



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado ponente

SP322-2025

Radicación No. 58474

Acta No.038

Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero dos mil veinticinco (2025).

I. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Procurador 144 Judicial Penal II en contra del fallo proferido el 16 de septiembre de 2020 por el Tribunal Superior de Pasto, que confirmó la condena anticipada emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad en contra de FLAVIO SANTANDER MUÑOZ DELGADO, por el delito de acoso sexual agravado.

II. HECHOS

Por el sentido de la decisión que tomará la Sala, se transcriben los relatados por el Tribunal en el respectivo acápite del fallo confutado:

Del trámite procesal adelantado, se conoce que los hechos tuvieron ocurrencia siendo aproximadamente las 7:00 p.m., del día 14 de agosto de 2010, en la carrera (...) donde se encuentra ubicado el inmueble de propiedad del señor M.A.M., padre del menor D.A.A.U., quien para la fecha contaba con 5 años de edad. El señor FLAVIO SANTANDER MUÑOZ DELGADO (tío de M.A.M., padre de la víctima) llegó al mentado inmueble, ingresando en la habitación del menor, cuando éste se encontraba mirando televisión; en dichos momentos saca su miembro viril y procede a hacérselo lamer, motivo por el cual el niño sale del lugar y le dice a su madre: “mamá le chupé el pipi a ese hombre y tenía un sabor feo”; en vista de ello, los padres del menor proceden a realizar el reclamo al prenombrado, quien indicó que no había hecho nada, que solo se había recostado al lado del infante y al quedarse dormido, el niño le bajó el cierre del pantalón y le sacó el pene”.

III. ACTUACIÓN RELEVANTE

Por estos hechos, el 13 de junio de 2013 la Fiscalía le imputó a FLAVIO SANTANDER MUÑOZ DELGADO el delito de **actos sexuales con menor de 14 años**, previsto en el artículo 209 del Código Penal. Lo acusó en los mismos términos.

Luego de agotada la audiencia preparatoria, el juicio oral se inició el 19 de mayo de 2014. El procesado se declaró inocente y las partes presentaron las estipulaciones probatorias.

El 8 de agosto de 2017, las partes presentaron un acta de preacuerdo. Allí se expuso el cambio de la calificación jurídica, que pasó del delito previsto en el artículo 209 del Código Penal al delito de acoso sexual agravado, consagrado en los artículos 210 A y 211.4 ídem. Lo anterior, bajo el argumento de que el interrogatorio rendido por el procesado el 4 de julio de 2017, analizado a la luz de la otra información recaudada hasta ese momento, permitía inferir que fue ese el delito cometido.

Se destacó que, según dicho interrogatorio, para la fecha de los hechos el procesado viajó a la ciudad de Pasto para participar en un evento ciclistico y llegó a la casa del padre del menor. Que, cuando estaba recostado en la cama, “*el menor muy inquieto empezó a tocarlo, halarlo, y dado que el acusado se encontraba cansado, sacó su pene, y a manera de burla le dijo que si quería chupárselo, sin embargo, ello no ocurrió*”.

Con ello, según se resalta en el fallo de segunda instancia,

La Fiscalía logró acreditar que se evidencia el asedio físico, hostigamiento de manera insistente al menor a realizar actividades de tipo erótico sexual, dejando al descubierto su pene mientras al parecer dormía, buscando en beneficio suyo un fin sexual, valiéndose de las condiciones de edad sobre la víctima, constituyéndose una relación de autoridad o poder; por lo cual considera la Fiscalía factible variar la imputación y ubicar dicho comportamiento en lo previsto

como ACOSO SEXUAL AGRAVADO en el artículo 210-A y 211.4 Código Penal.

Se estableció, igualmente, que el procesado y la madre de la víctima llegaron a un acuerdo sobre el monto de la reparación, que estimaron en quince millones de pesos. Para ese momento, la señora en mención dijo haber recibido la mitad de la suma prometida. El pago del remanente quedó condicionado a la ejecutoria de la condena anticipada solicitada por las partes.

La decisión de avalar el acuerdo fue apelada por el Ministerio Público y a la postre confirmada por el Tribunal Superior de Pasto, mediante proveído del 9 de octubre de 2018.

Surtido lo anterior, el 19 de octubre del mismo año el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto condenó a MUÑOZ DELGADO a la pena principal de 50 meses de prisión, por el delito de acoso sexual agravado referido por la Fiscalía. Le otorgó la libertad por “pena cumplida”.

La apelación interpuesta por el Ministerio Público activó la competencia del Tribunal Superior de Pasto, que, en decisión del 16 de septiembre de 2020, confirmó la condena, bajo los siguientes argumentos:

El apelante reiteró lo expuesto cuando impugnó el auto a través del cual se avaló el acuerdo celebrado por las partes. Por tanto, acoger su tesis afectaría el principio de preclusión de los momentos procesales.

Mencionó los principios que rigen las nulidades, para concluir que, a la luz de estos, no hay lugar a invalidar la actuación.

Trajo a colación lo expuesto por esta Sala en el sentido de que el cambio de calificación jurídica no está supeditado a que se trate del mismo bien jurídico.

Sobre esa base, la Sala mayoritaria concluyó que no hay lugar a la anulación toda vez que: (i) se mantuvo el núcleo fáctico; (ii) el cambio en los hechos se hizo a partir de un elemento sobreviniente, esto es, la versión del procesado, donde dijo que *“tenía su pene por fuera de la ropa, le dijo al menor a manera de broma, que le chupara el pene”*; y (iv) *“como bien lo concluyó la Fiscalía, se trató de una invitación que le hizo el procesado al menor para que le chupara el pene, lo que se ajusta al tipo penal de acoso sexual agravado, lo que es razonable para la Sala”*.

Además, la Fiscalía analizó el interrogatorio a la luz de las demás pruebas, para concluir que hubo *“asedio físico y hostigamiento insistente efectuado por el procesado al menor para realizar actividades de tipo erótico sexual, dejando al descubierto su pene mientras al parecer dormía, buscando en beneficio suyo un fin sexual, valiéndose de las condiciones de edad sobre la víctima, constituyéndose una relación de autoridad o poder”*.

Los referentes fácticos no han sido modificados ni transgredidos, pues su núcleo ha sido respetado, *“manteniendo la acción de requerir al menor la realización de una felación a favor del procesado (hacer lamer), la cual puede adecuarse perfectamente dentro del tipo penal de ACOSO*

SEXUAL, específicamente en el verbo rector asediar, que conforme al diccionario de la RAE constituye en presionar insistentemente a alguien con fines sexuales no consentidos”.

Además de las coincidencias en las circunstancias de tiempo y lugar, queda claro que el menor “*es sometido a un contacto de tipo sexual hacia el miembro viril de quien ahora es judicializado*”

Los hechos fueron “*ampliados*” a partir de la información sobreviniente, lo que es viable en virtud del principio de progresividad.

El Ministerio Público puede no estar de acuerdo con las decisiones de la Fiscalía, pero no puede asumir el rol de acusador.

En cuanto a las víctimas, el Tribunal precisó:

El núcleo fáctico no fue variado. Tampoco se desatendió lo dicho por el menor, al punto que la Fiscalía le otorgó credibilidad bajo el entendido de que, a su corta edad, “*logró explicar y describir la escena de contenido libidinoso, en lo relevante*”. Es razonable que, por esas mismas razones, el niño no haya suministrado detalles, que fue precisamente lo aclarado por la Fiscalía a lo largo de la investigación.

Se garantizaron sus derechos a la verdad, justicia y reparación, ya que estuvo representado por su madre y tuvo un apoderado judicial a lo largo de todo el proceso. Además, hubo reparación integral.

También se garantizó el derecho a la justicia, toda vez que su agresor fue capturado, judicializado y sometido a condena anticipada. No se presentó una nueva victimización en el proceso, lo que se aviene a la petición de su progenitora sobre la no continuación del juicio.

Sobre las garantías debidas al procesado, el juzgador de segundo grado hizo notar lo siguiente:

Aceptó de manera libre los cargos. La conducta se adecuaba al tipo penal finalmente seleccionado por la Fiscalía (acoso sexual agravado), sin que para ello sea relevante que se haya tratado de una acción aislada.

Además, *“se encuentra un mínimo probatorio que acredita la finalidad lasciva del justiciable, que acredita su autoría en un delito de connotación sexual, y si bien puede existir debate en el tipo penal al que se ajusta, el mismo se define por el análisis realizado por la Fiscalía conforme a su facultad legal como titular de la acción penal”*.

Sumado a ello, la postura de la Fiscalía es razonable, “*no solo porque existen entre los tipos de actos sexuales y acoso sexual elementos comunes relacionados con el bien jurídico tutelado, sino que además opera un elemento diferenciador que permite su adecuación al último, dada la relación de poder derivada no solo de la edad sino de la posición familiar, porque el agresor en este caso es tío de la víctima quien, para la fecha de los hechos, contaba con tan solo 5 años de edad*”.

IV. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Por la senda de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004, el delegado del Ministerio Público alega la “*vulneración del debido proceso por afectación sustancial de las garantías debidas a la víctima menor de 5 años*”, concretamente, sus derechos a la verdad, justicia, reparación y a recibir un trato preferente. Ello, materializado en el cambio de calificación jurídica realizado por la Fiscalía, referido en el acápite anterior. Resalta:

En las etapas previas, la Fiscalía aplicó el *principio pro infans*, lo que se vio reflejado desde la orden de captura hasta el inicio del juicio oral, donde siempre se mantuvo el cargo por acto sexual abusivo con menor de 14 años. Según dice, esto denota el convencimiento que tenía el acusador sobre la fortaleza de esa hipótesis.

Sin embargo, en pleno juicio oral la Fiscalía optó por darle crédito a la versión del procesado, según la cual se trató de una charla consistente en preguntarle al niño si quería “*chuparle el pipí*”, en contravía de lo expuesto por el niño a su madre en el sentido de que “*le chupé el pipí a ese hombre y tenía un sabor feo*”.

Ante el hipotético choque de los derechos del procesado y los del niño, debió dársele prioridad a los de éste, dado su carácter prevalente. Al efecto, cita algunas decisiones de la Corte Constitucional y de esta Sala de Casación.

Ante esta realidad, la Fiscalía debió mantener la hipótesis inicial, respaldada en evidencias que estaban a punto de convertirse en prueba en el juicio oral. Con mayor razón, si el procesado ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su inocencia o culpabilidad, la defensa no presentó una hipótesis alternativa en el alegato inicial y, bajo esas condiciones, había fenecido “*la etapa límite para celebrar preacuerdos*”.

La premisa fáctica de la imputación y la acusación fue modificada sustancialmente, porque la misma da cuenta de que el niño le había “*chupado el pipí*” al procesado, mientras que la versión de éste apunta a que, a modo de burla, le preguntó al niño si quería chuparle el pipí, con la aclaración de que el niño no realizó dicha acción.

En todo caso, como bien se señala en el salvamento de voto presentado por uno de los magistrados, a partir de esos hechos también podía estructurarse la hipótesis de actos sexuales con menor de 14 años, en la modalidad de inducción.

De otro lado, sostiene que los juzgadores estaban obligados a verificar si los hechos descritos por la Fiscalía, luego del referido cambio, encajan en el delito de acoso sexual agravado. Al efecto, trae a colación la jurisprudencia de esta Sala sobre las verificaciones a cargo del juez ante la solicitud de una condena anticipada.

Tras referirse al “*principio fundamental de la tipicidad*”, basado en jurisprudencia de la Corte Constitucional, plantea que la “*confesión simple*” materializada en el acuerdo debe ser corroborada con otros medios de conocimiento atinentes a la tipicidad y la autoría.

Luego, examina el contenido del artículo 210 A del Código Penal, para concluir que la “*intención de burla*” con la que dice el procesado haber actuado cuando le exhibió el pene al menor y le pidió que se lo chupara (*lo que no sucedió*), o su propósito de lograr que el niño dejara de importunarlo, permite descartar el elemento subjetivo propio de este delito,

a saber, el aprovechamiento de una condición de superioridad “*con fines sexuales no consentidos*”.

Sobre este punto, resalta que la voluntad del niño no podía ser sometida, en los términos del artículo 210 A, precisamente porque se presume su falta de capacidad para decidir libremente sobre su actividad sexual. Para reforzar su tesis, trae jurisprudencia de esta Sala sobre el sentido y alcance del verbo “*acosar*”.

Con fundamento en lo anterior, resalta el estándar previsto para la emisión de condenas por aceptación de cargos, así como el respectivo desarrollo jurisprudencial, para concluir que la sentencia impugnada resulta violatoria del debido proceso, más puntualmente de la “*tipicidad estricta y la necesidad de elementos mínimos de conocimiento para fundamentar una sentencia condenatoria...*”.

En consecuencia, solicita a la Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto aprobatorio del acuerdo, inclusive, para que se continúe con el desarrollo del juicio oral con aplicación del *principio pro infans*.

V. SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

El impugnante reitera, en esencia, los fundamentos de la demanda.

