



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP3214-2024

Radicación N° 62111

Acta 286.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Se decide sobre la impugnación especial promovida por la defensa técnica de JIMMY OSWALDO GUERRA, en contra de la sentencia condenatoria de segunda instancia emitida el 12 de mayo de 2022 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que lo declaró penalmente responsable por el delito de acoso sexual.

ANTECEDENTES PERTINENTES

1.1. Fácticos

El 9 de junio de 2014, la menor D.K.I.N, de 10 años de edad, se encontraba realizando tareas estudiantiles en la residencia de su abuelo, ubicada en el barrio deportivo del municipio de Chachagüí (Nariño), cuando llamaron a la puerta de la vivienda.

La niña se disponía a abrir, pero JIMMY OSWALDO GUERRA –compañero sentimental de su tía– se lo impidió, ubicándose entre ella y la puerta con un billete de dos mil pesos en la mano, que le pasó por el rostro. En ese instante, la menor sintió un olor raro y se mareó, al tiempo que JIMMY OSWALDO GUERRA, al acercarle el billete, le alcanzó a rozar el seno izquierdo con la mano.

La menor reaccionó corriendo hasta la habitación de su primo Christian.

Con antelación a este evento, la niña, acompañada de su prima, le pidió a JIMMY OSWALDO GUERRA, el favor de encenderle el computador, oportunidad aprovechada por este para tocarle las piernas, mientras la menor, a su vez, cargaba en ellas a su prima.

2.2. Procesales

El 31 de julio de 2017, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Chachagüí (Nariño), se formuló imputación en contra de JIMMY OSWALDO GUERRA, por el delito de

actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo.

El asunto correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pasto, que adelantó la formulación de acusación el 21 de marzo de 2018, y la preparatoria el 3 de septiembre siguiente. El juicio oral se instaló el 11 de junio de 2019 y culminó el 10 de diciembre de 2019, con el anuncio del sentido del fallo de carácter absolutorio.

La sentencia se emitió el 18 de febrero de 2021 y fue recurrida por la representación de víctimas.

Mediante providencia del 17 de mayo de 2022, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto revocó la absolución y, en su lugar, profirió condena por el delito de acoso sexual, de conformidad con lo establecido en los artículos 210-A y 211-4 del Código Penal.

La defensa de JIMMY OSWALDO GUERRA recurrió esta determinación a través de la figura de la impugnación especial.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado soportó la absolución en la premisa contenida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, a partir de considerar

que las pruebas practicadas en curso del juicio oral no lograron demostrar la existencia de los actos sexuales abusivos por los cuales se formuló acusación en contra de JIMMY OSWALDO GUERRA.

En tal sentido, arguyó, la declaración de la menor no aportó mayor información sobre lo ocurrido el 9 de junio de 2014, dado que no pudo conocerse cuáles fueron los hechos constitutivos de presunto abuso. En efecto, se dijo que en una de las oportunidades el procesado, al pasarle el billete por el frente a la menor, le alcanzó a rozar el seno, mientras que en el otro momento referido por la niña, el acusado le tocó la pierna cuando le ayudó a prender un computador para que jugara en compañía de su prima.

Ninguno de los dos escenarios, por sí solos, pueden constituirse como actos erótico sexuales, concluyó el a quo, en la medida en que el rozamiento del seno, en tanto fugaz, carece de la potencialidad necesaria para colocar en peligro el bien jurídico tutelado, máxime, al advertir ausente la intención del procesado de tocarla de manera lasciva, pues, subsiste la posibilidad de que ese contacto fuese producto de la interacción física en el instante de pasarle el billete y no del propósito de agredir la dignidad de la menor.

El tocamiento de la pierna tampoco se vislumbra claro en la intención de afectar la libertad sexual de la niña, en tanto, no hubo claridad sobre la forma como ocurrió.

Desde otra perspectiva, se refirió al acoso sexual como pretensión subsidiaria elevada en los alegatos de conclusión, para rechazar su tipificación en este asunto, por ausencia de elementos que permitan acreditar la existencia de exigencias explícitas o tácitas de contenido sexual.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

A juicio del ad quem, el delito que resultó probado, no lo fue el de acto sexual abusivo, establecido en el artículo 209 del Código Penal, sino el de acoso sexual agravado, de conformidad con el contenido de los artículos 210-A y 211-2 del mismo estatuto sustantivo.

De manera extensa, el Tribunal definió lo que legal y jurisprudencialmente comprende el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años; invocó precedentes de esta Corte sobre la materia; se refirió a conceptos doctrinales acerca de las dificultades propias en la investigación de delitos sexuales; y destacó la importancia de contar con elementos objetivos de corroboración periférica que apoyen la versión insular de la víctima.

A partir de tal contexto, destacó, la declaración rendida en juicio por la menor D.K.I.N., para advertir que lo único pasible de extraer de ella, es el conocimiento de que el 9 de junio de 2014, JIMMY OSWALDO GUERRA “*alcanzó a rozarle*

una parte del seno”, al tiempo que, en un episodio anterior, le tocó una pierna.

