

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

SP834-2019
Radicación n° 50967
(Aprobado Acta No. 65)

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el representante de la víctima, contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2017 por la Sala de Conjuces de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Armenia, mediante la cual absolvió al acusado DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES, por el delito de *Acoso sexual*.

HECHOS

De acuerdo con los términos de la acusación, el día 17 junio de 2010 Zuley Andrea Patiño López se presentó al despacho de la Fiscalía Novena Local de Armenia, con el fin de indagar sobre el estado de la investigación por el delito de *Inasistencia Alimentaria*, radicado con el número 630016000034200800909, en donde ella había sido la denunciante en contra de su excompañero sentimental Diego Fernando Becerra.

El encargado de ese despacho era para entonces DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES, quien ocupándose de atender a la usuaria le manifestó que era necesario surtir la audiencia de conciliación, para lo cual debía citar al imputado, por lo que para ese efecto se comunicaría con ella telefónicamente para entregarle la citación dirigida al padre de su hijo.

Minutos después de abandonar la oficina de la Fiscalía, Zuley Andrea Patiño López recibió una llamada telefónica de parte del funcionario, quien le indicó que se vieran en el Parque Cafetero de esa ciudad con el fin de entregarle la aludida citación.

En ese lugar, el servidor público procedió a hacerle propuestas para que sostuvieran relaciones sexuales, lo que ella rechazó en el acto, optando por formular la denuncia penal en su contra.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 10 de febrero de 2015, el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal Superior de Armenia presentó el escrito de acusación.

Mediante auto del 16 de febrero de 2015, los magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Armenia, de manera conjunta, se declararon impedidos para conocer de la actuación, por hallarse incurso en la causal prevista en el artículo 335 de la Ley 906 de 2004.

Conformada la Sala de Conjuces, en sesiones de los días 7 y 16 de julio y 24 de noviembre de 2015 y 29 de enero de 2016, se celebró la audiencia de acusación.

En sesiones de los días 8 de julio, 24 de agosto y 29 de noviembre de 2016 y 24 de abril de 2017, se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

La audiencia de juicio oral y público se celebró los días 12, 13 y 14 de junio de 2017. En esta última fecha se anunció sentido del fallo, mediante el cual se declaró que el procesado no era responsable del delito objeto de la acusación.

Consecuente con lo anterior, el 14 de julio de 2017, la Sala de Conjuces del Tribunal Superior de Armenia emitió sentencia absolutoria en favor de DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES.

La mencionada providencia fue apelada por los representantes de la Fiscalía y de la víctima.

LA DECISIÓN IMPUGNADA Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS

1. La decisión recurrida:

Tras rememorar los hechos precedentes, relacionar los medios de conocimiento aducidos al proceso y destacar lo argumentado por las partes en los alegatos de conclusión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia abordó el estudio del delito objeto de la acusación y de las pruebas allegadas durante el debate oral, encontrando que es atípica la conducta que fue endilgada al acusado DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES.

Se sustenta en dicha decisión que la conducta descrita en el artículo 210A del Código Penal se configura a partir de un sujeto activo indeterminado que debe ostentar un poder de autoridad, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económico, el cual ejerce sobre la víctima, quien se encuentra en condición de desventaja, por lo que se requiere una posición de desigualdad entre ellos, ausente en el presente caso.

Se agregó por el juzgador que el delito de *Acoso sexual* surgió de la necesidad de proteger a los trabajadores en el marco del acoso laboral cuando se atenta contra su libertad sexual, definido en la Ley 1010 de 2006, por lo que, ante la

inexistencia de la relación de subordinación entre victimario y víctima, concluyó que «los hechos que aquí se investigaron llegando a la etapa de juicio se encuadra (sic) en el delito de **CONCUSIÓN** y no del de **ACOSO SEXUAL**».

2. Recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía:

El Delegado de la Fiscalía impugnó el fallo de primer grado para solicitar su revocatoria y, en consecuencia, que se condene a **DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES**.

En la presentación de sus reparos contra la providencia atacada, destaca principalmente que fue desafortunada la decisión del *a quo* al concluir que la conducta atribuida al procesado en realidad encaja en el tipo penal de *Concusión* y no en el de *Acoso sexual*.