Insiste en que el acuerdo fue extemporáneo, como quiera que ya se había iniciado el juicio oral y se había superado la fase de interrogación al procesado acerca de su inocencia. De hecho, el acuerdo se presentó alrededor de tres años después.

Igualmente, que la calificación jurídica por la que finalmente se optó resulta manifiestamente ilegal, toda vez que, como lo sostuvo la Sala en la decisión 55149 DE 2023, el delito de acoso sexual tiene un sujeto activo cualificado (*quien tiene con la víctima una relación de superioridad, manifiesta autoridad o poder*), además que se requiere de habitualidad y permanencia en la conducta, orientada a doblegar la voluntad de la víctima.

Por tanto, la calificación jurídica por la que finalmente optó la Fiscalía es manifiestamente ilegal, ya que los hechos claramente se subsumen en el artículo 209 del Código Penal, que trata de los actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Por tanto, se violó el principio de legalidad, así como los derechos del menor a la verdad, justicia y reparación, al tiempo que se desconoció el deber de protección que tiene el Estado frente a este grupo poblacional.

Finalmente, como quiera que la imputación se formuló el 13 de junio de 2013, pide a la Corte analizar oficiosamente la prescripción de la acción penal, ya que, en su opinión, ese fenómeno jurídico pudo haber operado en la fase de juzgamiento. En su defecto, que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto aprobatorio del preacuerdo, inclusive.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía considera que el cargo propuesto está llamado a prosperar, toda vez que es palmario que la fiscal que asumió la fase de juzgamiento actuó con el único propósito de soslayar la prohibición prevista en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006

Lo anterior, porque el cambio de la premisa fáctica es del todo irrazonable, pues se basa exclusivamente en la versión del implicado, al tiempo que desconoce la denuncia (*donde se incluye el relato de la víctima*), así como el dictamen psicológico explicado por el fiscal que asumió las audiencias concentradas de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento.

Dice estar de acuerdo con lo expuesto por el delegado del Ministerio Público sobre la imposibilidad de subsumir los hechos en el delito de acoso sexual, en esencia por las mismas razones expuestas por el censor.

Concluye que el acuerdo es manifiestamente ilegal, bien por la transgresión del principio de legalidad y porque desconoce los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. Igualmente, porque es contrario a la objetividad con la que debe obrar la Fiscalía, a voces del artículo 115 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, el defensor pide desestimar la pretensión del censor, por lo siguiente:

Según la jurisprudencia vigente para cuando se adelantó el proceso, esta Sala de Casación sostenía pacíficamente que la Fiscalía cuenta con autonomía para la calificación jurídica y que los jueces no pueden intervenir en esa función, lo que fue reiterado en varios fallos de tutela.

El cambio de calificación jurídica se basó en evidencias sobrevinientes, concretamente en el interrogatorio rendido por el procesado, el cual fue analizado a la luz de los restantes elementos materiales probatorios recopilados por la Fiscalía.

En estricto sentido, no se trató de un acuerdo, ya que la Fiscalía realizó un acto previo, consistente en el ajuste de la premisa fáctica, según lo explicado en precedencia. Ello, a partir del concepto de congruencia flexible.

El Ministerio Público no está habilitado para acusar, ni realizar un control material a la acusación.

Los derechos de las víctimas no resultaron afectados, toda vez que: (i) las partes no partieron de la pena mínima, sino de una cercana al máximo previsto para el delito de acoso sexual agravado; y (ii) el procesado reparó el daño causado.

En todo caso, no es aceptable que una opinión contraria a la planteada por la Fiscalía lleve a concluir que se violaron las garantías debidas a la víctima.

Finalmente, coadyuva lo expuesto por el delegado del Ministerio Público sobre la prescripción de la acción penal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Delimitación del debate

El impugnante y los no recurrentes plantean los siguientes temas de discusión: (i) si se violaron los derechos de la víctima, por el hecho de que la Fiscalía haya modificado las premisas fáctica y jurídica de la imputación y la acusación durante el juicio oral, para facilitar que el procesado se sometiera a una condena anticipada; y (ii) si se violaron los derechos de MUÑOZ DELGADO, toda vez que los hechos por los que se emitió la condena no encajan en el delito de acoso sexual agravado, por el que se emitió la condena.

Para solucionar este asunto, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) analizará la fijación de la premisa fáctica desde la formulación de imputación hasta la sentencia; (ii) se referirá al margen de maniobrabilidad que tiene la Fiscalía en materia de acuerdos, así como a los límites constitucionales a esta forma de terminación anticipada de la actuación penal; (iii) a partir de su propia jurisprudencia, se ocupará de las verificaciones que deben hacer los jueces ante una solicitud de condena anticipada; y (iv) estudiará el caso sometido a su conocimiento.

6.2. La delimitación de la premisa fáctica desde la imputación hasta la sentencia.

La Sala ha establecido que el ejercicio de la acción penal constituye una de las formas más fuertes de intervención del Estado en los derechos de los ciudadanos, en la medida en que compromete la libertad, el buen nombre, entre otros aspectos de clara relevancia constitucional.

Bajo esa premisa, la Sala ha resaltado el sentido y alcance del artículo 250 de la Constitución Política, en cuanto consagra la obligación para la Fiscalía de “*adelantar el ejercicio de la acción penal*” cuando se reúnan tres requisitos, a saber: (i) que se esté ante una hipótesis fáctica en particular; (ii) que la misma revista las características de un delito; y (iii) “*que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo*”. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones atinentes al principio de oportunidad.

A partir de esta disposición constitucional, la Sala ha hecho énfasis en que el ejercicio de la acción penal, por su potencialidad de incidir en los derechos de los ciudadanos (*de los posibles procesados y de las víctimas del delito*), está supeditada a la existencia de unos hechos que sean penalmente relevantes, o, en los términos elegidos por el Constituyente para la primera fase de la actuación penal, que “*revistan las características de un delito*” (CSJ SP3168, 8 mar. 2017, RAD. 44599, entre otras).

Lo anterior permite desarrollar otras normas constitucionales, como es el caso de los artículos 6 (“los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”), el artículo 29 (“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”), entre otras, que encuentran un amplio desarrollo en el Código Penal (*artículos 6º -legalidad-, 9º -conducta punible-, 10º -tipicidad- entre otros*).

De ese entramado normativo, la Sala ha extraído diversas conclusiones. Para lo que aquí interesa, pueden resaltarse las siguientes: (i) el artículo 250 de la Constitución Política desarrolla el derecho de los ciudadanos a no ser objeto de persecución penal salvo que se reúnan los requisitos allí previstos (*una hipótesis fáctica, que revista las características de un delito, siempre y cuando exista algún fundamento de su ocurrencia*); y (ii) al mismo tiempo, consagra el derecho de quienes hayan podido resultar afectados con ese tipo de conductas, a que el Estado adelante el ejercicio de la acción

penal, sin perjuicio de las excepciones previstas en el ámbito del principio de oportunidad.

La Sala también ha resaltado que la norma Constitucional que fija las condiciones para el inicio de la actuación penal (250), permite comprender el concepto de “*hecho jurídicamente relevante*”, desarrollado a lo largo de la Ley 906 de 2004. Simplemente, son los hechos que “*revisten las características de un delito*” o, visto desde el juicio de tipicidad, aquellos que pueden subsumirse en una norma penal, que, por mandato expreso del artículo 10° del Código Penal, debe definir “*de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*”, lo que, a su turno, permite desarrollar el mandato previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, consistente en que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*”. (CSJSP 3168, 8 marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007, entre otras).

En la misma línea, así como no es posible iniciar la actuación penal sin que se reúnan los presupuestos establecidos en el artículo 250 superior, en la Ley 906 de 2004 se establecen los presupuestos para que el Estado pueda interferir los derechos ciudadanos a través de la formulación de imputación, la imposición de medidas de aseguramiento, la acusación y la condena.

El primer presupuesto, es que el Estado, por conducto de la Fiscalía, haya delimitado una hipótesis factual, una teoría del caso, una versión de los hechos, etcétera. Si no se

cumple este requisito basilar, no es posible, ni tiene sentido, realizar la formulación de imputación, lo que desencadena las demás fases del proceso, activa el conteo de los términos de prescripción, entre otros aspectos relevantes.

Pero, como no puede iniciarse la actuación penal sino por hechos que revistan las características de un delito (*artículo 250 de la Constitución Política*) y, con mayor razón, no pueden radicarse en el ciudadano las cargas propias de una imputación, una medida de aseguramiento, una acusación o una condena sino cuando la conducta que se le atribuye tenga relevancia penal, resulta elemental que esa hipótesis factual, teoría del caso o versión de lo sucedido debe corresponder o debe poder subsumirse en alguno de los tipos penales previstos por el legislador antes de que la conducta objeto de reproche haya sido realizada (*artículo 29 de la Constitución Política*).

Todo ello, en su conjunto, permite entender la obligación radicada en cabeza de la Fiscalía de incluir en la imputación y la acusación una versión “*sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes*”, esto es, aquellos que pueden subsumirse en una norma penal determinada (*ídem*).

De otro lado, la Sala se ha referido en varias oportunidades al principio de progresividad, para resaltar que el nivel de delimitación de la hipótesis factual y el correspondiente juicio de tipicidad puede tener variaciones a lo largo de la actuación.

Sin embargo, ha hecho hincapié en que las variaciones fácticas entre la imputación y la acusación no pueden acarrear la inclusión de nuevos delitos ni la variación del núcleo fáctico de la primera comunicación de cargos, salvo que la imputación sea oportunamente adicionada (CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007, entre otras).

Lo anterior, en procura de un justo punto de equilibrio entre el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos, de lo que depende la preparación de su defensa (*artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8° de la Ley 906 de 2004, entre otros*), y la posibilidad de introducir ciertas modificaciones a dichos cargos, en virtud de los avances de la investigación y las consecuentes variaciones que puedan tener las evidencias tenidas en cuenta para realizar el juicio de imputación y el juicio de acusación.

El principio de progresividad tiene aparejado el concepto de estándares.

En primer término, dicho carácter progresivo cobija los niveles de conocimiento que deben alcanzarse a lo largo de la actuación.

Para el inicio de la acción penal, según el artículo 250 de la Constitución Política, resulta suficiente con que “*medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la **posible** ocurrencia*” de los hechos que revistan las características de un delito. Como es apenas natural, el nivel de exigencia para esa fase de la actuación es mínimo.

Sobre el mismo tema, el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 establece que *“el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda **inferir razonablemente** que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”*.

En esa misma línea, el artículo 336 ídem establece que la acusación será procedente cuando *“de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con **probabilidad de verdad**, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”*.

Finalmente, el artículo 381 establece que *“para condenar se requiere el convencimiento **más allá de toda duda (razonable)**, acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*¹.

Además de los estándares de conocimiento (*inferencia razonable, probabilidad de verdad y convencimiento más allá de duda razonable*) y del fundamento de los mismos (*evidencias física e información legalmente obtenida, de un lado, y pruebas practicadas en el juicio oral, de otro*), se advierte que la normatividad en cita consagra diferentes niveles de concreción de la hipótesis, a saber: (i) para el inicio de la indagación, deben precisarse los hechos que revistan las características de un delito, así no

¹ En todas las normas citadas, negrillas fuera del texto original.

esté identificado el autor; (ii) para la imputación y acusación, resulta imperioso constatar la existencia de la conducta punible y la autoría o participación, y (iii) para la condena, se requiere suficiente claridad sobre existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado.

Sin perjuicio del sentido y alcance de cada uno de estos estándares, lo que escapa al objeto de esta decisión, lo cierto es que los diferentes momentos de intervención del Estado en el ámbito penal están supeditados a la permanente verificación de: (i) una hipótesis factual; (ii) su relevancia penal, esto es, la posibilidad de que ese relato fáctico pueda subsumirse en unas normas penales en particular; y (iii) que esa hipótesis tenga un respaldo suficiente en las evidencias físicas e información legalmente obtenida, o en las pruebas practicadas en el juicio oral, según el caso, a la luz de los estándares previstos para el inicio de la actuación penal, la imputación, la acusación y la condena.

Igualmente, aunque en virtud del principio de progresividad es posible que en la acusación se introduzcan algunos cambios a las premisas fáctica y jurídica, con las salvedades ya expuestas, e incluso se acepta que, bajo ciertas condiciones, el juez está facultado para emitir la condena por delitos diferentes a los incluidos en la acusación (*lo que no es relevante en este caso*), lo cierto es que a lo largo de toda la actuación debe verificarse la relevancia penal de la hipótesis factual, esto es, debe constatarse que la misma es penalmente relevante, pues, en buena medida, de ello

depende la legitimidad del Estado para el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Visto de otra manera, la imputación y la acusación no son procedentes si no existe una correlación suficientemente clara entre la premisa factual y las normas penales que se consideran aplicables al caso. Con mucha más razón, no puede emitirse condena sin hacer esta constatación, por expreso mandato constitucional y legal.