De tal realidad, concluyó, no es posible extractar la intención o finalidad libidinosa del procesado, como tampoco acreditar la trascendencia jurídico social de esos dos actos aislados de interacción física.

De esa manera, en aplicación del principio rector de *in dubio pro reo*, absolvió al procesado por dicho punible.

No obstante, luego de analizar el principio de congruencia, consideró posible, sin soslayarlo, emitir condena por el delito de acoso sexual.

Los elementos constitutivos del punible resultaron demostrados, en criterio del ad quem, a partir de la importante posición familiar que ostentaba JIMMY OSWALDO GUERRA, en relación con la víctima, dado que, en tanto pareja sentimental de su tía, quedaba al cuidado de la niña en algunas ocasiones y, en esa medida, representaba una figura de autoridad.

Igualmente, de lo expresado por la afectada es posible extractar de manera diáfana *“una seguidilla de actos oprobiosos atribuibles a JIMMY OSWALDO GUERRA, los que se encuentran marcados por la insistente molestia, asedio, hostigamiento y persecución a la entonces preadolescente DKIN*

(...) ello explica la entrega de dádivas económicas que le ofrendaba, la forma como la importunaba para tener acercamientos físicos, lo que le permitió tocarle la pierna en una ocasión y su seno izquierdo en otra; todo esto lo alcanzó a dimensionar la menor como actos libidinosos o cargados de lascivia que no debía soportar, motivo por el cual los puso en conocimiento de sus progenitores”.

Agregó que la menor requirió apoyo profesional para superar las secuelas del acoso. Desde la mirada de la psicología, el profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que la entrevistó para establecer las secuelas producidas por sus vivencias de asedio, encontró que presentaba tristeza y rencor hacia su agresor, como también vergüenza respecto de lo vivido; circunstancias que exacerbaban su timidez y generaron un bajo rendimiento escolar.

Así las cosas, condenó a JIMMY OSWALDO GUERRA, como autor del delito de acoso sexual agravado –por cometerse sobre menor de 14 años– y, en consecuencia, le impuso como pena principal 18 meses de prisión, por igual lapso dispuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por expresa prohibición legal, se abstuvo de conceder la suspensión condicional de ejecución de la pena o la prisión domiciliaria.

La defensa, oportunamente, interpuso y sustentó el recurso de impugnación especial que ahora decide la Corte.

MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

El censor consideró que el Tribunal omitió analizar debidamente los testimonios de descargo presentados en curso del juicio oral, esto es, lo relatado por el primo de la víctima, Cristhian Ferney Bolaños, y la compañera sentimental del procesado, Jacqueline Nancy Noguera Calderón.

A renglón seguido, destacó que la decisión de segundo grado se basó en el testimonio de la víctima, pese a que no goza de credibilidad.

Primero, porque, sostuvo la defensa, el núcleo esencial de su declaración partió de la sugerencia de que el procesado la drogó cuando le pasó el billete por el rostro, pues, vomitó y se sintió muy mareada, con la intención de “violarla”. Sin embargo, esas afirmaciones no encontraron respaldo en la ciencia, en la medida en que ninguna sustancia fue encontrada en su cuerpo cuando fue llevada al hospital, horas después de los supuestos acontecimientos.

Segundo, en atención a que la actitud evasiva de la menor, en curso del interrogatorio cruzado, se tradujo en una

declaración difusa e inconsistente, a partir de la cual ninguna verdad criminal podría extraerse, menos aún, cuando la única persona que estuvo en la vivienda negó haber presenciado alguna situación inusual o haber visto conductas extrañas en el procesado.

Así las cosas, concluyó, la “reacomodación” del fallo del Tribunal a una condena por el delito de acoso sexual, no es más que un “*premio consolatorio*”, sin asidero probatorio alguno.

En consecuencia, pide que se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva al procesado.

TRASLADO A NO RECURRENTES

Dentro del término dispuesto para el traslado de no recurrentes, ningún sujeto procesal emitió pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES

En atención a lo dispuesto en el numeral 2do del artículo 3° del acto legislativo 01 de 2018, y de conformidad con lo dicho por esta Corporación en la providencia AP1263 de 2019, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la impugnación especial promovida por el defensor de JIMMY OSWALDO

GUERRA, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, que condenó por primera vez en esa instancia al mencionado ciudadano, como autor del delito de acoso sexual.

Se debe precisar, siguiendo los mismos planteamientos del radicado AP1263 de 2019, que la impugnación especial se rige por las reglas de la apelación. De allí que la Corte se encuentre limitada por los aspectos objeto de recurso y aquellos que se encuentren inescindiblemente vinculados a ello, sin perjuicio del control sobre las garantías fundamentales, que resulta inherente al derecho a la doble instancia.

Ahora bien, en el presente asunto se advierte que el objeto central de discusión estriba en definir si los hechos, decantados a través del examen objetivo de los medios de prueba, se adecuan al delito de acoso sexual, como lo estimó el ad quem, o se muestran ajenos a cualquier ilicitud penal, de conformidad con lo expuesto por el A quo.