Sostiene que el acusado **CASTRO MORALES** no solicitó, demandó o constriñó a Zuley Andrea Patiño López para la prestación de servicios sexuales con la promesa de que sería favorecida con el asunto penal, sometido a su conocimiento como encargado de la fiscalía local en la que se adelantaba la investigación por la denuncia presentada por ella, por lo que debe descartarse la existencia de un delito contra la administración pública.

Considera que, de cara a los hechos que fueron demostrados, contiene mayor riqueza descriptiva el tipo recogido en el artículo 210A del Código Penal, puesto que sin

condicionar de ninguna manera el cumplimiento de alguna prestación en razón de sus funciones, el acusado planteó a la víctima una solicitud de contenido libidinoso, sustentada en una relación de subordinación.

Asevera que no es necesario, para la configuración del delito, que se haya ejecutado de manera reiterada la propuesta de contenido sexual, bastando una sola demanda para comprender afectado el bien jurídico protegido. Por ello, enfatiza, la atipicidad de la conducta deducida por el Tribunal, se edificó sobre un supuesto jurídico errado, consistente en la ausencia de repetición de la conducta por parte del procesado.

Solicita, en consecuencia, la revocatoria de la sentencia. Subsidiariamente, en el caso de que se considere por la Sala que los hechos corresponden a un tipo penal diferente, reclama que se declare la nulidad de lo actuado desde la etapa de imputación, a fin de que la fiscalía tenga la oportunidad de formular nuevos cargos en contra del procesado.

3. Recurso de apelación interpuesto por el representante de la víctima:

Sustenta que la conducta desplegada por el procesado se adecúa al delito de *Acoso sexual*, previsto en el artículo 210A del Código Penal, ya que el tipo penal no exige la existencia de un sujeto activo cualificado, recayendo la acción sobre cualquier persona que tenga una particular

superioridad, autoridad o posición sobre la víctima, como en este caso, que le permita acosarla, perseguirla, hostigarla o asediarla con fines sexuales.

De esa manera, plantea, es clara la autoridad o posición que como funcionario público ostentaba el enjuiciado sobre la usuaria de la administración de justicia, lo que le permitió citarla a un parque para solicitarle favores sexuales como contraprestación al agotamiento de algunos trámites dentro del proceso penal que funcionalmente tenía asignado.

Esa conducta asociada con el específico propósito de satisfacción de los apetitos sexuales, prosigue, no puede confundirse con el contenido típico del delito de *Concusión*, en el que los fines perseguidos por el sujeto activo son genéricos respecto a los servidores públicos involucrados y están determinados por intereses diversos a aquellos de contenido libidinoso.

Agrega que en el Reglamento para prevenir, investigar y sancionar el hostigamiento sexual en el poder judicial, se establece el cometido de *«mantener condiciones que garanticen el respeto entre servidores y servidoras judiciales, de cualesquiera jerarquías, así como en relación con los usuarios y usuarias de la Administración de Justicia»*, lo cual demuestra el interés del legislador por evitar conductas como la que aquí fue objeto de juzgamiento.

Solicita, por lo tanto, revocar el fallo absolutorio y, en su lugar, emitir sentencia de condena en contra del procesado.

4. Consideraciones de la defensa del procesado, en calidad de no recurrente:

Solicita que sea confirmada la decisión recurrida.

Fundamenta que en la ley colombiana, el delito de *Acoso sexual*, además de corresponder a una conducta autónoma, se encuentra ubicado en el capítulo de las violaciones a las libertades sexuales, siendo una manifestación del acoso laboral de carácter indeseada, irrazonable y ofensiva que quebranta la voluntad de la víctima, creándose un entorno intimidante, hostil o humillante, el cual tiene incidencia en el acceso, continuación, formación, salario o ascensos dentro de la actividad profesional.

Por eso, tras citar jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala, además de fragmentos de la exposición de motivos que antecedió a la promulgación de la norma por el Congreso de la República, concluye que en el presente caso no se acreditaron los elementos estructurales del tipo penal, echándose de menos el ingrediente relativo a la permanencia en el actuar y el componente alusivo a la superioridad jerárquica del victimario y la consecuente subordinación de su víctima.