Lo anterior pone en evidencia lo siguiente:

a). La Fiscalía únicamente puede formular imputación cuando haya verificado: (i) la existencia de una hipótesis factual, (ii) que tenga relevancia jurídico penal, esto es, que pueda subsumirse en las normas penales que considere aplicables al caso; y (iii) siempre y cuando la ocurrencia del delito y la autoría o participación de una o varias personas puedan inferirse razonablemente de las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida.

b). La Fiscalía goza de cierta discrecionalidad al momento de delimitar la hipótesis factual, realizar el respectivo juicio de tipicidad y verificar si las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida le brindan soporte suficiente a esa teoría sobre los hechos.

Sin embargo, se trata de una actividad reglada, en cuanto la Constitución y la ley: (i) establecen los aspectos que debe incluir esa hipótesis factual; (ii) hacen imperativo

verificar su relevancia jurídico penal; (iii) precisan el mínimo nivel de conocimiento (estándar) que debe alcanzarse para la imputación y la acusación; y (iv) tienen previsto que la sana crítica es el mecanismo de valoración de las pruebas (en la sentencia) y de las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida (*en las demás fases de la actuación*), de donde emana la razonabilidad de las respectivas conclusiones.

Estas reglas han incidido en pronunciamientos anteriores de la Sala.

Por ejemplo, en la decisión CSJSP475 22 nov 2023, Rad. 58432, la Sala analizó un caso de supuesta violencia intrafamiliar, en el que se apreciaban aspectos que podían encajar en un feminicidio. Según la Sala, la Fiscalía, al delimitar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, dejó de considerar aspectos trascendentes para la protección de una víctima de violencia de género. Se hizo énfasis en el carácter reglado que tiene esta función constitucional y legal de la Fiscalía General de la Nación. Finalmente, se anuló la actuación para que la Fiscalía ajustara su proceder a la Constitución Política y la ley.

c). Por el principio de progresividad, es posible que la premisa fáctica pueda ser ajustada entre la imputación y la acusación, siempre y cuando: (i) se garantice el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos, lo que se traduce en la imposibilidad de modificar el núcleo de la

premisa factual; (ii) se respeten los estándares previstos por el legislador para las actuaciones descritas en el literal anterior; y (iii) se garanticen los derechos de las víctimas del delito.

En el caso objeto de análisis se plantea la posibilidad de que la Fiscalía pueda introducir cambios a la premisa fáctica por fuera de los espacios expresamente previstos por el legislador, cuando ello sea necesario para facilitar el sometimiento a una forma de terminación anticipada de la actuación penal.

Concretamente, si ello es factible durante el juicio oral, luego de que se le haya dado al procesado la oportunidad de aceptar los cargos o declarar su inocencia.

Lo anterior debe analizarse a la luz de lo dispuesto en los artículos 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, que establecen que la Fiscalía y la defensa podrán celebrar preacuerdos desde la formulación de imputación *“hasta el momento que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral”*.

En el presente caso parece insinuarse que los errores de la Fiscalía en la estructuración de la premisa factual y la calificación jurídica expuestas en la imputación y la acusación afectaron la posibilidad del procesado de someterse a una de las formas de terminación anticipada reguladas en el ordenamiento jurídico, ya que la evidencia obtenida con posterioridad permitió establecer que los hechos ocurrieron de otra manera, lo que dio lugar a que se

optara por una calificación jurídica injustamente gravosa para el procesado. En el fondo, esa parece ser la justificación presentada por la Fiscalía y avalada por los juzgadores, tal y como se explicará más adelante.

Igualmente se insinúa (*porque no se aborda frontalmente esta problemática*), que en esos casos debería brindarse la oportunidad a la Fiscalía de hacer los respectivos ajustes, incluso durante el juicio oral, para evitar que ese tipo de yerros afecten los derechos del procesado y trunquen la posibilidad de poner fin al proceso, con los beneficios que ello puede reportar para la recta y eficaz administración de justicia.

Sin embargo, un debate de esa naturaleza, independientemente de la solución por la que se opte, podría tener cabida si se demuestra que los términos de la imputación y/o la acusación son producto de errores manifiestos, que truncaron el derecho del procesado a someterse a una condena anticipada.

Ello no fue lo que sucedió en este caso, porque, como se explicará a continuación, los cambios introducidos por la Fiscalía durante el juicio oral estaban claramente orientados a concederle al procesado beneficios prohibidos legalmente.

Por tanto, la Sala se abstendrá de analizar el aspecto en cuestión. En su momento, de presentarse un caso que reúna los presupuestos mencionados en precedencia (*errores manifiestos en la acusación, que hayan sido detectados y corregidos durante el juicio oral para que el procesado pueda someterse a una*

condena anticipada), la Sala tendría que definir su postura frente a ese asunto en particular.

6.3. El necesario margen de maniobrabilidad de la Fiscalía al momento de celebrar acuerdos con el procesado

Sobre el particular, la Sala ha establecido las diferencias que existen entre la aceptación unilateral de cargos y los preacuerdos, entre las que se destacan: (i) la aceptación unilateral no requiere de consenso entre las partes, mientras que los preacuerdos necesariamente sí; (ii) la aceptación unilateral tiene como contraprestación una rebaja de pena previamente establecida por el legislador, según la fase de la actuación en que se presente, límites que no necesariamente operan en la solución consensuada del debate penal; y (iii) los beneficios derivados de los preacuerdos están supeditados a la devolución del incremento patrimonial obtenido con el delito, según lo establecido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, lo que no es condición necesaria en el allanamiento unilateral aunque sí uno de los parámetros para establecer el monto de la rebaja (CSJSP1901, 17 jul 2024, Rad. 64214).

Aunque los preacuerdos no están necesariamente sometidos a los límites establecidos para la aceptación unilateral de responsabilidad, los intereses constitucionales en juego implican unos límites infranqueables. En la decisión CSJSP2073, 24 jun 2020, Rad. 52227, la Sala se refirió a

algunos de ellos, que resultan relevantes para la solución del presente asunto:

a). A la premisa fáctica delimitada en los términos establecidos en el anterior numeral, únicamente puede dársele la calificación jurídica que corresponda.

En virtud de un preacuerdo, puede optarse por calificaciones jurídicas que no correspondan a la premisa factual, únicamente con el fin de establecer el monto de la pena. En esos casos, la condena debe emitirse por el delito que efectivamente corresponda, así, finalmente, se imponga la pena correspondiente a una calificación jurídica más benigna. Por ejemplo, cuando al autor se le aplica la pena correspondiente al cómplice.

b). Aunque la Fiscalía cuenta con un margen mayor de maniobrabilidad al momento de conceder beneficios al celebrar preacuerdos con la defensa, esas rebajas no pueden ser marcadamente desproporcionadas, independientemente de la modalidad por la que se opte: se pacte una rebaja en concreto, el beneficio consista en el cambio de calificación jurídica únicamente para efectos de la pena o se trate de otra de las posibilidades previstas en el ordenamiento jurídico.

En el referido precedente, la premisa fáctica presentada por la Fiscalía daba cuenta de una coautoría de homicidio agravado (*dos policías retuvieron a un indigente y le propinaron un disparo mortal*). Sin embargo, en virtud del acuerdo se optó por el delito de encubrimiento, lo que implicaba una rebaja de

más del 80% de la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello podría tener en el derecho a la verdad.

c). En cuanto a la premisa fáctica, aplican las reglas referidas en el numeral anterior, a saber: (i) es posible introducir cambios favorables al procesado, cuando ello sea producto del ajuste del caso a la estricta legalidad, (ii) esa delimitación factual está sujeta a las reglas constitucionales y legales referidas en los numerales anteriores; y (iii) el fiscal tiene el deber de explicar si se trata de un ajuste a la legalidad y no de una concesión al procesado.

d) El acuerdo no puede incluir aspectos que resulten agravantes para la víctima, como cuando, por ejemplo, se da a entender que la agresión a una mujer ocurrió porque ella la provocó, sin que existan fundamentos fácticos de esa circunstancia atenuante de responsabilidad.

En esta línea, en la decisión CSJSP1289, 14 abril 2021, Rad. 54691, se estudió un posible caso de feminicidio (*el hombre, luego de someterla a indefensión, asesinó a su amante porque ésta quería terminar la relación*). La Fiscalía acordó que se trataba de un homicidio simple, cometido en estado de ira, a pesar de que esto último no tenía base fáctica.

Además de referirse al beneficio desproporcionado que ello implicó, se resaltó que el acuerdo era agravante para la víctima en cuanto daba a entender que fue ella quien propició la agresión.

6.4. El control material a la acusación, entendida como acto de parte, y las verificaciones que debe realizar el juez ante la pretensión de una condena anticipada

Sobre el control a la imputación y la acusación, entendidos como los actos comunicacionales regulados, en su orden, en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, la Sala ha precisado: (i) en teoría, el control material puede abarcar el respaldo que las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida le brinden a la premisa fáctica, así como la calificación jurídica; (ii) sin embargo, aunque en los proyectos iniciales del Acto Legislativo 03 de 2002 se previó el control material a la imputación y la acusación, el mismo fue eliminado; (iii) por tanto, en la Ley 906 de 2004 no se incluyó una audiencia destinada a ese propósito, ni se asignó esa función a un juez en particular (*en el proyecto inicial, tanto el control de la imputación como el de la acusación estaba en cabeza del juez de control de garantías*); (iv) no obstante, la legislación actual permite que los jueces ejerzan cierto control material a la imputación y la acusación, cuando la Fiscalía incluye calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales; y (v) sin perjuicio de que en las audiencias de imputación y acusación los jueces verifiquen que la Fiscalía cumple con la obligación de presentar los cargos de la forma establecida en los artículos 287 y 337 ídem (CSJSP3988, 14 oct 2020, Rad. 56505; CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007; entre otras).

De otro lado, la Sala ha establecido que el control material a la acusación, entendida como acto de parte, no

puede confundirse con las verificaciones que debe hacer el juez ante una pretensión de condena anticipada (CSJSP, 11 dic 2018, Rad. 52311, entre otras).

La función de decidir sobre la procedencia de la condena anticipada también es consustancial a la función jurisdiccional, por lo que el juez debe constatar: (i) la existencia de una hipótesis factual suficientemente clara; (ii) que a la misma no se le haya dado una calificación jurídica manifiestamente ilegal; (iii) que dicha hipótesis encuentre suficiente respaldo en las evidencias y demás información legalmente aportada por la Fiscalía para sustentar su pretensión, a la luz de lo establecido en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 (CSJSP2073, 24 jun 2020, Rad. 52227; CSJSP475, 22 nov 2023, Rad. 58432, entre otras) y (iv) que el convenio no desborda los límites constitucionales y legales analizados en precedencia.

En cuanto a la decisión legislativa de prohibir o limitar los beneficios en atención al delito y/o a la condición de la víctima, es claro que la misma no puede soslayarse a través de cambios arbitrarios a la premisa fáctica (*esto es, por fuera de las reglas ya analizadas*), o por la adopción de una calificación jurídica claramente inadecuada.

Por tanto, el acuerdo, expreso o velado, no puede consistir en la inclusión de aspectos fácticos que no tengan respaldo suficiente en las evidencias físicas o demás información legalmente obtenida, en la supresión de hechos que sí encuentran apoyo en esos medios de conocimiento o

en la adopción de una calificación jurídica que no corresponda a la realidad factual evidenciada a lo largo de la actuación, en los términos analizados en el numeral 6.2.

6.5. El caso sometido a conocimiento de la Sala

6.5.1. Las premisas fácticas presentadas por la Fiscalía a lo largo de la actuación:

Al realizar el juicio de imputación y acusación, la Fiscalía encontró evidencias suficientes para concluir que el procesado, en la fecha y lugar indicados, propició que la víctima le “*lamiera*” el pene. Los pormenores coinciden con lo expuesto en precedencia, en el acápite de los hechos.

Durante la formulación de imputación, el fiscal hizo algunas consideraciones sobre la premisa fáctica y su respectiva calificación jurídica, según se indicará más adelante.

Sin embargo, fue en la misma audiencia (*concentrada*), al sustentar la solicitud de medida de aseguramiento, que hizo un análisis pormenorizado de la fundamentación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes. Al efecto, resaltó lo siguiente:

- (i) La denuncia presentada por la madre de la víctima se caracteriza por su espontaneidad, claridad y consistencia. Allí, no solo se alude

a lo que el niño le dijo a su progenitora (*que le había “chupado el pipí” al procesado*), sino que, además, se hace énfasis en que el menor sostuvo esa sindicación cuando su madre increpó al procesado.

Además, la denunciante se refirió a varios comportamientos relevantes del procesado, a saber: en primer lugar, dijo que fue el niño quien le bajó el cierre del pantalón y le sacó el pene, pero que él “*no sintió nada*”. Además, al día siguiente presentó disculpas por lo sucedido y dijo que no volvería a la casa ni haría públicos los hechos ya referidos.