A modo de contextualización, la Sala debe mencionar, en primer término, que la defensa no discute la claridad de los hechos jurídicamente relevantes plasmados en las audiencias de imputación y acusación, a más que, los mismos se mantuvieron invariables hasta la emisión del fallo de segundo grado.

Lo ocurrido, destaca la Corte, fue que luego de emitirse el fallo absolutorio de primer grado –en aplicación del principio *in dubio pro reo* respecto del delito objeto de acusación, esto es, acto sexual abusivo con menor de 14 años–, al desatar la apelación promovida por la representación de la víctima, el Tribunal consideró que esos hechos jurídicamente relevantes, en la forma en que fueron descritos desde la audiencia primigenia de comunicación de cargos, se adecuaban a un tipo penal diverso del elegido por la Fiscalía, en todo caso, más favorable para el acusado. En razón de ello, dispuso condenar por el delito de acoso sexual.

Acorde con lo planteado, la Sala estudiará el material probatorio para determinar: (i) si efectivamente, las conductas desplegadas por JIMMY OSWALDO GUERRA son constitutivas del punible de acoso sexual, (ii) si, por el contrario, la condena emergía correcta por el delito que fue materia de acusación –evento en el cual, pese a así advertirse, ninguna modificación sufriría la condena por el delito mas leve, en respeto de la prohibición de reforma peyorativa– o (iii) declarar, en armonía con el fallador de primer grado, la absolución por duda, conforme a la solicitud elevada por el sujeto procesal recurrente.

Acorde con ello, cabe destacar que el soporte fundamental de lo atribuido al acusado corresponde a lo dicho por la menor D.K.I.N¹., acorde con la atestación

¹ Récord 03:23 a 31:23.

rendida en sesión de juicio oral del 13 de agosto de 2019, cuando la afectada descontaba 16 años de edad.

Acerca de los hechos investigados, la menor concretó que, para el mes de junio del año 2014 vivía con sus padres en el barrio Deportivo del municipio de Chachagüí (Nariño). Relató que conoce a JIMMY OSWALDO GUERRA, porque es el esposo o compañero de su tía Jackeline Noguera Calderón, aunque advierte que habla poco con él. Refirió que el 9 de junio de 2014, se encontraba en la casa de la abuela, comiendo; allí se encontraba JIMMY OSWALDO GUERRA, quien *“intentó abusar de mí”*.

En torno de esta última afirmación, señaló:

“ese día que yo estaba en mi casa, me llamó y fui a la casa de mi abuelo, entonces cuando fui, yo estaba comiendo y de ahí sonó la puerta que estaban golpeando y cuando yo quería ir a abrir, él me estaba tapando la puerta entonces no podía salir, ir a abrir.

Entonces, como por una parte yéndose más al ladito queda donde trabaja mi abuelo y cuando yo fui ahí, o sea iba a abrir la puerta porque ahí también hay otra puerta para salir afuera. Entonces iba a abrir y él no me dejaba salir y me empezó a tapar la puerta, entonces cuando yo me quería ir de ahí, el me pasó como con un billete y de ahí me salí corriendo (La menor mueve su mano varias veces, como si estuviese sujetando algo).

Entonces cuando salí corriendo estaba mi primo y de ahí él no me quería hacer caso, entonces cuando me fui donde mi hermano y mi hermano estaba afuera y estaba muy asustada, entonces mi hermano me dijo que me tranquilice”.

A la pregunta de la Fiscalía acerca de algún tipo de contacto físico propiciado por JIMMY OSWALDO GUERRA, indicó: *“pues cuando estábamos ahí me acuerdo que el me alcanzó a rozar como la parte del seno. (Hace la demostración: con su puño cerrado ella toca la parte lateral el seno izquierdo)”*².

La menor agregó, cuando fue interrogada sobre hechos similares: *“él me daba plata y me decía que me acerque”*; al tiempo que narró un episodio en el cual *“yo estaba con mi prima Johana en el computador, y le pedimos ayuda para que nos haga colocar un juego y yo estaba sentada con mi prima arriba y él empezó así como a tocar la pierna”*³.

Culminada la declaración de la menor, la fiscalía presentó como testigo a su progenitor, Miguel Ángel Inca Zapata, quien refirió que el día de los hechos se encontraba en Pasto con su esposa y que, cuando llegaron en la tarde a la casa, notaron enferma a su hija D.K.I.N., con vómito, descontrolada.

Por el estado de la menor, la mamá la llevó al centro de salud de Chachagüí, para valoración, y allí permaneció hasta el día siguiente, mientras le practicaban exámenes médicos.

² Señaló con las manos la parte lateral izquierda del seno.

³ Récord 24:15 a 24:31

Como testigo de cargo, también rindió declaración Alejandra Johana Calderón Barco, médica de urgencias al servicio del hospital infantil desde el año 2014.

Indicó que estuvo de turno el 9 de junio de 2014 y le correspondió atender a una menor de 10 años de edad procedente de Chachagüí, de nombre D.K.I.N., quien fue llevada de urgencia a las 17:50, porque presentaba mareos y vómito desde seis horas atrás.

