo se determina cuando se precisa que las conductas que lo integran son aquellas que no constituyen delito sancionado con pena mayor". Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2005. Ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de veintiocho (28) de marzo de 2012, Radicado Nº. 33772; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de seis (6) de julio de 2016, Radicado Nº. 46454; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de cinco (5) de octubre de 2016, Radicado Nº. 45647.

73 Este análisis jurisprudencial fue recogido y puede consultarse en: Baig, Jarvis, Salgado y Pinzauti (2016), "Contextualizing sexual violence. Selection of crimes", en: Brammertz & Jarvis (eds.), Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY. Reino Unido: Oxford University Press, págs. 187 y ss.

74 Caicedo, Luz (2009) "La violencia sexual en el conflicto armado colombiano: situación, posibilidades de judicialización y reparación para las mujeres víctimas", en: Memorias del Seminario Internacional: Judicialización de casos y reparación a mujeres víctimas de delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Bogotá: Corporación Humanas-Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, pág. 19.

Atención: El protocolo de Estambul, ha señalado que “la desnudez forzada (...) las amenazas, los malos tratos verbales y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual, pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes”⁷⁵.

Los elementos que constituyen el concurso entre delitos sexuales y el feminicidio son:

- ☐ Sujeto pasivo calificado: mujer biológica o identitaria.
- ☐ Muerte de una mujer en un contexto de desigualdad y sometimiento de la víctima en razón de su género⁷⁶, el cual puede incluir maltratos sexuales, como la violación, la esclavitud, el acoso sexual o las prácticas forzadas sobre el cuerpo de la mujer.
- ☐ Ocurrencia de la violencia sexual antes o durante la producción de la muerte de la víctima.

Los elementos que constituyen el concurso entre delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años y el acceso carnal⁷⁷ o acto sexual son:

Concurso con	Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años			
	Acceso carnal abusivo o actos sexuales con menor de 14 años ⁷⁸	Acceso carnal violento o acto sexual violento	Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir	Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir
Sujeto pasivo calificado	☐ Persona menor de 14 años.	☐ Persona menor de 18 años.	☐ Persona menor de 18 años.	☐ Persona menor de 18 años.
Verbos rectores	☐ Solicitar o demandar servicio sexual. ☐ Acceder carnalmente o realizar actos sexuales.			

3.1.3 Contexto de comisión

⁷⁵ Naciones Unidas. Protocolo de Estambul. Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York y Ginebra. 2001. ISBN 92-1354067-1.9 de agosto de 1999.

⁷⁶ Art. 104A de la Ley 599 de 2000.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de junio de 2013. Radicado N° 40867. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz, Sentencia del 27 de agosto de 2014. Radicado N° 42006. MP: Eugenio Fernández Carlier.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de junio de 2013. Radicado N° 40867. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz, Auto del 27 de agosto de 2014. Radicado N° 42006. MP: Eugenio Fernández Carlier.

Medios para realizar el verbo rector	☒ Violencia	☒ Producción en la víctima de incapacidad de resistir, estado de inconsciencia, o condiciones de inferioridad síquica, antes de realizar la conducta.	☒ Aprovechamiento del estado de inconsciencia, el trastorno mental o la incapacidad de resistir de la víctima.
Elemento descriptivo	☐ Pago, promesa de pago o retribución.		

Atención: Para la configuración del delito de demanda de explotación sexual⁷⁹, no es necesaria la realización del servicio sexual, basta con la solicitud del cliente con fines sexuales y que exista un beneficio económico para la víctima⁸⁰.

3.1.4 Selección de tipos penales y agravantes a partir de la descripción de la finalidad de la conducta

Algunos delitos de violencia sexual no exigen para su configuración una finalidad específica. Con todo, resulta útil identificar posibles fines asociados a la comisión de la conducta para seleccionar posibles agravantes y circunstancias de mayor punibilidad. Los delitos de explotación sexual sí exigen una finalidad específica para su configuración.