- (ii) De otro lado, el fiscal se refirió a la entrevista rendida posteriormente por el menor, donde señaló que todo se trataba de “*un chiste*”, que él se había inventado todo y que cuando estaba más pequeño él mismo se “*chupaba el pipí*”. Además, “*por lealtad procesal*”, no ocultó que la profesional que practicó dicha entrevista dijo que el menor no presentaba signos de afectación psicológica.

Sin embargo, hizo hincapié en que ello no mina la consistencia de la inicial sindicación, entre otras cosas porque es claro que la opinión psicológica está basada en la versión de la madre de la víctima, quien, al igual que el progenitor del niño, tomó retaliaciones en contra de éste a raíz de estos hechos, al parecer determinados por el

parentesco que existe entre el procesado y el padre del pequeño (*MUÑOZ DELGADO es tío del padre del afectado*).

- (iii) Además, el fiscal se refirió al concepto emitido por el psicólogo Víctor Peña, ante quien el niño reiteró haberle “*chupado al pipí al procesado*”, al tiempo que evidenció sentimientos de culpa, al parecer acrecentados por el comportamiento que los padres asumieron frente a él a raíz de estos hechos.

El fiscal hizo notar que este relato del niño, suministrado alrededor de un año y medio después de ocurridos los hechos, coincide en lo fundamental con la versión que le suministró a su madre la noche de los hechos, lo que propició que esta formulara la denuncia. Lo anterior, sin perder de vista la afectación psicológica del menor y el hecho de que el psicólogo encontró un desarrollo mental acorde a su edad.

Aunque los hechos podrían corresponder a un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, la Fiscalía optó por calificarlos como acto sexual abusivo con menor de 14 años, al considerar que existe duda acerca de si el pene del procesado alcanzó a ingresar a la boca del pequeño. Más adelante se retomará este tema.

Esa postura la mantuvo a lo largo de la actuación, incluyendo la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento y la acusación.

Durante el juicio oral, luego de que el procesado alegara su inocencia y tras haber ventilado las estipulaciones, en una sesión posterior la fiscal que asumió el caso anunció que realizaría cambios a las premisas fáctica y jurídica de la acusación, bajo la advertencia de que se trataba de un ajuste a la legalidad y no de un beneficio para el procesado.

En primer término, se refirió a una evidencia sobreviniente (*el interrogatorio rendido por MUÑOZ DELGADO*), según el cual llegó a la casa del padre de la víctima para participar en un evento ciclistico en la ciudad de Pasto, que la víctima lo importunó (*lo haló*), motivo por el cual, como él tenía el pene expuesto, le dijo al menor, “*a modo de burla*”, que si quería chupar su pene, lo que nunca ocurrió.

Además, señaló lo que dijo el procesado acerca de las dificultades del niño para “*expresarse bien*”, lo que pudo generar la confusión que dio lugar a la interposición de la queja.

En su opinión, esto último encuentra respaldo en la certificación de la fonoaudióloga “*tratante del menor*”, quien expuso que “*a nivel comprensivo y expresivo del lenguaje presentó dificultad para hacer analogías sencillas, definiciones, absurdos verbales y visuales*”. Además, que se trata de un niño con déficit de atención marcado, que no ejecuta “*órdenes a cabalidad y es logorreico*”.

A continuación, se refirió a los datos referidos por su predecesor sobre las dos versiones referidas por la víctima, esto es, lo que le contó a su madre y al psicólogo que lo atendió año y medio después de las fechas de los hechos, y lo que le expresó a quien le practicó la primera entrevista, en el sentido de que se trataba de un chiste. Según la fiscal que asumió el caso en la fase de juzgamiento, esto último se aviene a lo que expuso el procesado en el sentido de que se trató de una broma.

Hasta ese momento, la fiscal del caso pareció asumir la hipótesis factual propuesta por el procesado, pues se refirió a su versión y al respaldo que la misma encuentra en la otra información allegada al plenario. Por ahora, resulta suficiente con resaltar que ese relato de hechos descarta que el procesado haya actuado con ánimo libidinoso, como también que haya querido atentar contra la libertad, integridad y formación sexual de la víctima, pues lo que le dijo al niño lo hizo a manera de “*burla*”.

La trascendencia de esta postura es indiscutible, al punto que el impugnante en casación asumió que esta es la hipótesis factual por la que se emitió la condena, tal y como se señaló en el acápite destinado a la demanda.

Sin embargo, a renglón seguido la delegada de la Fiscalía presentó una nueva hipótesis fáctica, según la cual el procesado incurrió en el delito de acoso sexual agravado, toda vez que

Se evidencia el asedio físico, hostigando de manera insistente a las invitaciones a proceder a realizar actividades de tipo erótico sexual. Dejar al descubierto su pene mientras al parecer dormía buscando en beneficio suyo un fin sexual, valiéndose igualmente de las condiciones de edad sobre la víctima, constituyéndose ésta en una relación de autoridad o poder.

Se trata entonces de una serie de actos desarrollados en aras de conseguir fines sexuales, por lo que entonces se presentaron todos los elementos normativos de la referida conducta de acoso sexual agravado.

En esta nueva versión de los hechos, se asume que el procesado le exhibió voluntariamente el pene al menor y, con el ánimo de satisfacer sus apetencias sexuales, le pidió que “se lo chupara”.

6.5.2. Los errores cometidos a lo largo de la actuación

6.5.2.1. La intención de conceder beneficios a pesar de la prohibición prevista en el ordenamiento jurídico

Es claro que durante el juicio oral la Fiscalía introdujo cambios a las premisas fáctica y jurídica de la acusación con el único propósito de conceder beneficios velados al procesado, lo que se hace palmario en lo siguiente:

- i) En la misma audiencia ventiló dos premisas factuales sustancialmente diferentes, pues, en primer término, parece descartar el ánimo libidinoso, así como aceptar lo que dijo el

procesado en el sentido de que se trató de una burla. Al efecto, intentó explicar por qué la versión de MUÑOZ DELGADO se aviene a lo expuesto por la fonoaudióloga, así como a una de las versiones del niño, donde aludió a que se trató de “*un chiste*”, de “*una burla*”.

Al respecto, debe resaltarse que la fiscal que asumió la fase de juzgamiento desatendió las múltiples razones expuestas por su predecesor para concluir que la primera versión del niño (le “*chupó el pipí*” al procesado) es la más creíble. Entre ellas, la reiteración de la versión, la notoria afectación que detectó el psicólogo que lo evaluó un año y medio después de ocurridos los hechos y el comportamiento del procesado cuando fue increpado por lo sucedido, así como las excusas que presentó al día siguiente.

Además, en esa misma diligencia, dio por sentado que el procesado exhibió su pene e hizo la invitación a la práctica de sexo oral con la unívoca intención de satisfacer sus apetencias sexuales. Frente a ese aspecto, no explicó por qué no es creíble lo que expuso el procesado acerca de que se trató de “una burla”, desprovista del propósito de “asediar” sexualmente a un niño que, para esa época, tenía 5 años.

Tampoco explicó por qué debe descartarse lo que dijo la víctima acerca de que le “chupó el pipí” al procesado y tenía un “*sabor feo*”.

(ii) Esta última versión de los hechos (*el procesado exhibió el pene e instó al niño a que se lo “chupara”, con la clara intención de*

satisfacer sus apetencias sexuales), también corresponde a la calificación jurídica incluida en la imputación y la acusación (*acto sexual con menor de 14 años*), sin perjuicio de lo expuesto en los numerales anteriores acerca de que la versión del niño (*“le chupé el pipí”*) puede corresponder a un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Recientemente (CSJSP254, 14 feb 2024, Rad. 63613), la Sala, basada en sus propios precedentes, reiteró lo siguiente sobre las modalidades de abuso sexual previstas en el artículo 209 del Código Penal:

A voces del artículo 209 del Código Penal, la conducta delictual atribuida a (...) se materializa cuando cualquier persona «realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales».

De acuerdo con la literalidad de la norma en comento, de vieja data la jurisprudencia ha referido, de manera pacífica, que el supuesto de hecho allí descrito se puede materializar a través de tres conductas alternativas, así: i) realizar con un menor de 14 años actos sexuales diversos del acceso carnal; ii) ejecutarlos en su presencia, o; iii) inducirla a prácticas sexuales.

Y en lo atinente a la concreción de cada una de esas conductas alternativas, la doctrina de esta Corporación ha explicado:

«La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito, la segunda modalidad implica que sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.» (CSJ SP1867-2021, reiterada en CSJ SP2920-2021)

En ese mismo proveído, en un caso que guarda una aceptable analogía fáctica con el que ahora ocupa la atención de la Sala (*el procesado exhibió su pene a las víctimas, con movimientos obscenos*), la Sala estableció la relevancia penal que pueden tener este tipo de conductas:

En lo que respecta a esa conducta punible y, más concretamente a la modalidad bajo la cual fue hallado responsable, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SP2894-2020, del 12 de agosto de 2020, explicó:

«... la aplicación del artículo 209 del C.P. dependerá de la concurrencia de los siguientes elementos típicos en la conducta del acusado: (i) la realización de un acto sexual, (ii) en presencia de una persona menor de 14 años, y (iii) el conocimiento del hecho, incluida la última circunstancia, y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. Como se observa, el presupuesto originario de la tipicidad de esta modalidad conductual es la ejecución de un acto sexual del cual no es partícipe pero sí espectador un niño o adolescente en el rango etario señalado.

Se entiende por acto sexual toda conducta que «en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles ..., y se consuman mediante la relación corporal, ...» (AP, jul. 27/2009, rad. 31715, reiterado en la SP15269-2016, oct. 24, rad. 47640).

(...)

... para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquélla revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad. (...)»

Y más adelante esta Corporación, en la misma providencia, precisó lo siguiente:

«Ahora bien, es claro que **la razón de la prohibición de la segunda conducta -alternativa- descrita en el artículo 209 sustantivo** no recae en el acto sexual en sí mismo considerado, sino en la circunstancia de que un niño, niña o adolescente menor de 14 años sea observador, testigo o espectador de ese comportamiento. Siendo así, con mayor razón **la actividad sexual desarrollada debe ser explícita** o tener la suficiente aptitud para causar excitación o satisfacción sexual a su realizador o realizadores, como sería, **por ejemplo**, el acceso carnal (vaginal, anal u oral), besos o caricias en órganos genitales u otras zonas erógenas, tocamientos lascivos del propio cuerpo o del de un tercero, **la masturbación**, entre otros.»
(...)

En resumen, los actos sexuales con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las «pautas culturales de la comunidad» no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.
(...)

Así, **la protección penal de los intereses superiores de los niños se realiza mediante la prohibición y sanción de -verdaderos- actos sexuales que los involucren**, entendiendo por tales los que efectivamente pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales. De esa manera, ninguna oposición se presenta entre la adecuada interpretación del artículo 209 del C.P., antes precisada, y la prevalencia de los derechos de los menores de edad (art. 44 ibidem), y, si es que aun se considerara que existe ese conflicto, dicho ejercicio hermenéutico pondera todos los principios en juego.»
(Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en la sentencia CSJ SP2019-2023, del 7 de junio de 2023, esta Sala efectuó la siguiente precisión de cara al delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años:

«10.4 De otra parte, no puede olvidarse que la razón por la cual la ley penal cataloga como abusiva todo acto o relación sexual con menores de 14 años es que **presume la incapacidad de estos para prestar un consentimiento válido en esa materia.**

De ahí que, **someter a un niño, niña o adolescente de ese grupo etario a una actividad sexual**, sea como sujeto pasivo o espectador o siquiera intentar persuadirlo con tal finalidad; **son todas conductas que indefectiblemente lesionan su integridad y formación sexuales, sin importar** los conocimientos o experiencias con que cuente el menor de edad y tampoco **la acreditación de que sufrió un específico daño psicológico o físico a raíz del abuso.** Esto, por cuanto:

[L]a presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal (en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) **(i)** tiene que ser de pleno derecho, no solo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que **jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor**); ...².» (Resaltado fuera de texto)

4.3. Entonces, de acuerdo con lo reseñado, se equivoca el recurrente cuando asegura que la conducta por la cual fue sancionado su representado carece de idoneidad para lesionar el bien jurídico penalmente tutelado, por la sola consideración del escaso tiempo que duró la ejecución del acto.

Pues, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, la idoneidad del hecho que se sanciona bajo la descripción típica del artículo 209 del Código Penal, no depende de la duración de la realización de la conducta, sino en que se logre verificar que la misma concrete un proceder de orden sexual, distinto al acceso carnal, cuyo destinatario sea un menor de 14 años, bien sea

² SP, oct. 20/2010, rad. 33022, reiterada en la SP4573-2019, rad. 47234.

porque en él se ejecuta la acción erótica, se le somete a presenciarla o se le induce a practicarla.

Lo anterior, sin perder de vista que en el caso objeto de análisis, según la última versión fáctica presentada por la Fiscalía, el procesado no solo exhibió voluntariamente su pene al niño, sino que, además, lo indujo a que “se lo chupara”, todo ello con un claro propósito libidinoso, lo que encaja en una de las modalidades de abuso sexual infantil, según lo explicado en precedencia.