Aseguró que los exámenes físico y neurológico arrojaron resultados normales y que la menor no presentó alteraciones al momento de la valoración. Indicó que por los síntomas descritos se sospechó intoxicación, sin embargo, los resultados de los exámenes paraclínicos se verificaron normales.

El psicólogo forense Víctor Oswaldo Peña Ordóñez, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, practicó entrevista a la menor D.K.I.N., el 31 de enero de 2017, fecha para la cual, la ofendida descontaba 14 años de edad.

En primer lugar, el especialista se refirió a lo que la menor le comunicó respecto de lo sucedido, en términos similares, destaca la Corte, a como lo reveló en el juicio.

Sobre lo que percibió en curso de la entrevista, el testigo destacó que encontró a la menor en condiciones mentales normales, sin alucinaciones, triste y avergonzada al narrar los hechos, dado que lo hizo en un tono de voz bajo, pero con memoria conservada. En ese sentido, agregó, el relato de la menor fue coherente y congruente, efectuado en un lenguaje semántico, prosódico y vivencial, es decir, no maquinado.

Finalmente, indicó que los eventos de abuso sexual suelen generar, como consecuencia, el bajo rendimiento académico, la introversión y escasa sociabilidad, tal como fue manifestado por la menor.

Destacados los medios suasorios que soportan la pretensión de la Fiscalía, es necesario significar, tal como lo concluyeron las instancias, que lo narrado no corresponde, ni siquiera con la más laxa de las interpretaciones, al delito de actos sexuales abusivos por el cual fue llamado a juicio el acusado, acorde con el estándar exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Conforme a la descripción del artículo 209 del Código Penal, modificado por el 5 de la Ley 1236 de 2008: *«El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años».*

La jurisprudencia tiene decantado que el comportamiento allí delimitado opera alternativo, de manera que, comete el delito quien: (i) realiza a un menor de 14 años actos sexuales diversos del acceso carnal, (ii) ejecuta esos actos en su presencia, o (iii) lo induce a prácticas sexuales.

En relación con la primera de esas hipótesis, que es la que interesa para el *sub examine*, la Corte ha sostenido que tiene lugar cuando el sujeto activo despliega sobre el menor acciones encaminadas a satisfacer sus deseos sexuales, tales como tocamientos en las partes íntimas, besos o fricciones en alguna parte de su cuerpo, los que le producen excitación sexual⁴.

Fuera de cualquier duda, se entiende que en esta clase de conductas punibles, la acción –entiéndase que basta con un solo acto vejatorio–, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria del sujeto agente, su apetencia sexual o impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de las cercanías corporales que implican una invasión sensible o una aproximación indebida a las partes íntimas del sujeto pasivo.

Sobre el tema, la Sala, en la providencia CSJ SP. 16 may. 2012, rad. 34661, señaló:

“(...) en estos casos no se trata de hacer una diferencia en relación con la singularidad de la conducta y por el contrario una

⁴ CSJ SP564-2022, rad. 56994

cualquiera de aquellas de contenido sexual diversas del acceso carnal estructuran los respectivos comportamientos delictivos. De la misma forma que cuando el precepto 209 señala “actos” no exige una pluralidad de conductas de contenido sexual como supuesto para su adecuación típica.

(...)

cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos. No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario, luego en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores, y considerada además la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, deben ser objeto de una especial protección (...).

El impugnante cuestiona el fallo de segundo grado porque, en su criterio, la versión ofrecida por la niña no es digna de credibilidad.

Ello, por cuanto, por un lado, la hipótesis de que fue drogada por el procesado, cuando le pasó el billete por el rostro, fue desvirtuada científicamente; y, por el otro, en atención a que su primo, quien estaba presente en ese momento, aseguró que no ocurrió nada anormal entre JIMMY OSWALDO GUERRA -su padrastro-, y su prima D.K.I.N.

No son tales argumentos los que conducen a la Sala a concluir que subsisten dudas sobre la tipicidad de la

conducta de actos sexuales, en tanto, lo narrado por la menor efectivamente puede corresponder a lo que sucedió y las posteriores conclusiones que sacó de ello, las cuales, sin embargo, no se avienen estrictamente con ninguna conducta digna de reproche penal.

A este efecto, para la Corte es claro que los hechos objetivos narrados por la afectada no representan por sí mismos una actividad que indirectamente conduzca a determinar materializado un delito.

Y, si se quiere entregar este efecto a lo desarrollado por el acusado, dado su carácter neutro o ajeno al derecho penal, era necesario que la Fiscalía contextualizara un acto y un efecto que permitan ir más allá de lo descriptivo que contiene la narración de la niña, pues, sus afirmaciones referidas a que el procesado intentó “violarla” o buscaba satisfacer algún apetito libidinoso, no se corresponden estrictamente con lo narrado, ni se deriva natural de lo que ella pudo haber asumido.

Entiende la Sala que, en efecto, el acto del acusado, negándose a permitir que la menor abriese la puerta, pasándole un billete por su cara y rozándole el pecho en este momento, puede estimarse equívoco o, cuando menos, generar algún tipo de fastidio en la afectada.