Atención: Los tipos penales de violencia sexual no necesariamente requieren una intención libidinosa por parte del autor. De hecho, la finalidad en muchas conductas sexuales no tiene que ver con el placer, la satisfacción sexual o el deseo erótico del agresor, sino con el ejercicio del poder, el control, el sometimiento y la humillación de las víctimas.

⁷⁹ Ninguno de los delitos del Capítulo 4 “De explotación sexual” del Título IV de la parte especial del Código Peral requiere la consumación del servicio sexual, para su configuración, pues no son delitos de mera conducta.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de junio de 2013. Radicado N° 40867. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz, Sentencia del 27 de agosto de 2014. Radicado N° 42006. MP: Eugenio Fernández Carlier. Sentencia del 22 de octubre de 2014. Radicado N° 40822. MP: Luis Guillermo Salazar Otero.

Para describir la finalidad de la violencia sexual, es útil:

- Describir expresiones utilizadas por el agresor durante la ocurrencia de los hechos.
- Describir intercambios de bienes antes o después de los hechos.
- Describir actividades complementarias ejecutadas por personas distintas al autor material que contribuyeron a la configuración del delito sexual.
- Definir la existencia de una relación entre el presunto agresor y la víctima que explique un beneficio económico u otros intereses derivados de la comisión de la conducta.

La siguiente herramienta permite relacionar algunas finalidades específicas de la agresión con la selección de tipos penales y agravantes.

Herramienta 2

Tipificación según finalidad de la agresión

Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Obtención de beneficio económico	Inducción a la Prostitución.	213
	Proxenetismo con menor de edad.	213A
	Constreñimiento a la prostitución ⁸¹	214
Satisfacción de deseos sexuales de terceros	Inducción a la Prostitución.	213
	Proxenetismo con menor de edad.	213A
	Constreñimiento a la prostitución.	214
Control social, temor u obediencia en la comunidad	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o con incapaz de resistir, acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de 14 años y acoso sexual.	211, núm. 8
	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida.	

3.1.4 Finalidad de la conducta

81 Sobre el constreñimiento a la prostitución: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de octubre de 2002. Radicado No. 10854. MP: Yesid Ramírez Bastidas.

Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Llevar a la víctima al extranjero	Circunstancia de agravación para: Inducción a la prostitución, proxenetismo con menor de edad y constreñimiento a la prostitución.	Art. 216, núm. 2
	Trata de personas con fines de explotación sexual.	Art. 188A
Fin abyecto o fútil ⁸²	Circunstancia genérica de mayor punibilidad.	58, núm. 2

3.1.5 Selección de tipos penales y agravantes a partir de la caracterización de la víctima.

La violencia sexual puede afectar a cualquier persona y, en general, los delitos de violencia sexual no exigen un sujeto pasivo calificado. Sin embargo, la caracterización de la víctima puede contribuir a la selección de un tipo penal específico y/o a la determinación de agravantes y circunstancias de mayor punibilidad. La siguiente herramienta permite relacionar la caracterización de la víctima con la selección de tipos penales y agravantes.

Herramienta 3

Tipificación según caracterización de la víctima

Edad de la víctima		
Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Menores de 12 años.	Turismo sexual agravado.	219
Menores de 14 años ⁸³ .	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, acto sexual con menor de 14 años.	208 y 209
	Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de 14 años, Actos sexuales con persona protegida menor de 14 años.	138A y 139A
	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o con incapaz de resistir y acoso sexual.	211, núm. 4

⁸² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de agosto de 2014. Radicado No. 41591. MP: Eugenio Fernández Carlier.

⁸³ Incapacidad de autodeterminación en menores de 14 como presunción de derecho: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de septiembre de 2000. Radicado No. 13466.