Así mismo, expresa que, de acuerdo a la prueba practicada, no existe evidencia que la actuación del procesado estuviera condicionada a la concesión de algún beneficio dentro del proceso penal que se adelantaba en su despacho. Tampoco, aduce, se afectó el bien jurídico tutelado de la dignidad y libertad sexuales, en tanto no hubo ningún acercamiento corporal por parte del enjuiciado, limitándose a emitir frases sobre la usuaria del servicio judicial.

5. Consideraciones del delegado del Ministerio Público, en calidad de no recurrente:

Reclama la revocatoria del fallo absolutorio.

En su opinión, el *a quo* erró cuando condicionó la conducta descrita en el artículo 210A del Código Penal al plano laboral, pues no es ese un ingrediente propio de la conducta prescrita, en la que tampoco se incorporan elementos normativos excluyentes.

Sostiene, así mismo, que los requerimientos sexuales del funcionario no pueden interpretarse como un simple acto de galantería.

Además, agrega, el Tribunal omitió en su decisión analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal a la luz de las pruebas recibidas en el juicio oral, sustentándose la absolución en un precedente judicial cuyos presupuestos fácticos son diferentes.

Termina acotando que este es un caso de violencia de género, en los que resultaron afectados los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, tratándose de actos merecedores de reproche social y legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para desatar el recurso de apelación, conforme a lo reglado en el artículo 32 de la Ley 906 de 2004, al tratarse de una decisión proferida en primera instancia por un Tribunal de Distrito Judicial dentro de proceso adelantado contra un Fiscal Local, por delito cometido en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 204 del estatuto procesal penal en mención, la labor de la Sala se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, estudio que puede extenderse a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura, según lo autoriza la norma aludida.

Como la discusión se ha venido planteando en el campo de la tipicidad de la conducta atribuida al procesado, es importante traer a colación, en relación con los hechos jurídicamente relevantes que determinaron la acusación en contra de DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES, que durante el juicio oral y público se recibió el testimonio de Zuley Andrea Patiño López, quien declaró que el 17 junio de 2010 se presentó al despacho de la Fiscalía Novena Local de

Armenia, con el fin de indagar sobre el estado de la investigación que se adelantaba por el delito de *Inasistencia Alimentaria*, según la denuncia que ella había presentado en contra del padre de su hija.

Sostuvo que fue atendida por el titular del despacho, CASTRO MORALES, quien le anunció que se necesitaba convocar a una audiencia de conciliación, pero que como no tenía citaciones en esos momentos, la llamaría al teléfono para hacerle entrega del requerimiento destinado a su excompañero.

Fue así como, prosiguió, veinte minutos después recibió la llamada del funcionario, quien le dijo que se encontraran en el Parque Cafetero para entregarle la referida cita. Sobre lo sucedido en ese lugar, la testigo expresó:

Yo llegué y él me dijo que ya sabía qué tenía que hacer, que estaba un poco estresado por la cuestión del trabajo, que yo le había gustado mucho y que él quería hacer el amor conmigo. Yo le dije que me hiciera el favor y que me respetara, que yo no era la clase de mujer que quizá él estaba enseñado a tratar. Me dijo que si me quería ganar una platica para que le comprara cosas a mi hija. Yo le dije que no, que muchísimas gracias. En ese momento me enojé, le dije unas palabras vulgares porque me dio mucho mal genio. Él siguió insistiéndome que para que me ganara una platica, yo le dije que hiciera el favor de respetarme. Yo quise en ese momento irme, él siguió, me siguió, me dijo que lo disculpara en todo caso, y me entregó la citación. (C.D. Juicio oral y público, sesión del 12 de junio de 2017, 52:00 minutos).

De acuerdo con los recurrentes, el comportamiento del procesado encaja dentro de la descripción típica del artículo 210A del Código Penal, toda vez que hizo una solicitud de contenido sexual sobre quien detentaba una condición de subordinación o de autoridad, pues se trataba de una usuaria interesada en el proceso que se encontraba bajo su conocimiento.

Dicho tipo, adicionado al Código Penal a través de la Ley 1257 de 2008, es del siguiente tenor:

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.