Sin embargo, de ello no puede extractarse, por fuera de cualquier duda y sin ningún elemento que apunte tal hipótesis, que el procesado buscaba satisfacer su libido o que de verdad ejecutase un acto en sí mismo representativo de vejamen sexual.

En este sentido, la Corte destaca cómo, la menor compareció a juicio y, en el desarrollo del interrogatorio cruzado, se mostró letárgica en su narración de lo sucedido, al punto que respondió con monosílabos a la mayoría de preguntas cerradas elaboradas por el fiscal, comunicadas a través del defensor de familia, en voz tan baja y alejada del micrófono, lo que por momentos dificulta escuchar lo que relata.

Pese a ello, su declaración guarda coherencia con un evento que le causó temor, precisamente, por la extraña y sorpresiva actitud de JIMMY GUERRA, quien le impidió abrir la puerta de la vivienda; más aún, cuando ella se movió hacia otro lugar de salida, pero tampoco pudo abrir, porque el procesado se lo impidió, sin musitar palabra, pero llamando su atención, para lo cual le exhibió de cerca, casi que tocándole la mejilla, un billete de dos mil pesos, entendería la Sala, con el fin de persuadirla para que no franqueara la entrada a quien tocaba.

Así las cosas, la Sala no advierte motivo alguno que le reste poder de convicción al evento narrado. Ninguna razón

se mencionó para considerar siquiera probable que la menor hubiese querido faltar a la verdad, con algún propósito, en perjuicio del procesado.

Sin embargo, la manera como la víctima narró el suceso específico del roce del seno, esto es, apenas por el lado cercano al brazo izquierdo e incluso con la demostración mediante su mano en puño cerrado, parece más adecuarse a un rozamiento circunstancial, accidental o fortuito, causado por la exhibición del billete frente a su rostro, si se tiene en cuenta que la niña continuaba con su intento de esquivar al procesado para poder abrir la puerta de salida, mientras este movía con su mano el billete, en frente de ella.

En la situación se encontraría más razonable, desde una perspectiva libidinosa, que el procesado hubiese palpado el seno, acariciado o tocado con toda la mano, y no solamente por un lado y con el puño cerrado, apenas en un movimiento del todo fugaz, de acuerdo a la demostración de D.K.I.N., realizada en audiencia de juicio oral.

Tampoco se entiende que el momento en cita fuese el más adecuado para que el procesado buscase satisfacer inconfesables apetitos libidinosos, en tanto, cabe destacar, allí se encontraba, observando toda la escena, el primo de la menor.

Cabe destacar, aquí, que las manifestaciones primigenias de D.K.I.N., efectuadas ante el psicólogo forense Víctor Oswaldo Peña Ordóñez, obran como prueba de referencia admisible.

En concreto, la Corte verifica que en curso de la audiencia preparatoria la Fiscalía descubrió, enunció y solicitó como prueba la incorporación de la entrevista forense, por intermedio de quien la realizó, el psicólogo Víctor Oswaldo Peña Ordóñez.

La defensa no se opuso a dicha solicitud probatoria y el juez la decretó en los términos en que fue solicitada por el órgano de persecución penal.

Así las cosas, en consonancia con la actual postura jurisprudencial, condensada de manera principal en SP337-2023, rad. 56902, el trámite cumplido en relación con el debido proceso probatorio, tratándose únicamente de la declaración anterior de D.K.I.N., rendida ante el psicólogo forense Víctor Oswaldo Peña Ordóñez, fue acertado.

En esa versión, ofrecida por la niña en el mes de enero del año 2017, cuando descontaba 14 años, relató la situación en términos que guardan total identidad con lo narrado en sede del juicio oral. El único dato adicional lo constituye la mención de que el billete tenía un olor raro y feo, percibido cuando el procesado se lo pasó por el rostro.

De ahí que se sospechara de una intoxicación, pues, cuando la familia de la menor retornó al hogar y conoció lo sucedido, la observaron enferma, mareada y con vómito, al punto que fue llevada de inmediato al servicio médico.

En ese sentido, importa clarificar que los resultados de los análisis realizados en urgencias, dentro de los parámetros normales, no sugieren mendacidad en el dicho de D.K.I.N. Primero, porque no mencionó en ninguna de sus versiones susceptibles de valoración, que hubiese sido drogada por JIMMY OSWALDO GUERRA; y, segundo, por cuanto, se asume como un hecho cierto que se hallaba indispueta.

Desde luego, lo que no es factible afirmar, es que la menor fue drogada por el acusado o que ello derivó de algún tipo de sustancia que desprendiera el billete, en tanto, se reitera, además de que nada demuestra el hecho, se cuenta con un informe toxicológico que lo descarta.

La salvedad se efectúa para insistir en que la duda sobre el carácter impúdico del tocamiento, no estriba en restarle poder suasorio al dicho de la menor, sino en la imposibilidad de colegir que a través del mismo JIMMY OSWALDO GUERRA quiso satisfacer sus apetencias sexuales, entre otras razones, porque el tocamiento fugaz se observa accidental.