Edad de la víctima		
Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Menores de 14 años.	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida.	140 y 211, núm. 4
	Circunstancia de agravación para: Inducción a la prostitución, Proxenetismo con menor de edad y Constreñimiento a la prostitución.	216, núm. 1
	Circunstancia de agravación para: Demanda de explotación sexual.	217A, núm. 4.
	Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales.	219A Inc. 2°
Menores de 18 años.	Proxenetismo con menor de edad.	213A
	Estímulo a la prostitución de menores.	217
	Demanda de explotación sexual comercial.	217A
	Pornografía con personas menores de 18 años.	218
	Turismo sexual.	219
	Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años.	219A

3.1.5 Caracterización de la víctima



Condición o rol de la víctima		
Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Personas que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o defensoras de DDHH.	Circunstancia de agravación para: Inducción a la prostitución, proxenetismo y constreñimiento a la prostitución. (Este agravante aplica cuando la conducta contra estas personas se cometiere como forma de retaliación, represión o silenciamiento).	216, núm. 5



Condición o rol de la víctima		
Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Persona en situación de vulnerabilidad por etnia, discapacidad física, psíquica sensorial, ocupación u oficio ⁸⁴ .	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o con incapaz de resistir, acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de 14 años y acoso sexual.	211, núm. 7
	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida.	140 y 211, núm. 7
	Circunstancia de agravación para: Inducción a la prostitución, proxenetismo y constreñimiento a la prostitución.	216, núm. 4
Servidor público.	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida.	58, núm. 12

Impactos sobre la víctima		
Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Enfermedades de transmisión sexual y/o Embarazo.	Embarazo forzado en persona protegida.	139C
	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o con incapaz de resistir, acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de 14 años y acoso sexual.	211, núm. 3 y/o núm. 6
	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida.	140 y 211, núm. 3 y/o núm. 6
Esterilidad.	Esterilización forzada en persona protegida.	139B
Matrimonio servil o forzado.	Circunstancia de agravación para: Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad.	217A, núm. 2

⁸⁴ En la categoría ocupación u oficio pueden incluirse también actividades de defensa de DDHH, liderazgo y promoción social, periodismo, sindicalismo, trabajo sexual, entre otras.





Impactos sobre la víctima		
Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.	Circunstancia genérica de mayor punibilidad.	58, núm. 8

3.1.5 Caracterización de la víctima

3.1.6 Selección de tipos penales y agravantes a partir de la caracterización del agresor.

3.1.6 Caracterización del agresor

Los delitos de violencia sexual no exigen un sujeto activo calificado y cualquier persona, puede ser autor y/o partícipe de estas conductas. Sin embargo, la caracterización del presunto agresor puede contribuir a la selección de delitos más específicos, agravantes y circunstancias de mayor punibilidad. La siguiente herramienta permite relacionar algunos elementos de la caracterización del presunto agresor con la selección de tipos penales y agravantes.

Herramienta 4

Tipificación según caracterización del presunto agresor

Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Autoridad particular sobre la víctima o persona de confianza.	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o con incapaz de resistir, acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de 14 años y acoso sexual.	211, núm. 2
	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida.	140 y 211, núm. 3 y/o núm. 6



Criterio	Delitos y agravantes	Art. CP
Grado de parentesco.	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o con incapaz de resistir, acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de 14 años y acoso sexual.	211, núm. 5
	Circunstancia de agravación para: Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida.	140 y 211, núm. 5
	Circunstancia de agravación para: Inducción a la prostitución, proxenetismo y constreñimiento a la prostitución.	216, núm. 3
Miembro de un grupo armado ⁸⁵ .	Circunstancia de agravación para: Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad.	217A, núm. 3
Turista.	Circunstancia de agravación para: Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad.	217A, núm. 1
Posición distinguida en la sociedad.	Circunstancia genérica de mayor punibilidad.	58, núm. 9
Servidor público.	Omisión de denuncia agravada.	219B