Estos hechos no reproducen los elementos estructurales del delito de acoso sexual, a los que la Sala se ha referido reiteradamente. Por ejemplo, en la decisión CSJSP489, 22 nov 2023, Rad. 63783, de nuevo se dijo que

Tanto el sujeto activo como pasivo son calificados porque se requiere que entre ambos exista una relación jerarquizada que otorgue al primero superioridad, autoridad o poder sobre el segundo, en razón de factores como la «edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica».

Los verbos rectores alternativos son acosar, perseguir, hostigar y asediar, todos los cuales suponen acciones, palabras o gestos reiterados, habituales o continuados. Así, un acto único o aislado no es idóneo para trasgredir el bien jurídico de la libertad, formación e integridad sexuales.

Un ingrediente subjetivo especial consistente en el propósito de obtener beneficios sexuales, para sí o para un tercero, en contra o sin la voluntad de la víctima.

Y, por último, no basta la existencia de una relación desigual entre el agente y el sujeto pasivo; se requiere, además, que el primero la haya empleado o aprovechado para lograr su propósito con la parte más débil.

Además, incluso si se aceptara, en contra de las razones expuestas en precedencia, que la última hipótesis factual ventilada por la Fiscalía (*el procesado exhibió voluntariamente su pene y le pidió al niño que se lo chupara, con un claro ánimo libidinoso*) aparentemente encaja en el delito de acoso sexual (Art. 210 A), necesariamente habría que predicar la existencia de un concurso aparente, ya que la conducta referida por la Fiscalía claramente se subsume en el artículo 209 del Código Penal, que, en todo caso, recoge con mayor riqueza dicho presupuesto fáctico.

Lo anterior, sin perder de vista que la supuesta autoridad que tenía el procesado sobre la víctima puede constituir una circunstancia de agravación del delito previsto en el artículo 209, como expresamente lo dispone el artículo 211 ídem, numeral 2º, que alude a que *“el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”*, e incluso en el numeral 4º de la misma norma, que se refiere a la relación de consanguinidad o afinidad entre los sujetos activo y pasivo.

- (iv) De ser cierto que las partes estaban convencidas de que la conducta realizada por

el procesado encaja en el delito de acoso sexual agravado, no se avizoran razones para que hayan optado por una pena de 50 meses.

Como bien se resaltó en su momento por la Fiscalía, el delito de acoso sexual tiene prevista la pena de prisión de 1 a 3 años (artículo 210-A). Como la misma recayó sobre un menor de 5 años, procede la circunstancia de agravación consagrada en el artículo 211.4 ídem. Por tanto, la pena a imponer oscilaría entre 16 y 54 meses.

Ante la ausencia de circunstancias genéricas de mayor punibilidad y la presencia de una de menor punibilidad (*la ausencia de antecedentes penales*), la pena a imponer debería calcularse dentro del primer cuarto de movilidad (16 meses y 25.5 meses).

Por tanto, si la Fiscalía hubiera actuado con el único propósito de ajustar el caso a la estricta legalidad, con la advertencia de que el procesado no tenía derecho a rebajas por haber recaído la conducta en un niño, lo esperado es que se tuviera en cuenta la pena que podría imponérsele en el trámite ordinario, que, según se dijo, no podría ser superior a 25.5 meses.

Lo anterior denota que las partes eran conscientes de que el procesado, incluso al recibir una pena cercana al máximo previsto para el delito de acoso sexual agravado (se pactó en 50 meses y el tope máximo es 54), estaba obteniendo un beneficio notorio, si se tiene en cuenta que el delito de actos

sexuales con menor de 14 tiene establecida la pena de 9 años (108 meses) a 14 años (168 meses) de prisión, sin perjuicio de las causales específicas de agravación que pudieran resultar aplicables.

6.5.2.2. El acuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa es manifiestamente ilegal.

6.5.2.2.1. La premisa fáctica se varió de manera arbitraria

Si se comparan las razones expuestas por el fiscal que intervino en las audiencias concentradas de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, con las presentadas por la fiscal que expuso el preacuerdo ante la juez de conocimiento, a simple vista se advierte que los cambios a la premisa fáctica no se hicieron para ajustar el caso a la legalidad, sino para conceder un beneficio al procesado.

Incluso por fuera de esa comparación, la presentación del caso ante el Juzgado y el Tribunal hacía notoria esa situación.

En primer término, porque se aludió a hipótesis fácticas notoriamente antagónicas (*de un lado, que se trató de “una burla”; de otro, que el procesado exhibió su pene y le hizo la referida propuesta al menor con el propósito de satisfacer sus apetencias sexuales*).

Además, porque la explicación de las evidencias físicas se orientó a sustentar la versión del procesado, cuya relevancia penal es discutible, mas no el supuesto “*asedio*” realizado por éste con el unívoco propósito de vincular al menor de edad en actividades sexuales.

6.5.2.2.2. La calificación jurídica es manifiestamente ilegal

Sumado a ello, la Fiscalía pretendió sustentar la petición de condena a partir de esta última hipótesis (el procesado exhibió intencionalmente el pene al menor y le pidió que “se lo chupara”, con una clara intención libidinosa), otorgándole una calificación jurídica manifiestamente ilegal, ya que es claro que esta premisa fáctica corresponde a una de las modalidades de acto sexual con menor de 14 años, tal y como se explicó en los párrafos anteriores.

6.5.3. Los derechos del procesado

El censor sostuvo que se violaron los derechos del procesado, porque la premisa fáctica no se adecuaba al delito de acoso sexual agravado.

Para realizar esa aseveración, partió de un supuesto equivocado, esto es, que los hechos por los que se emitió la condena se reducen a que el procesado, “*a manera de burla*”, le pidió al niño que le “*chupara el pene*”, lo que permite descartar el ánimo libidinoso o la pretensión de obtener beneficios sexuales.

Como atrás se indicó, aunque la fiscal que asumió la fase de juzgamiento ventiló esa posibilidad al explicar el preacuerdo, finalmente sostuvo que el procesado exhibió el pene y le pidió al niño que “*se lo chupara*”, con el claro propósito de satisfacer sus apetencias sexuales.

Por su parte, los juzgadores explicaron la procedencia de la condena a partir de este último supuesto. Concluyeron que ese comportamiento sexual (*exhibir el pene*) y la expresa petición de una práctica sexual (*una felación*) encajan perfectamente en el verbo rector “*asediar*”, incluido en el artículo 210 A del Código Penal, que regula el delito de acoso sexual.

Como ya se explicó, el acusador, a lo largo de la actuación, mantuvo la hipótesis de que el procesado, con un indiscutible ánimo libidinoso, le exhibió su pene al niño y le pidió que “*se lo chupara*”, con la diferencia de que el relato factual incluido en la imputación y la acusación da cuenta de que la víctima tuvo contacto con el pene del procesado (*como se verá, el fiscal optó por la hipótesis de que lo lamió y puso en duda que esa parte del cuerpo del procesado haya entrado a la boca de la víctima*), mientras que en la hipótesis incluida en el acuerdo se da a entender que ese contacto no ocurrió.

Igualmente, está claro que ambas conductas encajan en el delito de acto sexual con menor de 14 años, sin perjuicio de que la primera de ellas podría constituir un acceso carnal, en el evento de que el procesado haya introducido su pene en la boca del niño.

Por tanto, al ser condenado por estos hechos, pero a los que se le atribuyó una calificación jurídica mucho más favorable, no se avizora que los derechos del procesado hayan sido afectados.

Por el contrario, todo indica que resultó ampliamente favorecido, ya que recibió una rebaja de pena prohibida legalmente, a la que tuvo acceso gracias al comportamiento reprochable de la fiscal que asumió la fase de juzgamiento y al hecho de que el Juzgado y el Tribunal (*en su sala mayoritaria*) no cumplieron con el deber de evaluar con el suficiente cuidado la procedencia de la condena anticipada.

En efecto, pasaron por alto que: (i) en pleno juicio oral, luego de que el procesado se declarara inocente y las partes presentaran ante el juez las estipulaciones, en una sesión subsiguiente la Fiscalía planteó el cambio de las premisas fáctica y jurídica de la acusación; (ii) la falta de claridad sobre la hipótesis fáctica que debería tenerse en reemplazo de la expuesta en la imputación y la acusación; (iii) la Fiscalía no pudo explicar por qué el cambio de la premisa fáctica correspondía al descubrimiento de nuevas evidencias o al resultado de una reevaluación del caso, pues ni siquiera se ocupó de sustentar la tesis finalmente propuesta y no dedicó ni un segundo a explicar por qué la postura expuesta en la imputación y la acusación resultaba ilegal; (iv) era evidente que esos cambios estaban exclusivamente orientados a otorgarle al procesado un beneficio al que no tenía derecho; y (v) la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía era

manifiestamente ilegal, porque incluso los hechos finalmente referidos en el acuerdo corresponden al delito de actos sexuales con menor de 14 años.

6.5.4. Los derechos de la víctima.

Contrario a lo expuesto en la postura mayoritaria del Tribunal, los derechos de la víctima sí resultaron seriamente conculcados.

En primer término, porque la fiscal que asumió el juicio, sin fundamento aceptable, ventiló la tesis de que fue el pequeño quien dio lugar a los hechos, porque importunó al procesado cuando llegó a la casa de su sobrino (*padre del menor*) a raíz de una competencia ciclista y, por tanto, éste se sintió autorizado para realizar la “burla” ya referida.

Aunque finalmente se concluyó que el procesado actuó con ánimo libidinoso y con la intención de involucrar a un niño de 5 años en prácticas sexuales, lo anterior quedó expuesto como una hipótesis plausible, al punto que el delegado del Ministerio Público dio por sentado que esa fue la hipótesis factual que se incluyó en la condena.

Además, para tratar de justificar los cambios ya referidos, la fiscal trajo a colación los supuestos problemas del menor para darse a entender, e insinuó que los mismos explican por qué en una de sus versiones iniciales parece confirmar la tesis del “chiste” o “la burla”, referida por MUÑOZ DELGADO.

Aunque su predecesor llamó la atención sobre la actitud reprochable de los padres del menor, quienes se mostraron dispuestos a favorecer a su pariente, al tiempo que aceptaron el pago de dinero a título de indemnización, la fiscal que asumió el juicio no le prestó ninguna atención a esta temática, que también fue omitida por los juzgadores.

En igual sentido, aunque el Tribunal sostiene que la versión del niño fue tomada en cuenta, no considera que la hipótesis factual planteada en el acuerdo y avalada en la sentencia desvirtúa el aspecto medular de su relato, pues el niño le dijo a su madre que le había “*chupado el pipí*” al procesado, al tiempo que se refirió a que “*tenía un sabor feo*”, lo que reiteró ante el psicólogo que lo atendió año y medio después, mientras que la Fiscal, el Juzgado y el Tribunal dan por sentado que ese contacto físico no existió.

En la misma línea, la fiscal y los juzgadores desatendieron algunos datos que obran en la actuación, que fueron resaltados con vehemencia por el primer fiscal del caso. Entre ellos, que el niño sostuvo la sindicación cuando la madre increpó al procesado, que éste, en esa oportunidad, entregó una explicación sustancialmente diferente a la expuesta en su interrogatorio y, además, que al día siguiente se excusó por lo sucedido y prometió que no se lo contaría a nadie.

Además del compromiso del derecho a la verdad, al procesado finalmente se le impuso una pena

sustancialmente inferior a la procedente a la luz de la teoría del caso expuesta en la imputación y la acusación, que es la misma asignada a los hechos ventilados en virtud del acuerdo, si la Fiscalía no hubiera incurrido en el error evidente en la calificación jurídica y los juzgadores se hubieran pronunciado ante su manifiesta ilegalidad.

Visto de otra manera, mientras el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe la concesión de beneficios en estos casos, lo que constituye una forma de protección de los niños, niñas y adolescentes, el acusador propuso unos cambios contraevidentes e ilegales, y los juzgadores incumplieron su deber de verificar los presupuestos de la condena anticipada, tal y como se explicó en precedencia.

6.5.4. La solución del caso

Aunque lo expuesto hasta ahora indica que la actuación debe anularse desde el momento de la presentación del preacuerdo, la Sala advierte otras irregularidades, ocurridas en la audiencia de imputación, pues el fiscal, según se verá, incurrió en errores manifiestos en la valoración de las evidencias que había recopilado, a partir de los cuales concluyó que el pene del procesado no ingresó a la boca del niño y que, por tanto, se trata de un delito de actos sexuales con menor de 14 años (art. 209) y no de un acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208).

Se trata de un problema jurídico diferente a los mencionados en los anteriores numerales: (i) la posibilidad de controlar calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales durante las audiencias de imputación o acusación; (ii) la obligación del juez, al decidir sobre la pretensión de condena anticipada, de verificar la corrección de la calificación jurídica, entre los otros aspectos ya mencionados; y (iii) tampoco, las labores de dirección orientadas a que la Fiscalía cumpla con la obligación de presentar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, de manera sucinta y clara.