El restante episodio, relativo a tocar la pierna de la niña cuando se disponía a ayudarle con un juego en el computador, tampoco alcanza a evidenciar la lascivia del procesado; menos aún la sola mención, sin contexto alguno, de que el procesado le ha dado plata.

En efecto, la escasa información que en el juicio entregó la afectada, en tanto, solo mencionó que en esa otra ocasión el procesado le “*empezó como a tocar la pierna*” -que, debe resaltarse, difiere de lo que narró en la entrevista forense, dado que el psicólogo mencionó que en esa oportunidad ella dijo que “*intentó tocarle la pierna*”, sin lograrlo- enseña un escenario bastante precario e insuficiente para sostener la condena.

La discrepancia reseñada en las dos versiones no es insustancial y pudo ser aclarada o complementada si el contenido de la entrevista hubiese sido confrontado con la declaración en juicio de la menor. No obstante, como se adujo líneas arriba, el Fiscal pareció dejar a su suerte las resultas del caso y omitió realizar un debido interrogatorio, con el cual despejar las dudas que ahora impiden confirmar la condena.

Por lo demás, aun si se dijera que, en efecto, el acusado alcanzó a tocar la pierna de la menor, ello por sí sólo no permite advertir, ante la absoluta inexistencia de contexto o antecedentes sustanciales, alguna maniobra que de forma objetiva pueda entenderse por sí misma lasciva o dirigida a satisfacer apetencias sexuales.

En los casos en los que los tocamientos se ofrecen evidentes y suficientes respecto de las zonas que por antonomasia se estiman erógenas o íntimas de la mujer, para el caso, es claro que el hecho objetivo, por sí mismo, informa de un posible acto sexual y puede dar lugar a la determinación de que el tipo penal fue materializado.

Pero, si sucede que no fueron esas zonas las afectadas y, además, no existe ningún tipo de manifestación de parte de quien ejecuta la conducta, de la cual extractar que, en efecto, su intención es saciar esas apetencias sexuales, resulta imposible, por razones elementales, deducir que el simple tocamiento en una pierna -que, por lo demás, como sucede en el primer episodio, pudo deberse a la maniobra requerida para tomar puesto y proceder a conectar el juego de computador, o incluso como un acto dirigido a apartar a la menor de ese sitio- delimita el delito de actos sexuales abusivos.

Lo anterior, porque dentro del ámbito de protección de los delitos sexuales, la Sala ha señalado presupuestos claros que el legislador pretendió proteger: *“(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) el derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, pudiera contar con su aquiescencia”*⁵.

Tal entendimiento, permite resaltar que, la esencia del injusto, radica basilarmente en disponer la aplicación de una

⁵ CSJ SP 24 feb. 2010. Rad. 32872.

pena a quien lesione o ponga real y efectivamente en peligro el bien jurídico, es este caso, de la libertad, integridad y formación sexual, erigiéndose éste como el límite fundamental que soporta el principio de necesidad, en el entendido de que la reacción penal surge sólo respecto de los comportamientos más graves y no respecto de aquéllos que revisten escasa entidad.

En otros términos, el bien jurídico se erige como fundamento y como límite del derecho punitivo del Estado. Lo primero, por cuanto se dirige a proteger los derechos individuales y colectivos requeridos para una convivencia pacífica, próspera y participativa, en procura de que sus miembros obtengan el cabal desarrollo de los derechos y libertades reconocidos por la Carta Política y, como límite, en cuanto restringe al legislador a seleccionar sólo los comportamientos que verdaderamente ostenten la potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma y al juez, en cada caso, a verificar si la conducta efectivamente lesionó o colocó en riesgo el mismo bien jurídico.

Se infiere de lo anterior que, como la ejecución de un delito soslaya uno o varios bienes jurídicos protegidos por la ley, entendido éste como bien jurídico que normativamente ha sido tipificado para ser protegido por el Estado, necesariamente debe existir una lesión, daño o puesta en peligro de dicho bien, para entender superado el peldaño de

la antijuridicidad y continuar el avance hacia los elementos restantes del análisis dogmático del delito, que fue, precisamente, lo que no resultó posible verificar en el presente asunto.

Desde luego, en esta línea de pensamiento, como el bien jurídico no puede ser utilizado como un concepto carente de contenido, cuya simple enunciación justifica la criminalización de determinadas conductas, resulta menester afianzar la premisa de que lo que fue mencionado en este caso como hechos jurídicamente relevantes, fue inocuo para afectar el bien jurídico protegido en el artículo 209 del Código Penal.

Es por ello que se observa adecuada e incontrovertible la manifestación de ambas instancias ordinarias, que descarta la posibilidad de verificar ejecutado, sin duda, el delito objeto de acusación.

Despejado el punto, para la Corte se observa elemental la definición del segundo tópico que atiende a la definición típica de lo ejecutado, pues, la orfandad probatoria antes descrita, que impide otorgar a unos actos objetivos algún contenido delictivo, en indefinición que se extiende al fin o querer del acusado, obliga concluir que el tipo penal de acoso sexual carece de soporte fáctico.