PASO 3.2 DETERMINAR ASPECTOS PARA SUSTENTAR EL DOLO, LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD

Deben incluirse en el programa metodológico aquellos aspectos que sirven para probar:

- El dolo, es decir, que el presunto responsable conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quería su realización, o que pudo prever la ocurrencia de la infracción y no evito su producción⁸⁶. En delitos sexuales, el dolo o intención de lesionar

⁸⁵ Se hace mención a la circunstancia de agravación prevista en el Art. 217 A núm. 3, ya que es la única que se refiere explícitamente a un integrante de un grupo armado ilegal. Sin embargo, la comisión de un delito por parte de un integrante de un grupo armado podría ser un indicio de que los hechos guardan relación con el conflicto armado, por lo que podrían adecuarse en los delitos dispuestos en el Título II de la parte especial del CP, siempre que cumplan con los requisitos de darse en contra de personas protegidas y con ocasión y desarrollo del conflicto.

⁸⁶ Art. 22 de la Ley 599 de 2000.

o poner en peligro un bien jurídico puede relacionarse, entre otras cosas, a:

- Los actos preparatorios orientados a la comisión del delito (Ej. Seguimiento o asecho a la víctima, amenazas, etc.).
 - Las condiciones propiciadas por el agresor para la comisión de la conducta (Ej. condiciones de aislamiento de la víctima).
 - Las condiciones de vulnerabilidad en la víctima producidas por el agresor (Ej. intoxicación, inmovilización, etc.).
- **La antijuridicidad**, es decir, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, sin causa justa⁸⁷. Al respecto debe tenerse en cuenta que los delitos sexuales pueden lesionar material o potencialmente la libertad, formación e integridad sexuales, pero también derechos fundamentales y derechos humanos. La determinación de los daños causados sobre estos bienes jurídicos contribuye al análisis de antijuridicidad y, además, será útil a efectos del incidente de reparación.
- **Culpabilidad**, es decir, la conciencia de antijuridicidad y la decisión de ejecutar la conducta delictiva y no otra ajustada a derecho, teniendo la posibilidad real de hacerlo. Para ello, debe verificarse que no exista ninguna causal de exclusión de responsabilidad o inimputabilidad contemplada en la ley⁸⁸.

Atención: Argumentos como la ira y el intenso dolor o las consideraciones de lo ocurrido como un “crimen pasional”, jamás pueden considerarse como una causa justa, un eximente de responsabilidad o un argumento válido para negar la intención del agresor ante la comisión de delitos sexuales. En el caso de prever que la defensa va a argumentar alguna de estas circunstancias de atenuación punitiva o de menor punibilidad, se pueden incluir en el programa metodológico EMP o EF que desacrediten estas circunstancias.

▲ Paso 3.2 El dolo, la antijuridicidad y la culpabilidad

Paso 3.3 SELECCIONAR LA FORMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE Y DESAGREGAR SUS ELEMENTOS

▲ Paso 3.3 Atribución de responsabilidad

La construcción de hipótesis delictivas respecto de la atribución de responsabilidad debe referirse a todas las posibles personas que, en calidad de autores o partícipes, estuvieron involucradas en la comisión de los hechos.

87 Art. 11 de la Ley 599 de 2000.

88 Art. 32 del Ley 599 de 2000.

Atención: Los delitos sexuales no pueden ser considerados como de “propia mano”, incluso al tratarse de acceso carnal; debido a que, la doctrina y la jurisprudencia modernas enfocadas en la protección de los bienes jurídicos han rechazado esta visión por ser desactualizada e inaceptable⁸⁹. En este tipo de conductas son aplicables todas las formas de autoría y participación.

Puede ser autor en casos de violencia sexual:

- El que realiza la conducta materialmente por sí mismo.
- El que utiliza a otra persona como instrumento para ejecutar la conducta.
- Quienes dividen el trabajo criminal, hacen aportes importantes y significativos a la comisión del delito, y tienen codominio del hecho, previo un acuerdo común.
- El que realiza un aporte esencial en la fase de ejecución de la conducta, teniendo codominio del hecho.
- El que estuvo en capacidad de detener o interrumpir el delito⁹⁰, cuando se encuentra en posición de garante frente a la víctima⁹¹.