Se refiere a lo siguiente: como en el sistema procesal colombiano no está previsto un control material a la imputación y/o la acusación, que abarque la selección de la premisa fáctica y el respectivo respaldo en las evidencias recopiladas hasta ese momento, es posible que el juez, al resolver la petición de condena anticipada, detecte irregularidades sustanciales en esas actuaciones de la Fiscalía, gracias a que puede acceder a las evidencias aportadas por ésta, en virtud de la obligación prevista en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Esta situación no debe confundirse con las constataciones estrictamente orientadas a resolver sobre la solicitud de condena anticipada (*escenario al que se reduce el análisis, por las características del caso*), que, generalmente, admiten dos tipos de decisión, a saber: (i) que se acceda a la pretensión y se emita la respectiva condena; y (ii) que se deniegue esa solicitud y se disponga que el trámite se reinicie

desde el momento en que se presentó el allanamiento a cargos o se presentó el acuerdo celebrado entre las partes.

Se trata de dilucidar lo siguiente: ¿qué debe hacer el juez cuando, además de resolver sobre la improcedencia de la condena anticipada, detecta que la Fiscalía incurrió en irregularidades que no podían ser percibidas por el juez durante la imputación y/o la acusación, por las limitaciones al control material de estas “*actuaciones de parte*”?

Esos yerros pueden perjudicar al procesado o la víctima. Por las características del caso sometido a conocimiento de la Sala, se hará énfasis en los errores que pueden afectar los intereses de la víctima directa.

Ello puede suceder si, por ejemplo, el juez se percata de: (i) errores manifiestos en la valoración de la evidencia -como parece haber sucedido en este caso-, que determinan la selección de la hipótesis factual; (ii) la Fiscalía dejó de investigar aspectos cuya verificación resultaba imperiosa; y (iii) se omitieron aspectos factuales determinantes, a pesar de que encontraban respaldo suficiente en las evidencias.

En el caso que se analiza, es claro que el fiscal incurrió en un error manifiesto al valorar las evidencias con las que contaba para establecer la premisa fáctica de la imputación, pues asumió que el procesado no alcanzó a introducir el pene en la boca del niño, cuando la información acopiada hasta entonces era unívocamente indicativa de un acceso carnal.

La Sala advierte que se trata de un tema sensible, toda vez que: (i) no se refiere a la concurrencia de errores del fiscal y del juez, como cuando la Fiscalía opta por una calificación jurídica manifiestamente ilegal y el juez no ejerce el respectivo control *-en esos casos, se anula la actuación judicial-*; (ii) el error únicamente le es atribuible a la Fiscalía, lo que abre el debate sobre la posibilidad de anular “*actos de parte*”; y (iii) necesariamente debe considerarse la división constitucional de funciones, pues, como ya se vio, el ordenamiento superior le asigna a la Fiscalía la función de investigar, imputar y acusar, lo que necesariamente implica la delimitación de hipótesis factuales.

Para resolver este asunto, resulta imperioso: (i) establecer las características de la función de imputar y acusar, que deben considerarse para establecer la procedencia de este tipo de controles; (ii) considerar los precedentes de la Sala sobre esta materia; y (iii) precisar las subreglas que deben considerarse al momento de realizar este tipo de control.

6.5.4.1. Las funciones de imputar y acusar no son jurisdiccionales, pero son realizadas por un organismo adscrito al poder judicial y comprometen sensiblemente los derechos de procesados y víctimas.

Sobre el sentido y alcance de esta función, la Corte Constitucional, al analizar si los comités técnicos previstos en el Decreto Ley 16 de 2014 se avienen al ordenamiento

superior, dejó sentado lo siguiente: (i) la Fiscalía General de la Nación es un “*órgano situado dentro de la Rama Judicial del poder público*”; (ii) ello se explica, principalmente, en que la Fiscalía conserva algunas funciones jurisdiccionales - como, por ejemplo, la posibilidad de ordenar actos de investigación que comprometen la intimidad y otros derechos fundamentales-; (iii) este organismo también cumple funciones no jurisdiccionales, que se reducen a aquellas que “*consisten en solicitar decisiones a un juez penal (por ejemplo, cuando solicita la imposición de una medida de aseguramiento) y aquellas en las que no hay reserva judicial - la presentación de la acusación-*” (C-232 de 2016).

El carácter no jurisdiccional de la acusación, la Corte la dedujo de lo siguiente: (i) no se trata de un acto definitivo, ya que, precisamente, abre la puerta al debate sobre la responsabilidad penal; (ii) el artículo 250 de la Constitución Política consagra la posibilidad de asignar esa función a particulares; y (iii) el artículo 251 ídem le otorga al Fiscal General de la Nación la posibilidad de asignar y desplazar libremente a los servidores en las investigaciones y procesos, entre otras.

Sobre la decisión de imputar y acusar, esta Sala de Casación ha resaltado lo siguiente:

Compromete diversos derechos del imputado o acusado, ya que puede afectar su buen nombre, abre la posibilidad para la imposición de medidas de aseguramiento,

entraña restricciones a la disposición de los bienes, sin perjuicio de la afectación emocional, la disposición de tiempo y recursos económicos para la defensa, etcétera.

Finalmente, esta función está asociada al principio de legalidad en materia penal, que no abarca únicamente el derecho a no ser penalizado por conductas que previamente no hayan sido tipificadas como delito, sino, además, la imposibilidad de que un ciudadano sea sometido a los rigores del proceso penal si no existe suficiente claridad sobre los cargos, tanto en el ámbito fáctico como jurídico. Ello, sin perjuicio de las garantías judiciales mínimas reconocidas en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, así como en el ordenamiento interno, como es el derecho a conocer oportunamente los cargos para poder ejercer una defensa efectiva.

Determina las actuaciones procesales subsiguientes, entre ellas: (i) la decisión del procesado de allanarse a los cargos y la celebración de acuerdos; (ii) el estudio de la pertinencia de las pruebas; (iii) limita el margen decisional del juez, en virtud del principio de congruencia, entre muchas otras (la Sala se remite a los marcos conceptuales referidos en los anteriores numerales).

Por esas razones, la decisión de imputar y/o acusar también incide en los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, entre otros.

Cuando la Fiscalía la realiza con el rigor debido, se facilita la materialización de estos importantes aspectos constitucionales.

Cuando no procede adecuadamente, los mismos se ponen en riesgo, lo que puede ocurrir por múltiples razones, entre ellas: (i) se dejen de contemplar aspectos factuales relevantes para establecer el verdadero alcance de la afectación de derechos asociada a la conducta punible; (ii) no se indague por el contexto en el que ocurre el delito, lo que impide establecer, por ejemplo, que las agresiones sufridas por una mujer corresponden a la pauta cultural de discriminación y maltrato históricamente consolidadas; (iv) a los hechos se les otorgue una calificación jurídica inadecuada; y (v) la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes sea tan farragosa que impida adelantar un proceso justo.

Lo anterior permite comprender por qué se trata de actividades regladas, que pueden ser objeto de control ante irregularidades que impliquen graves afectaciones de los derechos de las víctimas, sobre todo cuando se trata de grupos sociales especialmente protegidos y/o de graves atentados contra los derechos humanos.

No obstante, este tipo de controles debe ser realizado con cuidado, para evitar que los jueces desplacen a la Fiscalía de sus funciones constitucionales y legales, lo que,

finalmente, podría socavar la necesaria separación de las funciones de acusar y juzgar.

Al respecto, no debe olvidarse que la eliminación del control material a la imputación y la acusación, previsto en los primeros proyectos del Acto Legislativo 03 de 2002, fue otorgarles mayor autonomía a los fiscales y evitar que los jueces incidieran en las funciones asignadas constitucionalmente a la Fiscalía.

En la misma línea, la Corte Constitucional ha hecho hincapié en que la posibilidad de ejercer ciertos controles a estas actividades de la Fiscalía debe analizarse a la luz del principio de división de funciones. Recientemente, precisó

Finalmente, la Sala Plena quiere hacer una precisión. La habilitación para que el juez penal realice un control material más o menos amplio de la imputación o acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso -inclusive cuando hubo un allanamiento- no implica que la lectura que hagan los jueces de la decisión implique una autorización para intervenir de manera desmedida en los actos de comunicación de la FGN (como son la imputación y la acusación). De acuerdo a la sentencia C-1260 de 2005, la imputación (o su equivalente) debe respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes. Es sobre este preciso eje sobre el cual los jueces están autorizados a realizar el control de tales actos de comunicación por parte de la FGN. De modo que no serán admisibles, desde una perspectiva constitucional, las intromisiones judiciales más allá de los precisos términos fijados en la decisión. (SU-360 de 2024).

Frente a esta decisión, deben hacerse algunas precisiones: (i) resulta útil, principalmente, para resaltar la

necesidad de lograr un punto de equilibrio entre el control judicial a las actuaciones del fiscal y la preservación de la división constitucional de funciones; (ii) en la sentencia de unificación, se trató el caso de una joven que fue tocada libidinosamente en una piscina, lo que fue calificado por la Fiscalía como injuria por vía de hecho, esto es, se trató de un caso de calificación jurídica manifiestamente ilegal, que es un supuesto diferente al que ahora analiza la Sala; y (iii) en el referido fallo, la Corte Constitucional hizo hincapié en la especial protección que debe brindárseles a los grupos especialmente vulnerables, lo que, según se verá, se aviene a lo resuelto por esta Sala sobre los controles a la referida función de la Fiscalía.

En suma, la imputación y la acusación: (i) constituyen funciones no jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación; (ii) pueden incidir sensiblemente en los derechos de los procesados y las víctimas, lo que explica por qué esa función constitucional es esencialmente reglada; y (iii) los jueces pueden ejercer controles sobre esas actividades, con las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, pero no pueden desplazar a la Fiscalía, so pena de socavar la división de funciones y, por esa vía, las bases del sistema de enjuiciamiento criminal.

6.5.4.2. Los precedentes de la Sala sobre el control a la imputación o la acusación cuando el análisis de las evidencias presentadas para sustentar la pretensión de condena anticipada pone en evidencia graves irregularidades en la delimitación de la hipótesis fáctica.

Sin ánimo reduccionista, la Sala se referirá a dos decisiones anteriores, bien por la analogía fáctica que guardan con el asunto objeto de análisis y por la trascendencia de las subreglas allí establecidas.

En el radicado 54691 de 2021, referido en precedencia (*el hombre que mata a su amante porque ésta decidió poner fin a la relación*), tras analizar las evidencias aportadas por la Fiscalía para sustentar la pretensión de condena anticipada en virtud del preacuerdo, la Sala advirtió que la Fiscalía eliminó los referentes fácticos de las circunstancias de agravación del homicidio (*inicialmente se optó por homicidio agravado porque la víctima fue asesinada por su condición de mujer, sin tener en cuenta el delito de feminicidio*). Lo anterior, a pesar de que el contexto que daba cuenta de la violencia de género tenía un respaldo suficiente en la información acopiada por la Fiscalía.

La Sala hizo énfasis en que la acusación es un “*acto de parte*”, pero ello no implica que los jueces deban permanecer inactivos ante actuaciones claramente caprichosas y transgresoras de los derechos fundamentales. Dijo:

La Fiscalía no podía legalmente retirar las agravantes imputadas a (...), porque al hacerlo alteró sustancialmente y de manera infundada la base fáctica atribuida en la imputación y el soporte que objetivamente debía considerarse para la calificación jurídica. Ese proceder se enmarca en el campo de lo subjetivo y arbitrario, caprichoso, se aparta de lo evidenciado y por tanto constituye un acto de justicia aparente, sin fundamento atendible, en detrimento de la verdad, el principio de estricta tipicidad y el deber de obrar objetivamente.

Los jueces y magistrados deben ejercer a la acusación en los procesos ordinarios de la Ley 906 de 2004 un control, para que no se vulnere la esencia del objeto del proceso penal, que no es otra que la administración de justicia.

Ese principio -deber-, se edifica como un control a los actos arbitrarios, caprichosos, de mera liberalidad o discrecionalidad del titular de la acción penal, cuando en la acusación no se rige por criterios de objetividad, razonabilidad, verdad y justicia o se aparta de la información que revelan los elementos de prueba recaudados, proceder con claras implicaciones en los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes.

(...)

Valga resaltar que pese a que en el escrito de acusación se consignó la variación en la acusación, retirando las agravantes imputadas a (...), lo cierto es que el escrito como acto de postulación no es susceptible de ser declarado inválido como sí lo son los actos procesales desplegados por el juez, pues, como lo ha sostenido pacíficamente la Sala, los que son de parte no tienen “carácter vinculante” (...).