Así, en el proceso de tipificación de los concretos hechos 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 que 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*», siendo elemento

esencial del tipo la persecución de fines sexuales no consentidos, con idoneidad de influir en la formación de la voluntad y libertad sexuales de la víctima.

Sobre dicho tópico se presentan especiales dificultades de concreción de la tipicidad, en tanto la norma de prohibición revela un amplísimo margen en el que se puede cometer el 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, advirtiéndose 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 las razones de superioridad manifiesta o en relaciones 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 sexual¹), es lo que en últimas justificó la

¹ Así lo aclaró la Sala: «[s]i bien, el delito en cuestión opera por lo general en contra de la mujer, nada impide que en determinados casos específicos pueda determinarse materializado el mismo respecto de víctimas de otro género o identidad sexual, independientemente de que el agresor lo sea otro hombre o una mujer y siempre y cuando se cubran los presupuestos modales, objetivos y subjetivos, que diseñan el tipo penal en examen» (CSJ SP-107-2018, 7 feb. 2018, rad. 49.799).

inclusión en el Código Penal de una norma de prohibición construida en términos tan amplios.

Así, en la exposición de motivos del proyecto de la Ley 1257 de 2008 *«Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones»*, se fundamentó que:

El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la sociedad.

La violencia basada en las relaciones de subordinación que viven las mujeres ocurre tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares.

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, determinará la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad determinantes en el trato violento, aflictivo de la libertad sexual:

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.²

En virtud de la amplitud de los escenarios en los que se podría manifestar aquella relación de subordinación, desigualdad o predominio, es posible concebir la hipótesis de que entre un funcionario público y un usuario del servicio al que aquel se encuentra vinculado, pueda presentarse una relación de sometimiento sustentada en la autoridad o el poder que conduzca a un abuso materializado en un acoso sexual.

Sin embargo, este no es el caso, al menos en relación con la descripción contenida en el tipo del artículo 210A del Código Penal, pues en realidad no existió en el acto atribuido al acusado una relación de sometimiento con la usuaria del

² CSJ SP-107-2018, 7 feb. 2018, rad. 49.799.

servicio judicial sino un indebido aprovechamiento de su cargo para hacer pedimentos de orden sexual, lo que en últimas resultó decantando por el ofrecimiento de dinero para alcanzar ese cometido.

Con ello, no se descarta que, en principio, el procesado se haya prevalido de la función pública que desarrollaba para exhibir su comportamiento lascivo con el revelador propósito de obtener un beneficio indebido y, así, pretender cautivar a la reclamante de la prestación oficial para que le prodigara sus favores sexuales, no obstante que, vista la reacción de la víctima, haya mutado su estrategia de seducción para ofrecerle prebendas económicas a fin que accediera a sus reveladas intenciones.

Bajo ese presupuesto, el Tribunal adujo, en su juicio de tipicidad de la conducta, que la misma correspondía no al delito de *Acoso sexual*, por el que se acusó al procesado, sino al de *Concusión*, lesivo del bien jurídico de la Administración Pública.

Al respecto, debe decirse que, sin duda, el acusado CASTRO MORALES hizo sobresalir la calidad pública de que estaba investido, sacando ventaja, indebidamente, de su vinculación legal con la administración pública, para de esa manera contactar a la ciudadana, a fin de obtener de ella una prebenda que obviamente no era apropiada en esas condiciones, remarcando el hecho de que a su cargo tenía la investigación relativa a la denuncia que por el delito de

Inasistencia alimentaria había formulado en contra de quien fue su compañero sentimental.

Lo anterior se reafirma en la circunstancia de que el funcionario haya citado a la denunciante a un parque de la ciudad, lejos del escenario natural donde se ejerce la actividad judicial, para entregarle una citación, lo que de ordinario se lleva a cabo en el despacho de la entidad oficial. Estando allí, antes de hacerle entrega de la citación que supuestamente había motivado ese encuentro, le advirtió que ella «ya sabía lo que tenía que hacer».

Sin embargo, tales circunstancias no pueden interpretarse, indefectiblemente, como una acción constrictiva, sustentada en la posibilidad de que su demanda sexual pudiera incidir en las results del proceso bajo su competencia y en el cual tenía interés la usuaria del servicio público y, con ello, que se realizara en su tipicidad un delito de *Concusión*, pues tampoco se acreditó que el funcionario hiciera depender las results del proceso a su cargo del cumplimiento de los requerimientos sexuales que solicitó, al punto que terminó ofreciendo dinero a cambio de esos favores.

Lo que se hace notorio en este caso, es que en la delimitación de las hipótesis fácticas incluidas en la imputación y la acusación, el delegado de la Fiscalía no consideró la posibilidad de estructuración del delito contra la Administración Pública, lo cual ocurrió por falta de previsión de su parte o porque sencillamente no estimó que se haya

cumplido el supuesto de hecho que pudiera subsumirse en la norma penal del delito de *Concusión*³.

Ello explica el por qué en el diseño del programa metodológico -en el que se deben determinar los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva-, en la acusación, en la audiencia preparatoria y en el curso del juicio oral y público, sólo se desarrolló la hipótesis concerniente al *Acoso sexual*, con lo que quedó desprovisto de cualquier soporte probatorio la demostración de los elementos estructurales de la conducta relativa a la afectación del bien jurídico de la Administración Pública.

Lo anterior para significar que el juzgador no cuenta con los elementos de prueba que puedan acreditar la existencia de una tipicidad objetiva en relación con la conducta prevista en el artículo 404 del Código Penal, debiéndose en todo caso señalar que, según lo tiene dicho la Corte, ese delito no fue sustituido o modificado por el artículo 210A ibídem, en el que se consagra la tipicidad de acciones de contenido sexual ejecutadas, como se ha acotado, en un preciso marco de relaciones de subordinación y/o poder entre víctima y victimario.

Al respecto, la Corte acotó:

³ Sobre las obligaciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación frente a la generación y verificación de hipótesis factuales en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, cfr. CSJ SP-19617-2017, 23 nov. 2017, rad. 45899.

Precisamente por esa adscripción inescapable al abuso de la función pública como medio para obtener la indebida utilidad, o mejor, el favor sexual de otra manera inalcanzable, es que el delito se encuadra dentro del atentado contra la administración pública y no en las fronteras del acoso sexual que postula el defensor, pues, en la novísima conducta introducida por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008, que agrega el artículo 210 A al Código Penal, no se delimita de sujeto activo calificado el hecho, ni se supedita el mismo al abuso del cargo o de la función, notas características que, en razón del principio de especialidad, obligan acudir al artículo 404 ibídem, marco típico que de forma integral, con el nomen iuris de concusión, recoge el comportamiento contrario a derecho del acusado.

Para la Corte está claro que el artículo 210 A, recientemente introducido al Código Penal, no pretende sustituir ni mucho menos modificar el artículo 404 de esa misma normatividad, sino consagrar como delito una conducta hasta el momento atípica, el comúnmente denominado acoso sexual, por lo general remitido a las relaciones de dependencia o subordinación en el campo laboral, público o privado.⁴

Con lo anterior, entiende la Sala, en función de la única hipótesis fáctica considerada por el acusador, que el comportamiento desplegado por el servidor judicial no se adecuaba típicamente al delito de *Acoso sexual*, por el cual fue acusado, lo cual se revela con mayor claridad frente a la otra característica del tipo penal del artículo 210A del Código Penal, relativa a los verbos rectores sobre los cuales se puede manifestar la conducta típica lesiva del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales.

⁴ CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 36.570.

Al respecto, es preciso acotar que para la estructuración del tipo penal en cuestión se requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, lo que se desprende de los verbos alternativos previstos para su realización: *«acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente»*.

De manera que su caracterización se encuentra definida por la presencia de unas situaciones típicas que, en modo alguno, pueden responder a una conducta aislada sino a 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.

En ese sentido, la Sala ha tenido oportunidad de precisar lo siguiente:

Ahora bien, de similar forma a los aspectos descriptivos y normativos, el tipo penal propone una enumeración exhaustiva de los verbos rectores que conforman la conducta, significando que ella se materializa en los casos en que el sujeto activo “acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente”.

De dichos verbos rectores cabe anotar que todos indican, en principio, una idea de actos persistentes o reiterativos en el tiempo, pues, basta verificar las acepciones consagradas en el diccionario, para asumir dinámico y no estático el comportamiento.

...

Se ratifica, con lo transcrito, que el acoso sexual, en sus varios verbos rectores, dice relación con una suerte de continuidad o reiteración, que no necesariamente, aclara la Corte, demanda de días o de un lapso prolongado de tiempo, pero sí de persistencia por parte del acosador.

Ello, estima la Sala, para evitar que por sí misma una manifestación o acto aislado puedan entenderse suficientes para elevar la conducta a delito, independientemente de su connotación o efecto particular, en el entendido que la afectación proviene de la mortificación que los agravios causan a la persona.⁵

Lo anterior no impide, según también se aclaró por la Corte, que actuaciones materializadas en un solo acto puedan afectar, de distinta manera, el bien jurídico tutelado de la *Libertad, integridad y formación sexuales* a través de otra norma de prohibición, resaltándose, eso sí, en lo que atañe a la conducta de *Acoso sexual*, que no se precisa de la prolongación en el tiempo sino de la persistencia en los actos de acoso, persecución, hostigamiento o asedio.

Así se dijo que:

Desde luego, es posible advertir que el bien jurídico tutelado – libertad, integridad y formación sexuales–, puede verse afectado con un solo acto, manifestación o roce físico, pero se entiende que para evitar equívocos el legislador, dado que aplicó un criterio bastante expansivo de la conducta, estimó prudente consagrar punibles solo los actos reiterados, persistentes o significativos en el tiempo, y así lo plasmó en la norma con la delimitación de dichos verbos rectores, compatibles con la noción de acoso.

⁵ CSJ SP-107-2018, 7 feb. 2018, rad. 49.799.

De haberse pretendido sancionar penalmente hechos aislados o individuales, bastaba con así referenciarlo a través de verbos como “insinuar”, “manifestar”, “solicitar” o “realizar”, como así sucede en la ley penal española, donde a más de circunscribirse el delito a ámbitos laboral, docente o de prestación de servicios, directamente se sanciona a quien “solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero”⁶.

Se resalta, eso sí, que el asedio, entre otros verbos contemplados en la norma examinada, no reclama de prolongación en el tiempo, sino de insistencia en el actuar, que se traduce en la inequívoca pretensión de obtener el favor sexual a pesar de la negativa reiterada de la víctima.⁷

En el presente caso, está demostrado que el comportamiento desplegado por el acusado CASTRO MORALES fue un acto aislado, sin la continuidad o persistencia en el actuar reclamada por la descripción típica en relación con las conductas alternativas que podrían configurar la existencia de un acoso sexual que afrentara, de esa manera, la dignidad y la libertad de autodeterminación de la persona ofendida.

Dicho aspecto en particular fue clarificado por la propia denunciante, quien declaró que aquel día de los hechos fue la primera vez que vio al acusado, que nunca había tenido contacto con él y que, además, después de lo sucedido en esa oportunidad, no volvió a comunicarse con ella. Así mismo, la deponente expresó que el acusado cesó en su empeño una vez ella respondió con insultos a su propuesta, procediendo

⁶ Artículo 184 de la Ley Orgánica 10 de 1995.
⁷ Ibídem.

en el mismo acto a disculparse por su atrevimiento (Cfr. C.D. Juicio oral y público, sesión del 12 de junio de 2017, 56:54 minutos).

En suma, se tiene que, en relación con la tipicidad del comportamiento realizado por el acusado DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES, no existe evidencia suficiente para concluir que ejecutó el tipo penal de *Acoso sexual*.

Ahora, en vista de la acotación del delegado del Ministerio Público, en el sentido de que el hecho se podría calificar como un caso de violencia de género, debe decirse que la Sala no desconoce, como ya se ha puntualizado en otras oportunidades⁸, la importancia de aplicar el derecho a la igualdad e introducir un enfoque diferencial para disminuir situaciones de violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, a efectos de *«romper los patrones socio culturales de carácter machista en el ejercicio de los roles de hombre-mujer que, en principio son roles de desigualdad»*⁹.

Sin embargo, ese propósito no puede ser sobrepuesto a una cuestión indiscutible relacionada con la aplicación del postulado de la estricta tipicidad, 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 bajo el argumento de acudir a una visión de género como alternativa de interpretación de la situación que se analiza.

⁸ CSJ AP-2070-2018, 23 may. 2018, rad. 51.870.

⁹ SC TC 4362 del 4 de abril de 2018.

Por lo demás, debe decirse que tampoco es posible sostener, con base en la prueba aducida al proceso, como lo hace el juez *a quo*, que el acusado haya realizado, en lugar de la descripción típica del delito de *Acoso sexual*, una conducta punible trasgresora del bien jurídico de la Administración Pública, concretamente el delito de *Concusión*, tipificada en el artículo 404 del Código Penal, puesto que, como ya se dijo, se trata de una hipótesis fáctica que ni siquiera fue abordada por el acusador, además que tampoco, de lo probado, se desprenden los elementos estructurales de ese tipo penal.

Por esa razón, de ese delito no se ocupará la Sala.

Al respecto, debe precisarse que, ante la perspectiva de que el fallador se pudiera apartar de la calificación jurídica dada a la conducta en el acto de acusación y, en consecuencia, emitiera sentencia condenatoria por un tipo penal diferente, según la línea de pensamiento que en relación con el principio de congruencia ha desarrollado la Corte¹⁰, que, en este caso en particular, antes que un problema relacionado con la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, se advierte que la hipótesis alusiva al delito contra la Administración Pública no fue considerada ni desarrollada probatoriamente por parte del representante de la Fiscalía, por lo que se carece de los elementos fácticos sobre los cuales se pudiera estructurar su tipicidad.

¹⁰ Cfr. CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32.685; CSJ AP, 28 may. 2014, rad. 42.357; CSJ SP-17352-2016, 30 nov. 2016, rad. 45.589; CSJ SP-107-2018, 7 feb. 2018, rad. 49.799.

Tampoco es posible acceder a la nulidad de la actuación, como lo reclama el delegado de la Fiscalía, quien advirtiendo la posibilidad de que los hechos pudieran corresponder a un tipo penal diferente a aquel por el cual presentó su acusación, reclama que se declare la invalidez de lo actuado desde la etapa de imputación, a fin de tener una nueva oportunidad de calificar la conducta por otro delito, en concordancia con otra realidad fáctica.

En verdad, la consecuencia jurídica del error por parte del acusador en el *«juicio de acusación»*, referido a la generación y verificación de hipótesis factuales o a la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes que consideró¹¹, no puede ser, en todo caso, la anulación de lo actuado, para someter al procesado a un nuevo juicio por los mismos hechos, a partir de un indebido proceso de concreción fáctica y de adecuación típica de la conducta atribuida al procesado, salvo que se demuestre la presencia de algún vicio determinado por la incompetencia del juez o por la violación a las garantías fundamentales (eventos previstos de manera taxativa por los artículos 456 y 457 de la Ley 906 de 2004), lo que en este caso no ocurrió.

Por lo tanto, una situación como la que es objeto de revisión, tiene que resolverse, inexcusablemente, con la absolución del procesado.

¹¹ En relación con las obligaciones de la Fiscalía en la presentación de su acusación, cfr. CSJ SP-5660-2018, 11 dic. 2018, rad. 52.311.

De esta manera, la Sala confirmará la sentencia absolutoria emitida en favor de DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES, en cuanto, como se desprende del estudio precedente, no obran en la actuación argumentos suficientes que conlleven a la revocatoria de la sentencia impugnada conforme ha sido solicitado por los apelantes.

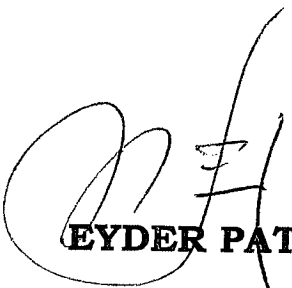
En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Confirmar la sentencia de fecha y origen indicado, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia absolvió a DIEGO ENRIQUE CASTRO MORALES, del delito de *Acoso sexual*.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.


EYDER PATIÑO CABRERA
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

48 200 200

3-08