Puede ser partícipe en casos de violencia sexual:

Quien no tiene dominio del hecho, pero hace aportes a la comisión de la conducta, en calidad de alguno de los siguientes:

- **Determinador:** Quien con conciencia y voluntad provoca en el autor la resolución de cometer el hecho, a través de medios efectivos como: el refuerzo de una idea, la cooperación moral, la contribución al perfeccionamiento del diseño de un plan criminal⁹², la “instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo”⁹³.
- **Cómplice:** Quien con conciencia y voluntad contribuye de forma accesoria, por acción u omisión, a la realización de la conducta antes o durante su comisión o preste una ayuda posterior que no sea de significativa importancia⁹⁴.

89 Ver: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial. Editorial Dykinson, Madrid, 2004. Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 512. Maqueda Abreu, María Luisa. Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal. Madrid, 1992. Choclán Montalvo, José Antonio. ¿Es el delito de violación un delito de propia mano?, A propósito de la STS de 2 de noviembre de 1994. AP 3 de 1995, número marginal 39 y ss. Tribunal Supremo Español. Sala Segunda de lo Penal. Sentencia del 2 de noviembre de 1994. Recurso 3749/1992. MP: Enrique Bacigalupo Zapater. República de Argentina, Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. Caso de Luciano Menéndez y otros. Fallo del 23 de noviembre de 2011. pp. 55-56. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N°. 31085. Sentencia del 8 de julio de 2009. MP: María del Rosario González de Lemos.

90 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de marzo de 2006. Radicado No. 22327. MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

91 Ver: Artículo 25, numerales 1, 2, 3 y 4 de la Ley 599 de 2000

92 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de octubre de 2000. Radicado No. 15610. MP: Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

93 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de diciembre de 1983. MP: Alfonso Reyes Echandía.

94 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de mayo del 2006. Radicado No. 21923. MP: Álvaro Pérez Pinzón.

Atención: Para establecer la participación de un determinante es útil corroborar que el autor directo de la conducta reconoce lo hecho por éste como factor relevante en su decisión de ejecutar el delito.

Los modelos de atribución de responsabilidad constituyen guías para identificar los elementos que conducen a la formulación de hipótesis sobre el concurso de personas en la comisión de los delitos; aun cuando, en principio, solo se conozca la existencia de un autor directo.

Algunos modelos de atribución de responsabilidad útiles en casos de concurso de personas por hechos de violencia sexual son:

- **Coautoría**⁹⁵: aplica cuando existe división del trabajo entre los coautores (teniendo cada uno codominio del hecho) como parte de un plan criminal en el cual quienes intervienen en el delito realizan aportes significativos y esenciales a la comisión de la conducta. La relación de los hechos de violencia sexual con un plan criminal puede ser interpretada por el (la) fiscal cuando los hechos de violencia sexual:
 - Contribuyen a un fin perseguido por los coautores.
 - Constituyen el plan desde su formulación.
 - Se incorporaran en su desarrollo o son una consecuencia previsible del mismo.
- **Autoría mediata**⁹⁶ por aparatos organizados de poder: se sustenta en la teoría que reconoce como autor a quien tiene el dominio del hecho a través de la acción de un subordinado que hace parte de un aparato jerárquico. En la investigación de hechos de violencia sexual, para probar la autoría mediata por aparatos de poder, se debe sustentar:
 - La existencia de un aparato de poder, jerárquico y organizado del cual hacen parte el autor mediato y el material.
 - La relación jerárquica o de dominación (formal, informal, permanente o temporal) entre el autor mediato y el material.
 - La acción del autor mediato que contribuyó indispensablemente en la ocurrencia de los hechos de violencia sexual, mediante planes, órdenes o la omisión de controles para evitar la comisión de delitos previsibles por parte de sus subordinados.
 - La posibilidad de prever la ocurrencia de violencia sexual por parte de altos mandos en ejecución de un plan criminal. Algunos elementos que permiten deducir la previsibilidad aun cuando no puede probarse una orden son:
 - La naturaleza violenta del ataque, plan o campaña donde se dieron los hechos.
 - La generación de circunstancias que aumentan la

⁹⁵ Ver: Art. 29, inciso 2, del Código Penal.

⁹⁶ Ver: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento." (Subrayado fuera del texto). Artículo 29 la Ley 599 de 2000.

vulnerabilidad o riesgo de las víctimas en ejecución del plan (Ej. la separación de hombres y mujeres; la falta de supervisión de los guardias que custodiaban a las mujeres detenidas).

- Los antecedentes violentos de los miembros del grupo participantes del plan, reportados en declaraciones o informes.
- El tipo de tropa involucrada en la ejecución del plan (Ej. Reputación violenta, sin entrenamiento).
- Las actitudes discriminatorias asumidas por la tropa respecto de poblaciones vulnerables.
- El rol activo o fundamental del alto mando en operaciones en las que ocurrieron hechos de violencia sexual o la creación de un ambiente de tolerancia que facilitó los hechos.
- La posición de liderazgo y su participación en reuniones de alto nivel que le permitieron conocer la ocurrencia de los hechos de violencia sexual.
- El uso de representaciones sexualizadas de una parte de la población como propaganda de guerra.
- Acciones que muestren que el aparato y sus miembros estaban siendo equipados para incurrir en violencia sexual (dotación de condones, viagra, servicio de enfermería para aborto, planificación forzada).

■ **Posición de garante**⁹⁷: se sustenta en las obligaciones que deben cumplir las personas de acuerdo a su rol por expectativas de comportamiento que tiene una sociedad sobre ellas. Aplica en los delitos de acción (que pueden cometerse por omisión) y en los de omisión propia. Los ámbitos de competencia sobre los que el imputado genera o no controla un riesgo de violencia sexual son delimitados por:

- Institución, lo cual supone: “(i) la obligación legal de actuar del presunto responsable; (ii) la activación del deber de realizar la acción esperada; (iii) la posición objetiva que permita realizar materialmente la acción esperada a quien tiene obligación de llevarla a cabo”⁹⁸.
- Organización estatal, lo cual supone: la obligación constitucional y legal de protección de la población civil; la existencia de una relación jerárquica y de control efectivo entre el imputado y el agresor directo; el conocimiento de la ocurrencia de la violencia sexual o la capacidad de preverlo; la omisión de acciones al alcance del imputado para evitarlo.

⁹⁷ De acuerdo al Artículo 25 de la Ley 599 de 2000: “Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”. Para ahondar sobre el alcance de dicho Artículo y el sentido en que puede interpretarse “la posición de garante” en el marco de la legislación colombiana, ver también: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de julio de 2006. Radicado 25536. MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁹⁸ Olásolo Alonso, Héctor (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch. pág. 741.

Atención: La construcción de hipótesis es un proceso dinámico y flexible. Éstas deben sustentarse, y en ese proceso probatorio se confirman, niegan o modifican con el avance de la investigación.

La Herramienta 5 resume los pasos 1, 2 y 3 y brinda un ejemplo útil para la redacción de las hipótesis investigativa y la delictiva.

Herramienta 5

Construcción de hipótesis de investigación

Los (las) fiscales y su equipo de trabajo deben:

Acciones	Ejemplo ⁹⁹
☐ Describir los hechos.	María Pérez, fue atacada por tres hombres que portaban uniformes militares y botas de caucho en el municipio de Caloto, departamento de Cauca el 15 de diciembre de 2016. Durante el ataque la mujer fue penetrada por dos de dichos hombres y quemada con cigarrillos en sus pezones, los agresores manifestaron castigarla por “no saber ser un hombre”. Mientras tanto el tercer sujeto sostenía las manos de la víctima.
☐ Analizar toda la información disponible legalmente obtenida, con perspectiva de género, de interseccionalidad y de contexto.	María Pérez es una mujer transgénero. En el lugar y periodo referidos existe fuerte presencia del grupo guerrillero ELN y han ocurrido confrontaciones con la Fuerza Pública. Este caso comparte el modus operandi, el tipo de agresor referido y las características de las víctimas con otros 6 casos ocurridos en el mismo departamento.

99 Los hechos referidos en este ejemplo no fueron tomados de una noticia criminal existente.

Acciones	Ejemplo
■ Construir un argumento un que, a partir de los datos analizados, explique la ocurrencia de los hechos y sus responsables a través de respuestas a preguntas como: ¿Qué sucedió? ¿Dónde? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Por qué? ¿Para qué? ¿Quién lo hizo? ¿Cómo lo hizo? ¿en contra de quién? ¿Mediante qué?	En Caloto (Cauca), el 15 de diciembre de 2016, una mujer transgénero es penetrada y agredida físicamente de forma excesiva y ocasionándole sufrimientos innecesarios, debido a su identidad de género. Los agresores podrían ser miembros del ELN y al parecer buscaban imponer los códigos de conducta del grupo armado sobre la población.
■ Identificar en dicho argumento las conductas que corresponden con delitos (adecuación típica) y las formas de atribución de responsabilidad aplicables.	En Caloto (Cauca), el 15 de diciembre de 2016, una mujer transgénero fue víctima de acceso carnal violento en persona protegida en concurso con tortura, siendo aplicable la circunstancia de mayor punibilidad asociada a móviles de discriminación e intolerancia. Estas conductas son atribuibles a miembros del ELN, dos en calidad de autores materiales directos y otro en calidad de coautor. Además, podría pensarse en la responsabilidad de altos mandos del ELN en la zona, por autoría mediata por aparatos organizados de poder.

Paso 4 RELACIONAR MEDIOS COGNOSCITIVOS, ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y RESPONSABLES

El programa metodológico debe incluir la relación de cada elemento de la hipótesis delictiva con los medios que se pretende utilizar para probarlo y los actos de investigación conducentes a dichos medios. Esto garantiza el recaudo de información y material probatorio pertinente.

Para la planeación de las actividades de investigación:

- Relacionar medios cognoscitivos que pueden sustentar, más allá de toda duda razonable:
 - Cada elemento jurídico de los tipos penales seleccionados.
 - Las formas de atribución de responsabilidad aplicables.
 - Las solicitudes judiciales.
 - La refutación de los posibles argumentos de la defensa.
 - Daños causados a la víctima.
- Seleccionar la actividad de investigación para conseguir cada medio, considerando:
 - La pertinencia y suficiencia para demostrar cada elemento enlistado.
 - Los recursos disponibles (técnicos y humanos) y viabilidad criminalística.
 - Los trámites y tiempos asociados a la realización de cada acto.
- Relacionar responsables para la realización de cada actividad de investigación.
- Planear tiempos de entrega de resultados para cada acto de investigación planeado.

Atención: Las actividades que requieren órdenes judiciales llevan más tiempo y no deben preferirse para obtener evidencia susceptible de perderse, a menos que sea la única opción.

Algunos criterios útiles para organizar la realización de los actos de investigación son:

- Carácter inaplazable de los actos de investigación por posible pérdida de EMP, EF o información (Ej. Exámenes médico-legales, entrevista a víctimas, inspección a la escena, inspección a cadáver).

- Aporte probatorio de los EMP y EF obtenidos por actos de investigación para sustentar o refutar simultáneamente varios de los componentes de las hipótesis planteadas.
- Tiempos de espera asociados a la realización de actos de investigación o que requieren trámites específicos (como la solicitud de órdenes judiciales).
- Utilidad de remisiones para la atención integral a víctimas que incluyen resultados valiosos a la investigación (Ej. Exámenes diagnósticos, valoraciones de riesgo, etc.).

Paso 5 PLANTEAR INSTANCIAS DE EVALUACIÓN

Un paso crucial en la planeación es determinar instancias de seguimiento a las actividades de investigación y sus resultados. El (la) fiscal y su equipo deben realizar reuniones para ello.

Durante las reuniones de trabajo y control:

- Cada responsable debe presentar los detalles y conclusiones de la actividad.
- Se deben discutir la legalidad, autenticidad y pertinencia de los EMP y EF recolectados.
- El equipo puede compartir sugerencias de investigación y aportes en la modificación, corroboración o refutación de las hipótesis planteadas.
- Se deben verificar, de acuerdo a los resultados obtenidos, los elementos incluidos en el programa que ya cuentan con suficientes EMP y EF y los que faltan, así como posibles cambios en los objetivos.
- Se deben analizar y registrar las fortalezas y las debilidades de los elementos probatorios y la evidencia conseguida, así como su suficiencia para demostrar el elemento de la hipótesis asociado. En caso de ser necesario, determinar cómo los aportes de cada medio de prueba pueden ser respaldados con otros EMP o EF ya recolectados o que deben ser objeto de próximas actividades de investigación.
- Se debe determinar la ejecución de próximas actividades de investigación.

La investigación de la violencia sexual debe realizarse con debida diligencia, ser inmediata, exhaustiva e imparcial. En estos casos, los funcionarios judiciales, a través de sus facultades oficiosas, deben adoptar una actitud proactiva en la búsqueda de la verdad y en garantía de los derechos de las víctimas.

Esta lista de chequeo es una guía práctica que ajusta, amplía y desarrolla los contenidos del “Protocolo de Investigación de Violencia Sexual”, adoptado por la FGN mediante la Res.1774 de 2016. Está dirigida a fiscales, investigadores y demás funcionarios encargados de la atención, investigación y judicialización de este tipo de casos. Está compuesta por cuatro módulos que abordan aspectos centrales en la investigación de la violencia sexual:

- **El Módulo 1:** “El conocimiento de los hechos de violencia sexual”, incluye información sobre: pautas para la gestión inicial de los casos a través de la activación de rutas de atención integral y la realización de actos inaplazables de investigación.
- **El Módulo 2:** “Planeación de la investigación de violencia sexual”, explica paso a paso la construcción de hipótesis integrales de investigación y del programa metodológico.
- **El Módulo 3:** “Recaudo de evidencia en casos de violencia sexual”, brinda pautas de procedimiento para guiar la selección y ejecución de actos de investigación pertinentes.
- **El Módulo 4:** “Judicialización de hechos de violencia sexual”, incluye información sobre: la imputación, posibles solicitudes ante el juez y los estándares de análisis y acreditación de pruebas, útiles al desarrollo de estrategias de juicio.

Cada módulo contiene diversas listas de chequeo mediante las cuales los investigadores o fiscales pueden corroborar tanto las acciones faltantes y ya realizadas, como los requisitos cumplidos o pendientes, siguiendo el punteo señalado sobre cada aspecto. Los módulos están contenidos en libros separados que puedan servir para el apoyo de las labores de los funcionarios dedicados al desarrollo de cada parte de la investigación. Al inicio de cada libro puede encontrarse una síntesis de contenidos claves. Dichos contenidos son una referencia rápida y no sustituyen el contenido completo al interior del módulo.

La FGN espera que este material sea de utilidad para todos los servidores de la entidad a nivel nacional que conozcan casos de violencia sexual para lograr la verdad, justicia y reparación de las víctimas de estos crímenes.



Subdirección de
Políticas Públicas
y Estrategia
Institucional