En esta oportunidad, por las circunstancias del caso, ante las graves irregularidades con incidencia en derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes (...), se hace necesaria la intervención judicial para corregir la afectación sustancial de la administración de justicia que el caso requiere, con lo que se admite que en tales casos el juez puede hacer control para mantener la intangibilidad de la administración de justicia como objeto del proceso.

Del fallo en cuestión, debe resaltarse lo siguiente: (i) se trató de un caso de alteración contraevidente de la premisa fáctica; (ii) ello se utilizó para mostrar como razonable una

calificación más benigna para el procesado; (iii) la situación fue detectada al estudiar las evidencias presentadas como soporte de la petición de condena anticipada; (iv) se trató de una irregularidad ostensible; (v) la irregularidad afectó severamente los derechos de la víctima de un grave atentado contra los derechos humanos (*homicidio*), que pertenecía a un grupo especialmente vulnerable (*el homicidio constituyó una clara expresión de violencia de género*); y (vi) aunque por regla general los jueces no deben incidir en las funciones de la Fiscalía, deben intervenir cuando es evidente la arbitrariedad y la trasgresión del debido proceso.

La Sala decretó la nulidad desde la audiencia de acusación. Además, se instó a la Fiscalía para que designara funcionarios idóneos para realizar el juicio de acusación, con apego al principio de objetividad y a la obligación de prestar especial atención a las víctimas pertenecientes a grupos poblacionales especialmente vulnerables.

Más recientemente, en la decisión CSJSP475, 22 nov 2023, Rad. 58432, la Sala conoció el caso de un hombre que le propinó una puñalada en el pecho a su compañera sentimental, a quien intentó herir nuevamente, dentro de un contexto de violencia de género. La Fiscalía calificó los hechos como violencia intrafamiliar. A partir de ello, se celebró un acuerdo, en virtud del cual se le reconoció al procesado la atenuante de “*marginalidad e ignorancia*”, previsto en el artículo 56 del Código Penal, lo que se tradujo en una pena de 20 meses y la concesión de la prisión domiciliaria.

Por la manifiesta ilegalidad de la calificación jurídica y la inacción del juez frente a esa situación, la Sala consideró, en principio, que podría decretarse la nulidad del trámite de acusación (*lo que se aviene a la regla pacífica sobre la anulación de las actuaciones judiciales en este tipo de casos*).

Hizo notar que “la verificación ab initio de la corrección del juicio de adecuación típica del que se deriva la calificación jurídica que integra la acusación, **que para nada tiene que ver con el mérito o soporte probatorios en que se basa la hipótesis delictiva (control material)**, supone un cotejo de las premisas fáctica y jurídica...”³.

Lo anterior, sin perjuicio de la manifiesta ilegalidad del acuerdo celebrado por las partes.

De otro lado, reiteró la postura jurisprudencial sobre la posibilidad de ajustar la calificación jurídica en la audiencia de acusación, pero entendió que ello no era suficiente en este caso, toda vez que, en la imputación, “la Fiscalía cercenó la hipótesis fáctica, excluyendo hechos pertinentes indicativos de que la conducta del acusado puso en peligro efectivo la vida de la víctima”.

Por tanto, consideró oportuno decretar la nulidad de la actuación, desde la formulación de imputación, “a fin de que el fiscal incluya en la atribución fáctica todas las circunstancias que rodearon el ataque a la víctima, indicativas

³ Negrillas fuera del texto original.

de amenaza a la vida de ésta y, en consecuencia, ajuste la adecuación típica de la conducta”.

De este precedente se destaca: (i) se presentó un error atribuible a los jueces, por la falta de control ante una calificación jurídica ostensiblemente ilegal, que hubiera dado lugar a la anulación de la audiencia de acusación; (ii) además, se detectó que la Fiscalía actuó irregularmente al establecer la premisa fáctica de la imputación, pues dejó por fuera hechos jurídicamente relevantes, entre ellos, la intención de matar (*debe aclararse que no es irregular la omisión de hechos indicadores, ya que los mismos no hacen parte del cargo y, por tanto, pueden ser ventilados incluso en el juicio oral*); (iii) el error era ostensible, porque las evidencias con las que contaba el fiscal al adelantar el acto de imputación daban clara cuenta de los hechos indicadores a partir de los cuales podía inferirse la intención de matar y el contexto de violencia ejercido sobre la víctima; (iv) ello afectó severamente los derechos de la víctima, en cuanto la acción penal se ejerció por un delito de menor entidad y atentatorio contra otro bien jurídico; y (v) esas irregularidades se detectaron al estudiar las evidencias presentadas por la Fiscalía para sustentar el requisito previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, ya analizado en este proveído.

6.5.4.3. Precisión de las subreglas aplicables a este tipo de casos.

En suma, en este tipo de casos deben considerarse los siguientes presupuestos, que permiten comprender la razonabilidad de las subreglas jurisprudenciales:

1. Al decidir sobre la procedencia de la imputación y la acusación, la Fiscalía no cumple funciones jurisdiccionales. Sin embargo, se trata de una labor que compromete sensiblemente los derechos de los procesados y las víctimas, así como el interés legítimo de la sociedad en la recta y eficaz administración de justicia en materia penal.

2. Las funciones de acusar y juzgar están atribuidas a funcionarios distintos. Este mandato constitucional constituye la base de los sistemas acusatorios o de tendencia acusatoria. Por tanto, los jueces no pueden decidir el contenido de la acusación.

3. Ello no obsta para que la acusación (*y la imputación, en nuestro caso*) pueda ser objeto de algunos controles, cuyo sentido y alcance debe ser cuidadosamente establecido, para evitar que los jueces reemplacen a la Fiscalía en sus funciones constitucionales de investigar y acusar (e imputar). Particularmente, entre otros, ha de considerarse el previsto en el artículo 250 de la Carta Política, en cuanto exige que medien, para esa labor, «*suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia*» de un delito y que deben satisfacer el umbral que el constituyente fijó para el legítimo ejercicio de la acción penal.

Por esa vía, también ha de considerarse la sintonía que ha de existir entre los hechos jurídicamente

relevantes delimitados por la Fiscalía en el componente fáctico de la imputación y los que se plasman en el acto de acusación los cuales han de fijar, además, el fallo de condena sin que, se insiste, el juez exceda o delimite los contenidos de esos actos de parte.

4. El sistema colombiano aún no prevé la posibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, como “*actos de parte*”, salvo lo concerniente a las calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales. Ello, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpla con la obligación de presentar de manera “*sucinta y clara*” los hechos jurídicamente relevantes.

Por tanto, durante la imputación y la acusación los jueces no tienen la oportunidad de conocer, por lo menos en su justa dimensión, la evidencia tenida en cuenta por la Fiscalía para delimitar la hipótesis factual de la imputación y/o la acusación. El control a calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales es viable porque se reduce a la confrontación de la hipótesis fáctica expuesta por la Fiscalía con el contenido de la norma penal invocada, esto es, no requiere el análisis de las evidencias hasta ese momento recopiladas.

5. Cuando la calificación jurídica es manifiestamente ilegal y los jueces no la controlan, la nulidad abarca la actuación judicial. Por tanto, en esos casos no se

activa el debate sobre la posibilidad de anular “*actos de parte*”.

6. La situación es diferente cuando, en virtud de una solicitud de condena anticipada, los jueces pueden acceder a la evidencia **tenida en cuenta para la imputación y/o acusación**, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Si esa labor permite detectar manifiestas irregularidades en el proceso de delimitación de la premisa fáctica expuesta en la imputación y/o la acusación, bien por la supresión de datos que encontraban un respaldo suficiente en las evidencias (*como en el caso analizado bajo el radicado 58432 de 2023*) o porque se haya violado flagrantemente la obligación de actuar con la diligencia debida en casos de graves atentados contra los derechos humanos, especialmente cuando se trata de víctimas objeto de una especial protección (*niños, mujeres víctimas de violencia de género, etcétera*), puede optarse por la anulación del trámite.

Lo anterior, a pesar de que no procedan reproches a los jueces que dirigieron las audiencias de imputación y acusación, pues, como ya dijo, la actual estructura del sistema procesal penal no permite un control material a la acusación en lo concerniente a la delimitación de la premisa fáctica a partir de las evidencias recopiladas durante la indagación y la investigación, lo es enteramente predicable de la formulación de imputación, con las aclaraciones ya expuestas sobre la notoriedad del yerro y su incidencia en los derechos de las víctimas (tema al que se reduce este fallo).

En todo caso, se trata de un juicio ex ante, lo que implica considerar las evidencias con las que contaba el fiscal al momento de imputar y/o acusar. Si lo que se cuestiona es la omisión de actos de investigación obvios y necesarios para aclarar los aspectos medulares de la agresión sufrida por la víctima, deben ser evidentes, además, su viabilidad jurídica y práctica (la existencia de recursos para llevarlos a cabo).

7. La viabilidad de anular un “acto de parte” se explica, como se dijo en la decisión 54691 de 2021, en la imposibilidad de avalar actos arbitrarios, **que afectan severamente los derechos de las víctimas** (como en los casos objeto de estudio), cometidos por una autoridad pública, obligada a actuar con objetividad y corrección, en la que el Constituyente depositó la confianza para cumplir una labor altamente relevante en materia de derechos humanos, como lo es la investigación de los delitos, la protección de las víctimas y la obligación de procurar que los responsables sean sancionados.

8. Según el desarrollo jurisprudencial en comentario, este tipo de intervención es posible cuando se trata de errores **ostensibles** en la delimitación de la premisa fáctica. Ello se aviene a la regla ya establecida sobre la posibilidad de controlar calificaciones jurídicas **manifiestamente** ilegales).

Todo esto, porque se trata de corregir actuaciones manifiestamente irregulares, mas no de que el juez imponga su criterio sobre la imputación y/o la acusación, cuando la actuación de la Fiscalía sea razonable, así el juzgador piense que los cargos pudieron estructurarse de manera diferente.

9. La decisión no puede consistir en ordenarle a la Fiscalía que formule la imputación y/o la acusación en un determinado sentido, porque ello podría afectar la separación entre acusador y juzgador, que constituye uno de los pilares constitucionales del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004.

Como se indicó en la decisión 54691 de 2021, la anulación se orienta a que la Fiscalía disponga lo necesario para garantizar que la investigación y la consecuente decisión sobre la imputación y/o acusación se adelanten con objetividad, por conducto de un funcionario idóneo y diligente, sin perjuicio de otras herramientas legales, como es el caso de los comités técnicos.

Además de la división de funciones, esta restricción al juez tiene otras explicaciones, entre ellas, las posibles variaciones que pueda tener la información que sirve de base a la imputación, sin perjuicio de que es el fiscal quien debe decidir cuál es la hipótesis que podrá demostrar más allá de duda razonable.

6.5.4.4. Lo sucedido en la audiencia de imputación

En esa oportunidad, el fiscal, luego de referirse a la identificación de MUÑOZ DELGADO, señaló lo siguiente:

Damos cumplimiento a los hechos jurídicamente relevantes que son los siguientes:

El día 14 de agosto del año 2010, siendo aproximadamente las ocho de la noche, cuando el menor D.A.A.U., de cinco años de edad, se encontraba viendo televisión con sus padres, y teniendo en cuenta que inició una película de acción, enviaron a su hijo a su cuarto a observar programas infantiles.

Seguidamente, llega el señor FLAVIO SANTANDER, tío del padre del menor (...), quien seguidamente sale de ese sitio y se dirige al cuarto del menor (...), donde procede a sacar su pene y procede a hacérselo lamer, el menor seguidamente sale corriendo de su cuarto asustado y le dice a su madre: “mamá, yo le chupé el pipí a ese hombre y tenía un sabor feo”, por lo cual la madre procede a replicarle este hecho a FLAVIO SANTANDER, quien ante lo cual replica: “que él no había hecho nada, que él simplemente se había recostado al lado del niño, que se había dormido y que el niño le había bajado el cierre del pantalón y le había sacado el pipí pero él no sintió nada (...).

Luego de referirse a que los hechos se subsumen en el artículo 209 del Código Penal, que trata del delito de actos sexuales con menor de 14 años, y tras relacionar la información recopilada hasta ese momento, aclaró lo siguiente sobre la premisa fáctica:

*Quiere aclarar la Fiscalía que como el menor igual no precisa bien si él le introdujo completamente el pene en su boca, **partimos del hecho de que simplemente lo lamio, lo chupó por encima, hablamos de un acto sexual y no de un acceso carnal, como se podría pensar igualmente (...).***

Por las razones ya mencionadas, durante la audiencia de imputación la juez de control de garantías no tuvo acceso al contenido de la denuncia, los dictámenes y demás información recopilada por la Fiscalía, lo que le impedía evaluar la razonabilidad de la conclusión de la Fiscalía sobre la hipótesis factual, puntualmente en lo que concierne a las dudas sobre si el pene del procesado ingresó o no a la boca de la víctima.