Al efecto, se destaca que el artículo 210A del Código Penal, adicionado a través de la Ley 1257 de 2008, reseña:

El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

En el proceso de tipificación de los hechos concretos es necesario dilucidar dos conceptos fundamentales en la estructura del delito de *acoso sexual*: de una parte, el concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima; y, de otro, el relativo a los verbos rectores sobre los cuales se manifiesta la conducta típica.

Sobre el primero de tales aspectos, es preciso acotar que el *acoso sexual* es un delito especial propio, en tanto, sólo podrá ser autor quien ostente determinada calificación de «*superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica*», con idoneidad suficiente de influir en la formación de la voluntad y libertad sexuales de la víctima⁶.

Sobre dicho tópico se presentan amplios apartados de concreción de la tipicidad, en tanto, la norma de prohibición revela un margen plural dentro del cual se puede cometer el

⁶ Cfr. CSJ SP834 de 2019. Rad. 50967

delito, en función de las relaciones de todo orden establecidas entre el acosador y su víctima.

La Corte ya ha percibido esta dificultad en la determinación del tipo penal, advirtiéndolo que, dada su textura abierta, el legislador buscó superar las relaciones convencionales de jerarquía surgidas en los ámbitos laborales, educativos o de salud, y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, para contemplar cualquier condición de superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, lo que se desprende de circunstancias de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica.

Ese ámbito de protección penal en función de las relaciones de subordinación, como forma de sometimiento, a las que se puede ver abocada la mujer (o persona de otro género o identidad sexual), es lo que, en últimas, justificó la inclusión en el Código Penal de una norma de prohibición construida en términos tan amplios.

Ahora bien, con ello resulta evidenciado que el acoso sexual es manifestación de un abuso de poder, sustentado en la asimetría de la subordinación como determinante en la aquiescencia del trato sexual, sin importar el escenario en el que la relación se desarrolle. Por ello, la Sala ha precisado que las circunstancias concretas en que se desenvuelva el

acoso determinarán la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad:

Tan variado catálogo imposibilita que pueda aventurarse un listado de hechos que, aunque fuese a título ejemplificativo, delimiten en cuáles circunstancias es factible ejecutar el delito, sin que ello impida, desde luego, sostener que no existe discusión acerca de la materialidad del punible en escenarios de trabajo y que la esencia de la conducta radica en las posibilidades que surgen de la asimetría entre la víctima y el agresor, en cuanto permite a este último subyugar, atemorizar, subordinar, amedrentar, coaccionar o intimidar a la primera, permitiéndole agraviarla, humillarla o mortificarla.⁷

De acuerdo con lo expuesto, debe así aceptarse que ese primer elemento del delito, alusivo a la situación de asimetría entre acusado y víctima, se verifica en el presente asunto, dada la edad de la afectada y la condición del agresor, quien convive con la tía de ésta. No obstante, a tal conclusión no es posible arribar, en relación con los demás componentes del punible, como pasa a considerarse.

En efecto, los insumos con que cuenta el proceso, no acreditan, en manera alguna, la existencia de una acción que se adecúe a cualquiera de los verbos rectores alternativos que consagra el artículo 210A del Código Penal, en el que se describe la tipicidad de conductas alusivas a la solicitud o exigencia de comportamientos de tipo sexual, como se ha mencionado, en un preciso marco de relaciones de subordinación y/o poder entre víctima y victimario.

⁷ CSJ SP-107-2018, 7 feb. 2018, rad. 49.799.

Dos son las razones que se esgrimen en desarrollo de dicha conclusión:

La primera, alusiva a que los actos ejecutados por el procesado no se entienden dirigidos a ese fin, dado que no hay prueba de que insinuara, solicitara, exigiera o demandara de la niña, que debía tener algún tipo de contacto sexual con él. En este sentido, lo ejecutado, a lo cual se remiten los hechos jurídicamente relevantes, como se dijo sobre el delito de actos sexuales, es equívoco en sí mismo y puede asumirse accidental, sin que contenga ninguna manifestación encaminada a doblegar a la voluntad de la menor, por vía de autoridad, para que acepte contactos sexuales futuros.

La segunda, porque lo ejecutado por JIMMY OSWALDO GUERRA, no se acompasa con el significado que trae cada uno de los verbos rectores del tipo penal, esto es, acose, persiga, hostigue o asedie.

Dicho en otros términos, acorde con los hechos resumidos por el ente acusador, el comportamiento desplegado por JIMMY OSWALDO GUERRA no se adecúa típicamente al delito de *acoso sexual*, por el cual fue finalmente condenado, dado que no se observa desplegado por el procesado algún tipo de comportamiento que se compagine con los verbos rectores exigidos en la norma

-“acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente”-, ni con la habitualidad o permanencia que definen el delito.

De manera que, su caracterización se encuentra limitada por la presencia de unas situaciones típicas que, en modo alguno, pueden responder a una conducta aislada, en tanto, reclaman de una actividad persistente, incesante y continua, tendiente a doblegar la voluntad de la víctima. Sin que en ese propósito, importa resaltarlo, sea relevante que se logre o no la finalidad perseguida, puesto que se trata de un delito de mera actividad que no requiere para su consumación del resultado, en lo que al cometido sexual respecta.

Es, precisamente, el rasgo principal del acoso sexual, esto es, su carácter continuo o reiterado, entendido no en términos de días o meses, sino de la persistencia exteriorizada por el acosador -que puede corresponder a un solo escenario espacio-temporal, importa destacar-, lo que la Sala echa de menos en lo demostrado dentro del presente asunto.

En efecto, los hechos jurídicamente relevantes dan cuenta de dos momentos claramente diferenciables en el tiempo, sin que se sepa si sucedieron en la misma época o en momentos lejanos, ni pueda encontrarse algún nexo espacio temporal o modal que los confunda o vincule teleológicamente.

Adicionalmente, en ninguna de esas dos oportunidades, el procesado emitió palabra alguna. Según la menor, los hechos ocurrieron sin que JIMMY GUERRA le hablara.

Por ello, lo verificable, conforme a lo ya analizado, es todo lo contrario a lo concluido por el Tribunal, esto es, el carácter aislado de esas dos situaciones, en las cuales no se encuentra alguna mención expresa o tácita por parte del procesado, que reflejara cualquier acto de acoso, persecución, hostigamiento o asedio, ni mucho menos, permita despejar, acorde con el delito de acoso sexual, que buscaba imponer cierto tipo de superioridad para que la niña accediese a determinada solicitud -por completo desconocida-, de contenido libidinoso.

Es claro, además, que la niña no advirtió -porque no sucedió nada que condujera a ello- que el procesado buscara de alguna forma constreñirla o dirigirla para que aceptara una por lo demás abstracta y futura relación sexual; ni tampoco entendió que fue en su condición de adulto o esposo de su tía, que al parecer rozó su seno y después, en otra fecha, dentro de circunstancias completamente diferentes, tocó o intentó tocar su pierna.

Tampoco podría sostenerse que, de manera implícita, su conducta daba a entender alguna insinuación de índole sexual, pues, aunque la entrega de dinero puede ser sugestiva de esa intención, ello dependerá del contexto en el

que se efectúe tal acción y de las particularidades que rodeen lo adelantado por el acusado, que debe emerger persistente y dirigido a un fin concreto; nada de lo cual se conoce en este asunto.

Y si bien, ante el sicólogo la menor dio muestras de hallarse afectada por los hechos denunciados, ello no significa que los mismos tengan connotación penal, ni tampoco, que el procesado los ejecutara con algún tipo de fin libidinoso.

En concreto, destaca la Sala, es claro que la niña se sintió afectada porque lo ocurrido le generó temor o la mortificó, lo cual se concatenó con problemas médicos que de ninguna manera se pueden atribuir al acusado o a sus actos -al parecer una intoxicación alimenticia-.

Pero, su percepción de lo ocurrido, cuando no se discute la objetividad de los hechos, no es suficiente para enmarcar tales actos en una conducta penal específica, ni mucho menos, en el cometido de encontrar fines libidinosos en un comportamiento que por sí mismo se observa neutro, accidental o dirigido a cumplir propósitos diferentes.

Así las cosas, las deducciones elevadas por el Tribunal sobre el acoso sexual soslayan el postulado de estricta tipicidad, como manifestación del núcleo esencial del principio de legalidad.

Valga decir, la ausencia de tipicidad de la conducta en relación con el delito que fue objeto de la acusación, no puede reemplazarse a cualquier precio, ni obliga de la fiscalía o de los juzgadores acudir a argumentaciones sofisticadas, de verdadera alquimia dogmática, dirigidas a encontrar, con propósitos justicieros, alguna razón para “castigar” al acusado.

Aquí, la Corte llama la atención de la Fiscalía y de los jueces, pues, aunque es claro que se debe atender en toda su dimensión a lo que los menores denuncian en términos de vejámenes sexuales, ello no significa pasar por alto el mínimo de *sindéresis* que lo referido por ellos reclama, a efectos de decantar con suficiente objetividad, no sólo la credibilidad intrínseca de lo referido, sino su verdadero efecto penal.

En esas condiciones, se **revocará** el fallo y se reestablecerá la **absolución** dispuesta en la primera instancia a favor de JIMMY OSWALDO GUERRA, respecto del cargo por el cual se le acusó.

De otra parte, se oficiará al Juez de Conocimiento para que cancele todo requerimiento, orden de captura y pendientes contra el implicado, exclusivamente, en razón de la presente actuación.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: **REVOCAR** la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, en garantía de doble conformidad, **CONFIRMAR** el fallo de primer grado dictado en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, el 28 de febrero de 2021, que **ABSOLVIÓ** a JIMMY OSWALDO GUERRA, de los cargos formulados como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Tercero: Ordenar al Juez de primera instancia la cancelación de los registros, orden de captura y anotaciones que existan a nombre de JIMMY OSWALDO GUERRA, por razón exclusiva de este diligenciamiento.

Cuarto: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.