En virtud de la información presentada por la Fiscalía para sustentar la solicitud de condena anticipada, la Judicatura pudo acceder al texto de la denuncia, así como a la restante información aportada por la Fiscalía, entre ella, el dictamen psicológico referido en precedencia, del que debe resaltarse lo siguiente: (i) el niño evidenció su sentimiento de culpa a raíz de estos hechos; y (ii) reiteró, sin ambages, que le había “*chupado el pipí*” al procesado.

La información recopilada por la Fiscalía al momento de la imputación, conocida en virtud del preacuerdo ya referido, denota que la conclusión sobre las dudas acerca del acceso carnal es contraevidente, entre otras cosas porque:

I) El niño siempre utilizó el término “chupar”, que significa “sacar o traer con los labios y la lengua...”. “Humedecer algo con la boca y con la lengua.”⁴

II) En sus diversas intervenciones, el menor nunca expresó el término “lamer”, traído a colación por el fiscal para sostener que no era claro si el pene del procesado ingresó a la boca o si se trató de un contacto por fuera de este orificio natural.

En estricto sentido, la conclusión del fiscal sobre los actos sexuales se fundamenta en que el niño usó el término lamer, que, según la misma fuente, significa “pasar la lengua por la superficie de algo”. Pero ese término no fue utilizado por el niño, toda vez que, valga la repetición, ante su mamá y el psicólogo que lo atendió utilizó el vocablo “chupar”, al tiempo que aludió al sabor desagradable de esa parte del cuerpo del procesado.

Por tanto, aunque el fiscal que tuvo a cargo las audiencias preliminares acertó en múltiples aspectos de la valoración del caso (como se explicó en los anteriores apartados), en este aspecto incurrió en un yerro que se hace ostensible luego de conocida la información que tenía a su alcance, pues la hipótesis de que se trató de un contacto por fuera de la boca contraviene la información para entonces recopilada, principalmente porque solo es sostenible ante la

⁴ Diccionario de la RAE. Negrillas fuera del texto original.

tergiversación de la versión del niño, como se acaba de explicar.

Lo anterior es relevante de cara a la protección de las víctimas, porque no se hizo una valoración cuidadosa, orientada a lograr la protección de un niño de cinco años, que, al parecer, fue objeto de un acceso carnal abusivo (art. 208 del Código Penal) y no de un delito sancionado con una pena menor, como lo es el previsto en el artículo 209 ídem.

Si el fiscal tenía alguna duda, bien pudo disponer la práctica de una entrevista o de otros actos de investigación orientados a disiparla, con los cuidados que deben tenerse para evitar que el escenario judicial implique una nueva victimización.

6.5.4.5. El principio *pro infans* y su transgresión por parte de la Fiscalía General de la Nación en el tratamiento dado al presente caso.

La Corte Constitucional y esta Sala de Casación Penal se han referido insistentemente a la protección constitucional reforzada debida a los niños, niñas y adolescentes en los diversos ámbitos de las relaciones sociales.

Sobre la base de la prevalencia de los derechos de este grupo poblacional (art. 44 C.P.), ambas Corporaciones se han referido a la necesidad de protegerlos, *“dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, se encuentran en situación de indefensión y requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”* (SU-360 de 2024), que coincide con lo expuesto por esta Sala en múltiples oportunidades, según se indica más adelante.

A partir del estudio de los múltiples tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y, por tanto, incorporados al ordenamiento superior, la jurisprudencia ha hecho énfasis en los esfuerzos de la comunidad internacional para establecer un marco jurídico que permita la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a cualquier forma de violencia, incluyendo la de carácter sexual.

Sobre esto último, en la referida sentencia de unificación se resaltó lo siguiente:

En relación con el alcance de la garantía mencionada, el Comité de los Derechos del Niño presentó las siguientes observaciones generales. Primero, la atención y la protección de las niñas, los niños y los adolescentes debe estar basada en un enfoque de derechos. Aquel deja de considerar a las personas menores de edad como víctimas y adopta

un paradigma fundado en el respeto y la promoción de su dignidad humana, su integridad física y psicológica. Lo anterior bajo el entendido de que es titular de derechos y no un beneficiario de la benevolencia de los adultos. Segundo, el concepto de dignidad exige que cada niño, niña o adolescente sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y “como ser valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad”. Tercero, el principio de Estado de Derecho se debe aplicar plenamente a las niñas, los niños y los adolescentes en condiciones de igualdad con los adultos. Cuarto, el derecho de las niñas, los niños y los adolescentes a que se atienda su interés superior como consideración primordial en todas las actuaciones que le conciernen o afecten, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia, así como en todas las medidas de prevención.

*El Comité también precisó que es obligación de los Estados “actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, **investigar y castigar a los culpables**”. Además, le impone a los Estados el deber de asegurar “**que todas las personas que sean responsables de prevenir y combatir la violencia y de brindar protección frente a esta, en su trabajo y en los sistemas judiciales, respondan a las necesidades de los niños y respeten sus derechos**”⁵.*

En la misma línea, esta Sala de Casación ha hecho énfasis en que el principio en cuestión “*genera exigencias reforzadas de diligencia para la Fiscalía cuando la víctima es menor de edad*”, que se incrementan cuando se trata de violencia sexual u otros graves atentados contra los derechos humanos (CSJSP4463, 11 nov 2020, Rad. 53151; (CSJSP14844, 28 oct. 2015, Rad. 44056; CSJSP994, 24 marzo 2021, Rad. 52590; CSJSP757, 9 marzo 2022, Rad.

⁵ Negrillas fuera del texto original.

54385; CSJSP409, 27 sep 2023, Rad. 61671; entre muchas otras).

Más allá de reiterar el sentido y alcance de los múltiples instrumentos internacionales orientados a la protección de los niños, niñas y adolescentes, que se avienen al artículo 44 de la Constitución Política, a la Ley de Infancia y Adolescencia, y, en general, a las normas internas orientadas a la misma finalidad, lo que ha sido analizado copiosamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, ***resulta imperioso que ello se traduzca en acciones concretas al interior de los procesos penales.***

No se trata, como mucho se ha insistido, de simplemente incluir en los alegatos o las providencias judiciales una alusión al principio *pro infans*, a partir de la citación irreflexiva de las normas que le sirven de sustento.

Sin perjuicio de la importancia de conocer suficientemente el respectivo marco teórico, lo verdaderamente importante es que esas pautas se traduzcan en acciones concretas al interior de los procesos penales, en múltiples aspectos: (i) la delimitación cuidadosa de las hipótesis factuales; (ii) el diseño riguroso de un programa metodológico idóneo para esclarecer los hechos; (iii) la consideración permanente de la protección del niño, niña o adolescente, para evitar que la actuación penal se convierta

en un nuevo escenario de victimización; (iv) el cuidado extremo al realizar los juicios de imputación y de acusación; (v) el acatamiento de las reglas probatorias, para evitar que los yerros sobre esta materia se traduzcan en formas de impunidad inaceptables; (vi) la evitación del uso abusivo de las formas de terminación anticipada de la actuación penal; entre otros.

En el presente caso, es evidente que la Fiscalía actuó de espaldas al deber constitucional de brindarle especial protección a un niño de cinco años, víctima de abuso sexual.

Como ya se indicó, la fiscal que abordó la fase de juzgamiento modificó sin ningún fundamento las premisas fáctica y jurídica de la acusación, con el ánimo evidente de que el procesado recibiera una pena muy inferior a la prevista para el abuso sexual al que sometió a la víctima.

De otro lado, el fiscal que asumió la audiencia de imputación incurrió en una ligereza inaceptable al delimitar la hipótesis factual y su respectiva calificación jurídica, como se acaba de explicar.

Este cúmulo de irregularidades violaron los derechos de la víctima a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Constituyen, además, un flagrante

incumplimiento de la obligación que tiene el Estado de brindarles especial protección a los niños, niñas y adolescentes que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de graves atentados contra los derechos humanos, que solo puede remediarse por la vía de la nulidad, en los términos indicados a continuación.

6.5.4.6. Sentido de la decisión

Por lo expuesto en precedencia, se decretará la nulidad de lo actuado, a partir de la audiencia de imputación, inclusive, para que el proceso se rehaga como es debido. La Fiscalía deberá designar un funcionario idóneo y diligente, que evalúe el caso cuidadosamente y tome las decisiones que correspondan, sin perjuicio de las otras herramientas dispuestas para facilitar esta labor.

Deberá tenerse especial cuidado con la protección de los derechos de la víctima, máxime si se tiene en cuenta que han transcurrido casi 15 años desde la ocurrencia de los hechos.

Esta decisión implica que la libertad de FLAVIO SANTANDER MUÑOZ DELGADO no podrá continuar afectada debido a este proceso, porque la anulación desde la audiencia de formulación de imputación, inclusive, deja sin vigencia la medida de aseguramiento, así como la pena que le fue impuesta por los juzgadores. En consecuencia, se dispondrá su libertad, en el evento de que continúe privado de la misma por este asunto en particular.

6.5.5. Respuesta a otras alegaciones del impugnante y los no recurrentes

En cuanto a la solicitud de analizar la prescripción de la acción penal, la Sala advierte lo siguiente: (i) la imputación se formuló el 13 de junio de 2013 y el fallo de segunda instancia se emitió el 16 de septiembre de 2020, es decir, habían transcurrido 7 años y 3 meses; (ii) como lo tiene decantado la Sala (CSJSP213, 6 feb 2019, Rad. 50494, entre otras), a partir de la expedición de la Ley 1154 de 2007, cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, la prescripción opera en 20 años contados a partir del momento en que la víctima adquiera la mayoría de edad y, luego de la imputación, el término de prescripción es de 10 años; (iv) como se explicó en precedencia, el procesado incurrió en un delito atentatorio contra dicho bien jurídico, que afectó a un niño de 5 años; y (v) por tanto, es claro que la acción penal no había prescrito para cuando se emitió el fallo de segundo grado. Mucho menos, para el momento en que la Fiscalía formuló imputación, ya que los hechos ocurrieron en el año 2010 y dicha comunicación de cargos se llevó a cabo 3 años después.

De otro lado, el defensor sostiene que la pretensión del Ministerio Público debe ser desestimada, porque implica afectar la autonomía de la Fiscalía al formular la imputación y la acusación. Esta postura es inadmisibles, por lo siguiente:

Como se explicó en el numeral 6.4, no puede confundirse el control a la acusación, entendida como acto de parte, con las verificaciones que debe realizar un juez al momento de emitir una sentencia, sea en el trámite ordinario o por la solicitud de condena anticipada. Esto último constituye un aspecto medular de la función jurisdiccional.

En este caso estos dos aspectos aparecen perfectamente diferenciados.

En efecto, durante la audiencia de imputación el fiscal incurrió en los errores recién analizados, que se tradujeron en la incorrecta delimitación de la hipótesis factual y la consecuente calificación jurídica. Como ya se indicó, estos errores, por su trascendencia, acarrearán la anulación del trámite.

De otro lado, lo que se sostiene a lo largo de este fallo es que los jueces, al analizar el preacuerdo propuesto por las partes (*que equivale a una solicitud de condena anticipada*), omitieron cumplir las tareas propias de la función de juzgamiento, especialmente: (i) la verificación de una hipótesis factual clara, que encuentre un respaldo suficiente en las evidencias aportadas por las partes; (ii) la corrección de la calificación jurídica; (iii) la constatación de la legalidad del acuerdo (*modalidad, montos de las rebajas, su compatibilidad con las prohibiciones legales, etcétera*); y (iv) la

materialización de los derechos de la víctima y el procesado.

Finalmente, el defensor resalta que la víctima fue indemnizada. Esta aseveración amerita los siguientes comentarios:

En primer término, lo único que se conoce es que los padres de la víctima llegaron a un acuerdo con el procesado sobre el monto de la indemnización, que tasaron en 15 millones de pesos.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo que expuso el fiscal que participó en las audiencias preliminares, en el sentido de que los padres del niño al parecer optaron por favorecer al procesado, en detrimento de los intereses del menor, lo que pudo estar motivado por el vínculo de parentesco entre MUÑOZ DELGADO y el padre de la víctima.

Bajo esas condiciones, ni siquiera pueda asegurarse que la víctima directa haya sido reparada.

De otro lado, si bien es cierto la reparación es uno de los aspectos que deben considerarse para establecer el monto del beneficio en un preacuerdo, también lo es que el pago de los perjuicios no puede dejar sin efectos las prohibiciones previstas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 en lo concierne a las formas de terminación anticipada de la actuación penal.

Lo anterior, sin perjuicio de que ello sea considerado en la tasación de la pena.

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

Primero: Decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, inclusive.

Segundo: Ordenar la libertad de FLAVIO SANTANDER MUÑOZ DELGADO, en el evento de que la misma continúe afectada debido a este proceso.

Tercero: Instar a la Fiscalía General de la Nación para que designe un funcionario idóneo, en orden a que este caso sea analizado con la diligencia debida. Se hará todo lo posible para la protección de la víctima.

Cuarto: Compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se establezca la relevancia disciplinaria y/o penal de la conducta desplegada por la funcionaria que celebró el acuerdo con el procesado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Presidenta

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria