



HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

AP7702-2025

Radicación No. 63784

Aprobado Acta No. 287

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinticinco (2025).

I. VISTOS

Sería del caso que la Corte se pronunciara sobre el recurso de *impugnación especial* interpuesto por la defensa de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de enero de 2021, que *revocó* el fallo *absolutorio* emitido el 14 de septiembre de 2017 por el Juzgado 38 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, y, en su lugar, *condenó* al procesado por el delito de *acoso sexual* a las penas de dieciocho (18) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; de no ser porque

se observa un yerro insubsanable que vicia la actuación desde la audiencia de formulación de la imputación.

II. HECHOS

De acuerdo con el escrito de acusación y las sentencias de instancia, en la ciudad de Bogotá, en tres (3) ocasiones diferentes durante los meses de octubre y noviembre de 2014, la menor K.D.M.G., de catorce (14) años de edad para entonces, fue objeto de tocamientos no consentidos en sus senos y vagina por parte de su padrastro, **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS**.

De acuerdo con las declaraciones de la menor, en la primera ocasión, el procesado la llamó al cuarto, la empujó sobre la cama y se arrodilló sobre ella con las rodillas a sus costados. A continuación, empezó a tocarla en sus senos y vagina por debajo de la ropa sin su consentimiento, se sacó el pene y eyaculó.

En la segunda ocasión, el procesado aprovechó que ella estaba dormida para tocarle los senos y la vagina por encima de la ropa. En esa ocasión, ella se quedó quieta y no le mencionó nada por miedo.

En la tercera ocasión, el procesado aprovechó que ella estaba en el cuarto peinándose y, tras cerrar la puerta con llave, la acostó sobre la cama, y se posicionó encima de ella nuevamente. A pesar de intentarlo, la menor no pudo

liberarse de él, por su peso¹. El procesado la tocó por debajo de la ropa, en sus senos y vagina e, incluso, le introdujo un dedo en la vagina.

De acuerdo con la menor, con ocasión de estos actos, ella se fue de su casa hacia la de una tía, no sin antes escribirle una carta a su madre contándole la situación por la que estaba pasando.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 18 de septiembre de 2015, ante el Juzgado 4º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se formuló imputación en contra de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** por el delito de *acoso sexual agravado*² en *concurso homogéneo y sucesivo*, en calidad de *autor*. El cargo no fue aceptado y no se solicitó medida de aseguramiento.

3.2. Presentado el escrito de acusación, el caso le fue asignado al Juzgado 38 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá; autoridad ante la cual se realizó la audiencia de formulación de acusación el 12 de febrero de 2016.

3.3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 26 de febrero siguiente, al tiempo que el juicio oral se realizó en sesiones del 4 de agosto y 8 de noviembre de 2016. El sentido del fallo *absolutorio* se profirió el 9 de agosto de 2017.

¹ Según la niña, el procesado es una persona de contextura gruesa.

² Por tratarse la víctima de una persona que integra la unidad doméstica.

La sentencia de primera instancia fue leída el 14 de septiembre de 2017 y fue apelada por la Fiscalía General de la Nación.

3.4. A continuación, el proceso pasó a manos de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá; autoridad que, en providencia del 28 de enero de 2021³, *revocó* el fallo de primer grado y, en su lugar, *condenó* a **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** a las penas de dieciocho (18) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, sin reconocimiento de subrogado penal alguno.

Lo anterior, tras haberlo hallado responsable por la comisión del delito de *acoso sexual*⁴, en calidad de *autor*.

3.5. Inconforme, la defensa de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** interpuso y sustentó oportunamente el recurso de *impugnación especial*. En consecuencia, el asunto fue enviado a esta Corte en oficio del diez (10) de mayo de 2023.

IV. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá *absolvió* a **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** con fundamento en los siguientes argumentos:

³ Leída el 12 de octubre de 2022.

⁴ Sin agravante ni concurso.

4.1. Tras realizar unas breves consideraciones en punto de la *presunción de inocencia*, y tras referir rápidamente el contenido de las pruebas practicadas en juicio, el *a quo* afirmó que “*aunque la actividad probatoria vislumbra un acontecer con una posible vulneración a la libertad, integridad y formación sexual*” de la víctima, esta no se subsume dentro de la descripción típica correspondiente a la del delito de *acoso sexual*.

Añadió que, aunque en este caso se puede predicar la existencia de una relación de autoridad o poder entre el procesado y la víctima, lo cierto es que no es posible concluir que aquel realizó alguno de los verbos rectores enunciados en el artículo 210A del Código Penal. Lo anterior, comoquiera que, en el caso juzgado, “*el comportamiento del procesado sobrepasó cualquier barrera de un hostigamiento o acoso, pues no se trató solo de asedios sexuales sino de actos propios de otro delito, probablemente ubicado en el mismo título*”.

Al respecto, resaltó que la versión de la menor dio a conocer que ella fue “*acariciada por su padrastro en sus partes íntimas y por debajo de la ropa, al punto que la niña narra que observó, en alguna de esas ocasiones en que fue tocada, el pene del procesado con una ‘sustancia babosa blanca’, que fue expulsada cerca de su región genital (...) determinando entonces aún más, que no hubo simples hostigamientos con fines sexuales, sino que los actos del acusado fueron propios de un contacto material de esa índole*”.

4.2. En suma, concluyó, la menor realmente fue objeto de “*actos sexuales diversos a un acoso sexual*”, que se expresaron en tocamientos del acusado en las partes íntimas de la niña, y no de meras insinuaciones con fines lúbricos.

Así, en virtud del principio de *congruencia*, que impide condenar por un delito diverso a aquel por el que se formuló la acusación, y dado que los actos definitivamente no constituyen el delito de “*acoso sexual*”, la primera instancia determinó *absolver* al procesado del cargo por el que fue procesado.

V. EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá *revocó* la absolución bajo las siguientes consideraciones:

5.1. A juicio del *ad quem*, el delito de *acoso sexual* sí se configura en el presente caso, toda vez que “*el delito de acoso sexual, como ilícito de mera conducta y de peligro, bien puede concursar heterogéneamente con las otras modalidades de agresiones sexuales, sin que se excluyan o den lugar a un concurso aparente*”.

Respecto de aquel argumento, la segunda instancia consideró que:

“*Dicho de otra manera, en ciertos y determinados casos, según sus particularidades probadas, i) puede incurrirse en actos o accesos carnales, abusivos o violentos, independientemente de que se haya acosado a la víctima; ii) puede acosarse al sujeto pasivo, sin que se llegue a violentarla o a abusarla para accederla o someterla*

a tocamientos; y iii) puede ocurrir que los actos de acoso alcancen identidad propia por las persistentes insinuaciones del autor en medio de las condiciones asimétricas y reiterativas que exige el reato, diferenciables de otros procederes que consumen tales pretensiones, que como el acceso o el acto sí implican un resultado, sin que se reputen aquellas como subsumidos en éstos o como parte de una descripción típica compleja”.

Respecto de la posibilidad, insinuada por la primera instancia, de que el delito realmente cometido correspondiera al de *actos sexuales abusivos*, el Tribunal advirtió sobre el hecho de que la menor era mayor de catorce (14) años al momento de la comisión de la conducta punible, al margen de que *“no se indicó que padeciera alguna situación que la ubicara en imposibilidad de resistir, por lo que no se configuraría el delito en su modalidad abusiva, y tampoco se patentizó el ejercicio de violencia para ese propósito”.*

5.2. A continuación, el *ad quem* se preguntó si, en este caso, realmente queda penalmente desprotegida la adolescente, dado que *“no fue forzada”*, incluso a pesar de que su padrastro *“ejerciendo autoridad y jerarquía dentro del hogar”* la sometió a agresiones concretas a su integridad sexual.

Al respecto, la Sala respondió lo siguiente:

“Para la Sala mayoritaria es evidente la situación repetitiva de asedio con fines lúbricos, basada en una condición desigual de poder del victimario sobre la adolescente, como lo refiere la prueba testimonial y se patentiza sin dubitación con la evidencia documental allegada, esto es, la carta en la cual K.D.G.M explica a su progenitora que a tal punto llegó la importunación, la mortificación, el acorralamiento de su padrastro con devaneos sexuales, que optó por abandonar su casa”.

A continuación, tras referirse a los propósitos que subyacen a la expedición de la Ley 1257 de 2008, que introdujo el delito de *acoso sexual*, al bien jurídico tutelado de la *libertad, integridad y formación sexuales*, y a la dogmática del punible previamente indicado, el Tribunal concluyó que, de cara al presente caso, era evidente que la víctima “*se vio sometida al hostigamiento perpetrado por Abelardo González Vargas, lo que estructura el delito de acoso sexual pregonado por la Fiscalía y materia del presente recurso*”.

5.3. Para soportar esa tesis, la segunda instancia argumentó que:

“(...) el acusado, en cuanto padrastro, ostentaba superioridad, ascendencia y autoridad sobre la adolescente, de lo cual se valió a lo largo de un lapso considerable para supuestamente enseñarle actividades sexuales, tocarla, rozarla con el pene y exhibirse en los momentos en que procuraba quedar a solas con ella; lo que de contera permite deducir la insistente mortificación a la menor a través de las insinuaciones y persecuciones libidinosas desarrolladas por el acusado, finalmente develadas por la joven en la misiva que hizo llegar a su madre, en donde explicó los motivos para abandonar su domicilio”.

Calificó a esas conductas como constitutivas de *asedio*, entendiendo por ello “*presionar insistentemente a alguien*” para que haga o deje de hacer alguna cosa.

Empero, en cuanto al agravante y el concurso homogéneo y sucesivo, el *ad quem* adujo que “*atendiendo a los elementos estructurales y característicos del delito, antes*

vistos, como son que el sujeto activo detente autoridad sobre la víctima y que el proceder insinuante de aquel sea repetitivo e insistente, lleva a descartar la agravante específica endilgada e igualmente el concurso homogéneo sucesivo, ya que se vulneraría el principio non bis in ídem, al desvalorar doblemente una misma situación con incidencia en la magnitud del reproche”.

5.4. Al finalizar su disertación, y a efectos de individualizar la pena a imponer, el Tribunal se paró en el límite máximo del cuarto mínimo –cosa que justificó en el mayor daño al bien jurídico y la intensidad del dolo– y tasó la sanción en dieciocho (18) meses de prisión. Igualmente, en aplicación del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, la Sala se abstuvo de conceder subrogado penal alguno y, por consiguiente, profirió la respectiva orden de captura.

VI. LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

Inconforme, la defensa de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** sustentó el recurso de *impugnación especial* de la siguiente manera:

6.1. Adujo, con la primera instancia, que lo probado en el proceso “*carece de congruencia con lo acusado*”; cosa que, a su juicio, implica que el único resultado posible del juicio era la *absolución*. Respecto de las consideraciones del Tribunal, consideró que ellas configuran “*una tercera teoría del caso*”, máxime cuando, en realidad, en este caso no se demostró que se hubiera cometido ninguno de los verbos

rectores presentes en la descripción típica del delito de *acoso sexual*.

Consideró que los hechos que subyacen a la imputación realmente constituyen el delito de “*actos sexuales*”; punible frente al cual se debió haber hecho la calificación jurídica desde el principio. Sin embargo, consideró que “*no se puede subsanar el yerro de la fiscalía, al dar un tratamiento diferente al que adolecía la investigación*”; máxime cuando el yerro cometido no es imputable a la defensa.

6.2. Finalmente, y tras quejarse de que no le hubieran corrido el traslado previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, la defensa añadió que, de todas formas, en este caso operó el fenómeno jurídico de la *prescripción*, toda vez que la imputación se realizó el 18 de septiembre de 2015 y el delito de *acoso sexual* tiene una pena máxima de tres (3) años. A su juicio, ello implica que, interrumpido el término con la formulación de imputación, este vuelve a correr por el mínimo previsto en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal; es decir, tres (3) años.

Empero, indicó que entre la formulación de la imputación y la notificación de la sentencia de segunda instancia el 12 de octubre de 2022, pasaron más de siete (7) años.

6.3. Por todo lo anterior, la defensa de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** le solicitó a esta Corte que *revoque* la sentencia de segundo grado y, en su lugar, se *absuelva* al

procesado del delito por el que fue imputado. Subsidiariamente, solicitó que se *decrete* la *prescripción* de la acción penal en favor del acusado, dada la evidente materialización de aquel instituto procesal.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

La Sala es competente para conocer la presente *impugnación especial*, de conformidad con lo previsto en el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política.

7.2. Sobre la *impugnación especial*

A partir del Acto Legislativo 01 de 2018, se adoptó en Colombia el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria para garantizar con ello la *doble conformidad*, conforme lo prevé el artículo 3° de aquel acto reformativo de la Constitución, que modificó el numeral 7° del artículo 235 de la Carta.

Con el fin de desarrollar los fines integradores de la jurisprudencia y de cumplir el mandato constitucional, la Sala, mediante providencia AP1263-2019, adoptó medidas provisionales para garantizar el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Entre tales medidas, se estableció que:

“(...) el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.”.

En vista de que **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** fue condenado por primera vez en segunda instancia por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, es claro que él goza del derecho a la *doble conformidad* de su condena y, en esa medida, el recurso con el que cuenta para controvertirla es el de la *impugnación especial*.

Este puede y debe ser estudiado prescindiendo de los rigorismos propios de la casación y, en consecuencia, puede ser interpuesto y sustentado con las mismas exigencias previstas para el recurso ordinario de *apelación*, tal y como lo tiene reiterada y pacíficamente sentado la jurisprudencia de esta Corporación.

En esas condiciones, la Corte procederá al estudio del recurso de *impugnación especial* presentado por la defensa de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS**, bajo los parámetros y reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que vienen de referenciarse.

7.3. Problema jurídico

Vistos los antecedentes que obran al interior del presente proceso, considera la Sala que le corresponde establecer dos cosas: (i) en primer lugar, es preciso

determinar si en este caso operó el fenómeno de la *prescripción* de la acción penal, tal y como es denunciado por la defensa de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** y, (ii) en caso negativo, es preciso establecer si, dados los hechos demostrados en juicio, el procesado realmente cometió el delito de *acoso sexual* por el que fue acusado.

7.4. Resolución del caso

7.4.1. En relación con la *prescripción* de la acción penal por el delito de *acoso sexual*⁵, por virtud del cual **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** fue condenado, la Sala concluye lo siguiente:

(i) En primer lugar, no es cierto que para el presente caso aplique el límite prescriptivo mínimo previsto en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, contabilizado a partir de la imputación. Ello comoquiera que, al tenor del inciso 3° del artículo 83 del Código Penal⁶, cuando se trate de delitos contra la *libertad, integridad y formación sexuales* cometidos en contra de menores de edad –como es el caso–, “la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad”.

(ii) Igualmente, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, producida la interrupción –en este caso, con la formulación de la imputación–, el término volverá a correr

⁵ No agravado.

⁶ Tal y como estaba vigente para la época de los hechos, es decir, tras la introducción de la modificación contenida en el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007.

por la mitad de los prescrito en el artículo 83, sin que pueda ser superior a diez (10) años.

(iii) Ello implica que, frente al presente caso, el término prescriptivo, tras la interrupción, volvería a correr por un lapso de diez (10) años. Si ello es así, es evidente que el mismo se vencería el 18 de septiembre de 2025, es decir, con mucha posterioridad a la adopción de la sentencia de segundo grado.

(iv) Ahora bien, en vista de que la sentencia de segunda instancia se aprobó el 28 de enero de 2021, el término prescriptivo quedó *suspendido* por un lapso de cinco (5) años, contados a partir de esa data⁷, de conformidad con lo previsto en el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal.

(v) Ello implica que, a la fecha de aprobación de la presente providencia, el conteo término prescriptivo⁸ se encuentra *suspendido* y, por consiguiente, no se puede decir que dicho fenómeno haya acaecido, ni cuando el caso estuvo en poder del Tribunal, ni durante el lapso que ha estado radicado en la Corte.

Por lo anterior, la Sala despachará en sentido *desfavorable* la petición de la defensa relacionada con la declaración de la operancia del fenómeno de la *prescripción* en el presente caso.

⁷ Debe precisarse que, contrario a lo que parece entender la defensa, la *suspensión* del conteo del término se produce a partir de la *aprobación* de la sentencia de segundo grado en Sala, y no a partir de su notificación.

⁸ Que, se inste, **no** se había vencido para el momento del proferimiento de la sentencia de segundo grado.

7.4.2. En cuanto a la correcta adecuación típica de los hechos demostrados en juicio, la Sala considera lo siguiente:

7.4.2.1. En primer lugar, es preciso señalar que le asiste razón tanto a la defensa como a las instancias que han conocido del presente caso, en relación con el hecho de que la correcta calificación jurídica de los hechos relevantes para la presente actuación no es, precisamente, el delito de *acoso sexual agravado*, tal y como fue imputado por la Fiscalía General de la Nación en la diligencia del 18 de septiembre de 2015. Sólo que de ello no se deriva la *absolución* del procesado, sino la declaratoria de *nulidad* de la actuación, a partir de la audiencia de formulación de imputación, tal y como pasará a explicarse a continuación.

Ahora bien, para explicar el enunciado respecto de la incorrección de la calificación jurídica, es preciso recordar que el componente fáctico de la imputación fue relatado por el acusador, en esa oportunidad, de la siguiente manera:

“Como hechos tenemos que estos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía el día 24 de noviembre de 2014 (...) en su denuncia indica lo siguiente:

(...)

‘Presento denuncia penal contra el señor Abelardo González, quién es mi ex compañero sentimental (...) mi hija K.B.G., (...) es la víctima de los hechos denunciados, que para ese tiempo tenía 14 años de edad (...).

(...)⁹

(...) el día 20 de noviembre de 2014 (...) ella¹⁰ se había quedado con los dos hermanos, que en ese momento la lavadora se había dañado y él¹¹ mandó a su hermana L. a comprar un empaque y que al niño lo había subido al camarote y le había dado Chocolisto con leche y que él se había ido para el cuarto y la llamó y en ese momento le empezó a mostrar el pene y que la cogió de la mano y **la tiró en la cama y que en ese momento se le subió encima** y que instantes después golpeó su hermana que había llegado de comprar el empaque y en ese momento la volvió a mandar a comprar tomate y cebolla (...) y en ese momento nuevamente la empezó a tocar por debajo de la ropa los senos y la vagina.

(...)¹²”

A continuación, la Fiscalía refirió el contenido del Informe Pericial de Clínica Forense, particularmente en lo que tiene que ver con el relato de la menor:

“El lunes 17 de noviembre, festivo, mi mamá salió a hacer manicure y me dejó con mi hermana de 12 años y mi padrastro. Se había dañado la lavadora y le dijo a mi hermana que fuera a comprar algo para arreglarla y mi hermana salió y él le pasó el pasador a la puerta. Yo me estaba peinando y entré a la pieza de mi mamá con un cepillo y él estaba acostado, **me cogió de la mano, me acostó en la cama y comenzó a tocarme los senos y la vagina por debajo de la ropa**, luego llegó mi hermana, él se levantó rápido y volvió a mandarla a la calle.

Después empezó otra vez, él se quitó la pantaloneta y me mostró el pene **y se tiró encima de mí**, puso el pene cerca de mi vagina y tocó mi hermana nuevamente a la puerta, se paró y se puso la

⁹ En esta parte del la imputación, la Fiscalía relaciona extensamente el relato de la madre de la menor; quién indicó que no supo del paradero de su hija durante el 21 de noviembre de 2014, y que ello la dejó muy preocupada. Además, adujo que sólo tuvo conocimiento de su paradero hasta el día siguiente, cuando la menor se comunicó por ella a través de Facebook y le comentó que había huido de la casa a causa de los abusos a los que se había visto sometida por parte de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS**.

¹⁰ La menor víctima.

¹¹ El procesado.

¹² Sigue el relato de la madre. Indica que la hija le pidió perdón, le manifestó su amor, y le indicó que no volvería a la casa hasta que el imputado dejara de vivir allí. Además, la menor le indicó que estaba en la casa de una amiga.

pantaloneta y me dijo que me fuera nuevamente para el cuarto, que eso quedaba entre él y yo.

Ya antes había pasado otras dos veces, después de que yo cumplí años. La primera vez fue en octubre: él me quitó la pantaloneta e interiores e hizo lo mismo (colocar el pene cerca de los genitales de la menor) y le salió una cosa babosa blanca. Me lo echó encima, cogió un papel y me limpió.

La segunda en noviembre, unos días antes, el 17 de noviembre de 2014. No me quitó la ropa y me decía que no le fuera a contar nada a mi mamá, que eso quedaba entre él y yo.

(...) ¹³”.

Seguidamente, la Fiscalía refirió el contenido de la entrevista del 25 de noviembre de 2014, realizada a la menor víctima. En ella se relató lo siguiente:

*“(...) la menor agrega que su padrastro comenzó a tocarle los senos y su vagina por debajo de la ropa, que ocurrió en tres oportunidades, ampliando en cada uno de los momentos, la menor dice que la primera vez pasó a comienzos del mes de noviembre del año 2014, recuerda que era un fin de semana, estaba en su casa junto con su hermana L. y su padrastro (...) dice la menor que su padrastro le dijo a su hermana L. que saliera a comprar algo para el almuerzo, quedándose sola la menor con su padrastro. Dice ella que se encontraba sola en su cuarto sobre la cama viendo televisión cuando llegó el padrastro y le dijo “K. venga y hágame un favor y recoge estos zapatos”. La menor dice que llegó a la pieza de la mamá, entró, y se dio cuenta de que no había ningunos zapatos. Su padrastro le dice “siéntese ahí” (señalando la cama). La menor dice que lo hace, que no se imaginó nada malo, estando la menor sentada su padrastro cierra la puerta y le **empuja de forma suave** uno de los hombros haciéndola caer sobre la cama, **luego él se colocó encima de ella con las piernas flexionadas a la altura de la cadera de la menor y comenzó a tocarle con las manos los senos por debajo de la ropa, luego bajó las manos a tocarle la vagina por debajo de la ropa. Dice que lo que hacía era mover u mano y sus dedos por dentro. Después***

¹³ A continuación, refiere los hallazgos encontrados en el Informe Pericial de Clínica Forense.

de que vio que su padrastro se comenzó a quitar la pantaloneta que tenía puesta, de color blanco, y luego los calzoncillos, y dice 'me mostró el pipí' comenzó luego a moverse saltando sobre la vagina. Dice la menor que ella tenía la ropa puesta, pasó un tiempo, lo siguiente que hizo su padrastro fue levantarse, subir la pantaloneta y abrir la puerta diciéndoles a la menor que lo que había pasado quedaba entre los dos y no podía saberlo nadie.

La segunda vez, dice la menor que ocurrió pasando pocos días de la primera. Recuerda que fue un día entre semana en horas de la tarde. Dice la menor que estaba en su cuarto, acostada en su cama, **durmiendo**, no se dio cuenta que su mamá había salido, cuando por detrás de ella siente que llega su padrastro y sin decirle nada comienza a tocarle los senos y la vagina por encima de la ropa. Agrega que para ese momento tenía puesta la sudadera del colegio. Dice la menor que **ella se quedó quieta y no le mencionó ninguna palabra por miedo**. Después dice la menor que su padrastro se levantó de la cama y se fue para la pieza de su mamá.

La tercera vez ocurrió el último lunes festivo del mes de noviembre de 2014 en horas de la mañana. Menciona que su mamá salió a hacer un manicure (...) se quedó entonces la menor en compañía de su hermana L. y su padrastro. Comenta la menor que su hermana estaba bañándose y ella estaba en el comedor adelantando unas tareas del colegio. Cuando salió L. del baño, la menor escucha que su padrastro le dice a L. que salga a conseguirle unos tubos para la lavadora que se dañó. En el momento que se alista para salir, dice la menor que se levantó del comedor y se fue para la pieza de la mamá a tomar un cepillo para peinarse, cuando su padrastro, estando acostado, **se levanta de la cama, cierra la puerta, la toma de la mano de forma suave y la acuesta sobre la cama, luego se coloca su padrastro encima de ella con las piernas estiradas. Dice 'como es pesado no lo podía parar'**. Recuerda que él tenía puesta una pantaloneta negra con rayas, con una camiseta de tiras blancas **y teniendo su ropa puesta comienza a tocarle sus senos por debajo del brasier, se los aprieta y dice que esta vez se los besa, después le toca su vagina por debajo de la ropa, metiéndole un dedo que comienza a moverle (señala con su mano el dedo índice)**. Después de esto, la menor dice que no ocurrió nada más. Él se levantó porque escuchó que estaban golpeando la puerta de la entrada de la casa. Le dice a la menor 'párese, párese rápido que llegó su hermana. Esto lo hice para que

aprenda y no se vaya a dejar embarazarse'. Por último, vuelve a advertirle que no le vaya a contar a nadie”.

Finalmente, la Fiscalía hizo referencia a una segunda entrevista, realizada el 18 de marzo de 2015, en donde la menor relató los mismos hechos que vienen de describirse. Es preciso resaltar que, en esa entrevista, la niña dijo que, en el tercer evento, su padrastro “*le pasó cerrojo a la puerta principal, luego entró nuevamente al cuarto, **la tiró a la cama y le tocó los senos por debajo de la ropa** (...). También mencionó K. que ese día su padrastro **la cogió con una mano y con la otra la empujó a la cama, que ella cayó a la cama y que su padrastro se le subió encima, dice que intentaba quitarlo pero, como él era pesado, no pudo** (...)*”.

7.4.2.2. De una manera por completo inexplicable, la Fiscalía General de la Nación calificó estos hechos como unos constitutivos de *acoso sexual agravado*, **desatendiendo el hecho de que ellos están claramente atravesados por un claro elemento de violencia sexual consumada**. Es cierto, como indicó la segunda instancia, que en este caso no se configura el delito de *actos sexuales abusivos con menor de catorce años* comoquiera que la menor era mayor de esa edad para el momento de los hechos, pero eso no significa, ni que la conducta cometida no sea punible, ni que esta corresponda al delito de *acoso sexual*.

Ello comoquiera que, se insiste, la misma estuvo atravesada por la violencia: según la imputación, la menor

fue **forzada, en contra de su voluntad**, a ser sometida a actos de carácter libidinoso en provecho de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS**. Tan es así, que el padrastro tuvo que **arrojarla a la cama y colocársele encima** para inmovilizar, con su peso, el cuerpo de la menor e impedir cualquier maniobra defensiva de ella, incluida la huida.

La menor relató estos hechos en cuatro (4) ocasiones diversas¹⁴ y, no obstante, la Fiscalía se mantuvo ciega ante el hecho de que ella había sido sometida, **por la fuerza**, a ser objeto de actos libidinosos¹⁵ por parte de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS**.

Esta conducta, tal y como fue imputada, evidentemente *trasciende* a aquellos actos que constituyen el delito de *acoso sexual* y configuran, en efecto, otro u otros delitos diferentes, que le corresponde a la Fiscalía determinar, aplicando la perspectiva de género, y entendiendo que la víctima, en este caso, fue realmente *violentada*.

Al respecto, es preciso, además, que la Fiscalía recuerde que el artículo 212 del Código Penal, incluye dentro de la definición de “*violencia*”, para efectos de los delitos de naturaleza sexual, no sólo *el uso de la fuerza*, sino la *amenaza* del uso de la fuerza y, sobre todo, la *coacción* física o psicológica¹⁶, el *abuso de poder* y la utilización de *entornos*

¹⁴ Una ante su madre, otra ante el perito de Medicina Legal y otras dos en entrevistas psicológicas.

¹⁵ Que, incluso, en alguna oportunidad incluyó la posible penetración vaginal con un dedo.

¹⁶ Como la causada por el simple *temor* a la violencia.

de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.

7.4.2.3. Por lo demás, respecto de la manera en que la Fiscalía relató los hechos relevantes, que fueron tan pobremente calificados, debe agregarse que la Sala ha indicado ya en varias ocasiones que estos no deben limitarse a la simple narración de los acontecimientos o a la reproducción del contenido de la denuncia o de los elementos materiales probatorios o evidencia física presente en la carpeta de la indagación.

Sobre esto, esta Corte tiene dicho que:

“La Sala de Casación Penal ha sido enfática en señalar que la correcta formulación de los hechos jurídicamente relevantes no se limita a la narración de los acontecimientos ocurridos, ni a reproducir el contenido de la denuncia. Su elaboración implica abarcar, organizar y enunciar con claridad todos los elementos fácticos necesarios-circunstancias de tiempo, modo y lugar- para que la adecuación típica se realice al (o los) delito(s) que cobija la conducta realizada por el autor, incluyendo eventuales circunstancias de agravación punitiva, conforme al principio de legalidad.

Los hechos jurídicamente relevantes deben corresponder a los que objetivamente se desprendan de los elementos de conocimiento con que cuente la fiscalía y la calificación jurídica debe ser la que corresponda a esa descripción fáctica con estricto apego a la legalidad”¹⁷.

Además, en casos en los que se observe violencia contra la mujer, se exige que en la identificación de los hechos jurídicamente relevantes se aplique el enfoque de género. Ello

¹⁷ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

no solo para suprimir de la descripción fáctica cualquier valoración soportada en estereotipos, sino también para incluir de manera clara todos aquellos elementos que visibilizan la violencia basada en género.

A juicio de la Sala, en el presente caso, pese al esfuerzo de la víctima a la hora de relatar los vejámenes a los que fue sometida, la Fiscalía *banalizó* la violencia a la que ella fue sometida, al calificarla en el marco de un delito –en el que todas las partes coinciden no se corresponde objetivamente con los hechos— con un reproche punitivo mucho menos grave: el *acoso sexual*.

En efecto, la Fiscalía contó durante la investigación con distintos elementos del relato de la víctima que, de haber abordado correctamente, le hubieran permitido una apropiada calificación jurídica de la conducta. Así, por ejemplo, en la narración hecha por K.D.M.G. el 25 de noviembre de 2014, ella manifestó claramente que su padrastro en dos ocasiones la encerró en un cuarto, la empujó a una cama¹⁸ y se lanzó encima de ella, para oprimirla con su peso y evitar que ella se le escapara. Incluso, la menor adujo que, en una ocasión, **ella intentó liberarse**¹⁹ y que, no obstante, no pudo hacerlo, por el peso del cuerpo del agresor²⁰.

En este sentido, como se indicó, la Fiscalía General de la Nación “*tuvo elementos de conocimiento que debidamente*

¹⁸ Acto que representa violencia física, así haya ocurrido de forma “suave”.

¹⁹ Lo que implica que ella incluso opuso resistencia física.

²⁰ **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** es descrito por la menor como un hombre “gordo”.

*apreciados y sin mayor esfuerzo le exigían incluir la **violencia sexual y la ausencia de consentimiento de la víctima como circunstancia integrante de la conducta delictiva atribuida al procesado**; y, con fundamento en esa base fáctica, tipificar correctamente la conducta, justamente, para no dejar por fuera circunstancias que eran determinantes en este caso, **constitutivas de violencia sexual***²¹.

Esa omisión trajo como consecuencia que una conducta que, en aplicación del principio de estricta tipicidad, debió adecuarse a otro delito, fue subsumida en una norma de menor riqueza descriptiva y, sobre todo, de menor reproche punitivo. Lo anterior, máxime cuando el comportamiento quedó inicialmente calificado como un *acoso sexual*; cosa que sólo puede explicarse en el hecho de que la Fiscalía desestimó la configuración de una circunstancia de *violencia sexual*, cometida en contra de una mujer²².

A juicio de la Sala:

“Con lo dicho, resulta evidente que el presente caso es un claro ejemplo que muestra cómo la indebida formulación de los hechos jurídicamente relevantes impide la corrección de la calificación jurídica y, con ello, el adelantamiento de un debido proceso y adoptar decisiones conforme a derecho. Otro tanto ocurre cuando a pesar de un relato adecuado de los hechos, la tipificación es manifiestamente inadecuada.

Lo anterior redundante en la afectación sustancial a la estructura del debido proceso. De un lado, por cuanto se adelanta un juicio que podría conducir a decisiones injustas y desconocedoras del deber

²¹ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

²² Debe resaltarse, además, que este mismo yerro fue después replicado por el Tribunal, que consideró, de pasada, que en este caso no se había presentado ninguna forma de violencia.

de debida diligencia en la persecución penal en casos de violencia contra la mujer (...).

Por otra parte, esa incorrecta calificación también comporta la configuración de un debate equivocado, frente al que el procesado se ve en imposibilidad de ajustar su defensa a los contornos que delimitan un debido proceso en el que, por mandato constitucional y legal, es menester aplicar la perspectiva de género. Tal insuficiencia, afecta, entonces, la manera misma en que debe juzgarse un asunto de tal connotación”²³.

7.4.2.4. Como lo tiene decantado esta Corte, dicha irregularidad es **trascendente**. El indebido procesamiento y la impunidad en los casos de violencia contra las mujeres, lo que incluye investigaciones, juicios y sentencias²⁴, que no se correspondan con la gravedad de los hechos, “*perpetúa la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia*”²⁵.

Al respecto, debe recordarse que en la actuación penal el juez es garante del debido proceso de las partes e intervinientes, tanto en la etapa preliminar como en el juicio:

“En ese sentido, el juez está llamado, por mandato legal, a ejercer control sobre la claridad y concreción de los hechos -art. 288 C.P.P.; y, excepcionalmente, sobre la calificación jurídica de la conducta, a fin de evitar una evidente vulneración al principio de legalidad, cuando de manera manifiesta, con la sola contrastación entre los hechos narrados por el ente acusador y la denominación del delito -sin que medie ninguna valoración sobre los medios de

²³ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

²⁴ Inclusive condenatorias.

²⁵ CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Citado en CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

convicción-, advierta un exabrupto en la adecuación típica que se propone (CSJ. SP322-2025, feb. 19, rad.58.474)”²⁶.

En ese sentido, tal y como lo ha indicado la Sala, los jueces deben ser activos en exigirle a la Fiscalía que los hechos se determinen con claridad, que se adecuen a la realidad y que la calificación mantenga una correspondencia objetiva con ellos.

Así lo ha sostenido la Corte:

“De otra parte, la formulación de imputación no se encuentra sometida a un control material por parte de los jueces. Sin embargo, en consideración al carácter reglado y sustancial de dicho acto, derivado de su relación indisociable con la garantía constitucional del debido proceso, la improcedencia de un control de esa estirpe «no habilita a los fiscales para tomar estas decisiones arbitrariamente»⁴. En esa medida, compete al funcionario judicial verificar, a más de la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, los presupuestos formales del acto comunicacional⁵, sin que, se itera, ello implique una interferencia en el juicio de subsunción típica que compete al ente acusador o en otro aspecto cuyo debate esté circunscrito a la etapa de juicio.

En consecuencia, la pretermisión del referido control formal-constitucional por parte del director de la audiencia, «se erige en factor suficiente para determinar la invalidez del acto»²⁷.

Al respecto, la Sala ha enseñado que, cuando la adecuación típica, en criterio del juez, no concuerda de manera evidente con los hechos narrados, el juez *puede y debe* sugerirle a la Fiscalía que la revise²⁸, y ordenar un receso en la audiencia, bien de imputación o de acusación,

²⁶ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

²⁷ CSJ AP2761-2025, rad. 64382. Citado en CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

²⁸ Sin insinuar una calificación específica.

para darle la oportunidad al titular de la acción penal de revisar y reconsiderar la calificación jurídica de la conducta²⁹.

Incluso, si el fiscal del caso insiste en una tipificación que evidentemente no está conforme a la ley, el juez puede darle la oportunidad para que, conforme a la Resolución 1053 del 21 de marzo de 2017, expedida por la Fiscalía General de la Nación, solicite ante el respectivo director la realización de un “comité técnico-jurídico” y, en dado caso, suspender la audiencia para esos efectos, hasta que cuente con el acta de la realización del comité o con la decisión negativa de plano de la dirección ante la que elevó la petición.

No se trata, desde luego, de una orden que pueda impartir el juez, sino de alternativas a las que podría acudir excepcionalmente y en casos de manifiesta ilegalidad de la imputación o la acusación³⁰, pues el Juez tiene el deber Constitucional y legal, no solo de corregir los actos irregulares, sino de evitar que se estructuren.

7.4.3.5. Ahora bien, la Sala también ha enfatizado en que no es competencia del juez entrar a insinuar ni a realizar la adecuación típica de la conducta, pues no le corresponde sustituir a la Fiscalía General de la Nación y hacer la calificación jurídica de la conducta de una determinada manera. Esa potestad es exclusiva del ente acusador.

²⁹ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

³⁰ Ibídem.

La labor del juez, de ser necesario, es advertir la eventual inconsistencia o yerro ante una calificación jurídica de la conducta abiertamente ilegal y trasladar la responsabilidad a la Fiscalía para que, en cumplimiento de sus competencias constitucionales y legales, realice lo pertinente³¹.

Igualmente, en otras ocasiones la Sala ha aclarado que el control que ejerce el juez no recae sobre la *suficiencia probatoria para imputar o acusar*, ni sobre el estándar para hacerlo bajo una determinada calificación jurídica, pues la valoración frente a los medios de conocimiento solo puede hacerla preliminarmente para pronunciarse sobre la medida de aseguramiento³² y de manera definitiva en la sentencia al decidir sobre la responsabilidad penal³³.

Sin embargo, como se indicó, ante calificaciones jurídicas que contrarían abiertamente la realidad objetiva, que resultan abruptamente contradictorias frente a la simple narrativa de los hechos jurídicamente relevantes, no puede el juez simplemente vendar su comprensión, sino que debe ejercer un *control de legalidad*, respetuoso de las funciones de la Fiscalía General de la Nación, sin interferir en ellas ni usurparlas³⁴.

Así lo ha dicho la Sala:

³¹ Ibídem.

³² En el caso de los jueces de control de garantías.

³³ En el caso de los jueces de conocimiento.

³⁴ Ibídem.

“[sobre] La calificación jurídica o el juicio de tipicidad adecuado a los hechos fijados por la fiscalía, recae un control judicial limitado o excepcional. Ante casos contrafácticos o totalmente discordantes entre la premisa fáctica y su adecuación jurídica, o frente a calificaciones con deflación o inflación evidente o, en otras palabras, imputaciones o acusaciones manifiestamente ilegales, al juez le corresponde no convalidar el respectivo acto de parte”³⁵.

7.4.3.6. En el presente caso, se insiste, la Fiscalía, en la narración de los hechos realizada en la audiencia de formulación imputación, refirió claramente la existencia de una situación de *violencia sexual*; sin embargo, ella pasó inadvertida en la calificación jurídica de la conducta, no solo para el acusador, sino también para el Tribunal.

Posteriormente, para el momento de la acusación, la narración de los hechos realizada por la Fiscalía General de la Nación *invisibilizó la violencia sexual* que había descrito en la audiencia de formulación de imputación y los propuso de una manera en que privilegió, de manera manifiestamente inadecuada, elementos propios del delito de acoso sexual.

Al respecto, es preciso recordar que:

“El Estado colombiano tiene la obligación de investigar, procesar, juzgar y castigar adecuadamente, con la debida diligencia, los actos de violencia contra la mujer. Así se deriva de varios instrumentos normativos, entre ellos, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer -artículo 4, literal c- y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) - artículo 7, literal b-. Igualmente, el artículo 2.c) de la Convención de Belém do Pará establece que la violencia contra las mujeres

³⁵ CSJ SP1148-2025, rad. 60117.

*incluye la violencia ‘que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra’.*³⁶

En ese sentido, toda violación al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, incluido el incumplimiento del deber de debida diligencia, que se pueda atribuir, según las reglas del Derecho Internacional, por acción u omisión a una autoridad pública, puede ser imputable al Estado y comprometer su responsabilidad internacional.

Sobre el alcance de deber de debida diligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado lo siguiente:

“77. En relación con este asunto, la Corte destaca que el deber de debida diligencia tiene un vínculo con la prohibición de la discriminación (supra párrs. 68 a 73), debido a que es deber de los Estados enfrentar y responder a la violencia contra las mujeres mediante la adopción de medidas que impidan su perpetuación, y con la obligación de los Estados de garantizar el acceso a recursos judiciales efectivos, al que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana. En esa medida, las fallas en el deber de debida diligencia, tratándose de violencia contra las mujeres, constituyen una forma de discriminación violatoria de la Convención de Belém do Pará y de la Convención Americana”³⁷.

En el presente caso resulta evidente el incumplimiento del mandato de *debida diligencia*, pues es inequívoco que debió considerarse “la ausencia de consentimiento como un criterio jurídico determinante para delimitar la violencia

³⁶ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

³⁷ Caso Carrión González y otros vs. Nicaragua. Sentencia del 25 de noviembre de 2024. Citado en CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

*sexual*³⁸ y, a partir de ahí, tipificar la conducta conforme al ordenamiento jurídico.

Ello afectó de manera grave el *debido proceso*, cuya configuración reclama el acatamiento del referido mandato para, así, garantizar debidamente tanto el acceso a la justicia y los derechos de la víctima, como el derecho de defensa en el contexto de un juicio estructurado con cumplimiento de los estándares pertinentes.

En este orden de ideas, la violación al *debido proceso*, por *omisión* al deber de *debida diligencia*, da cuenta de una irregularidad de carácter sustancial que comporta una afectación grave al derecho humano de la mujer víctima de violencia sexual e implica el incumplimiento de una obligación estatal. Al respecto, el Estado tiene una obligación de garantía, al punto de que su incumplimiento le puede implicar responsabilidad internacional; por lo tanto, resulta imprescindible adoptar las medidas necesarias para remediarlo.

Así mismo, se reitera, el procesado tiene derecho a un juicio con todas las garantías, entre ellas, la de tener *referentes claros y suficientes* para poder ejercer la defensa frente a la hipótesis delictiva y la pretensión penal.

7.4.3.7. A juicio de la Sala, este es uno de aquellos casos en donde se evidencia la existencia de una tensión

³⁸ Este criterio fue fijado en la jurisprudencia de la Sala mediante el auto CSJ AP3382-2025, rad. 60721, ya tantas veces citado.

entre: (i) la prohibición de reforma en peor y (ii) el debido proceso de las mujeres víctimas de violencia sexual, en los que, como se advirtió, está inmersa de manera especial la obligación de *debida diligencia*.

Para este tipo de situaciones, la Sala ha fijado las siguientes reglas:

“Bajo ese entendido, corresponde acudir al principio de proporcionalidad, entendido como un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que busca asegurar que el poder público actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones .

En general, el método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación, su examen se encuentra integrado por: (i) la adecuación para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (idoneidad); (ii) que sea la menos restrictiva para los derechos fundamentales en conflicto (necesidad); y, (iii) constituya el interés de mayor peso en el caso en concreto (proporcionalidad en sentido estricto)”³⁹.

En el caso concreto, y dadas las garantías en tensión, la medida a adoptar necesariamente limitará el ámbito de protección de alguno de los derechos fundamentales referidos; por ello, según lo ha delimitado la jurisprudencia constitucional, debe aplicarse en la ponderación *el test de intensidad estricta*.

Este *“exige establecer que el fin es legítimo, importante e imperioso; y el medio, además de legítimo, debe ser adecuado, efectivamente conducente y necesario para la consecución del fin, esto es, que no puede ser reemplazado por uno menos*

³⁹ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

lesivo. Adicionalmente, en estos casos, se exige adelantar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto”⁴⁰.

En ese sentido, debe determinarse si: (i) se persigue una finalidad constitucional *imperiosa*; (ii) la medida, además de adecuada, es *necesaria*; y (iii) la medida es *proporcional* en estricto sentido.

7.4.3.7.1. La *finalidad constitucional imperiosa* que se persigue en el presente caso es la de *garantizar que el proceso se adelante conforme a la gravedad de los hechos*.

Al respecto, la Sala tiene establecido que el incumplimiento del deber de *debida diligencia* y la consecuente invisibilización de la violencia de género implican una punición inadecuada equiparable a la impunidad, lo que deja al proceso en un acto de “*justicia aparente*” con el que se incumple la protección a los derechos de la víctima, en particular, a la verdad y la justicia⁴¹.

Pese a que el procesado es apelante único y reclamó la absolución por el delito de *acoso sexual* por el que fue condenado, la Corte ya tiene dicho que el principio de *no reforma en peor* es compatible con la posibilidad de retrotraer actuaciones ilegales en casos de violaciones de derechos humanos.

⁴⁰ Corte Constitucional. C673 de 2001, reiterada en C-234 de 2019 y C-022 de 2020. Citada en CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

⁴¹ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

“Para la Sala, el núcleo esencial del derecho fundamental que prevé el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución no impide que en ciertos escenarios se recurra a la nulidad con el propósito de subsanar los yerros en los que se incurrió en el curso de la actuación”⁴².

En el asunto bajo examen, la **nulidad** de la actuación es un mecanismo *adecuado* para materializar el deber de investigar, y juzgar y, eventualmente, sancionar un caso de violencia sexual contra una mujer. Ello es así, por cuanto se deja sin efectos la actuación que adolece de un *vicio sustancial en la estructura*, para abrir un nuevo escenario en el que se dé cumplimiento al debido proceso, conforme al ordenamiento jurídico.

7.4.3.7.2. Además, ese remedio procesal es *necesario* por cuanto *no existe otra medida menos lesiva para recomponer la estructura del proceso y garantizar los derechos de partes e intervinientes*.

En ese sentido, la Corte no podría dictar sentencia por una conducta con mayor riqueza descriptiva, por cuanto quebrantaría el principio de *congruencia*; y tampoco le es posible ratificar la condena por un delito en el que su tipificación invisibilizaría la violencia sexual contra una mujer.

7.4.3.7.3. Finalmente, la nulidad es un mecanismo *proporcionado en sentido estricto*, en la medida en que la preponderancia que, dadas las circunstancias del caso, se

⁴² Ibídem.

otorga al *debido proceso* de las mujeres víctimas de violencia sexual –deber de *debida diligencia*–, opera en forma excepcional y sólo cuando el ejercicio de ponderación exige privilegiar este último, sin desconocer la validez genérica del derecho fundamental a la prohibición de reforma en peor del procesado.

7.4.3.8. La Sala tiene dicho que la nulidad, en estricto sentido, *no constituye un perjuicio punitivo*⁴³. Si bien podría potencialmente dar lugar a una situación más desfavorable para quien hizo uso, en forma exclusiva, del derecho a la impugnación; **esta eventualidad debe también ser tenida en cuenta por el recurrente ante flagrantes errores judiciales**, pues ellos habilitan a las autoridades judiciales para corregir oficiosamente vicios no convalidables que, por su magnitud, evidencia y trascendencia, no podrían tolerarse en forma pasiva⁴⁴.

En efecto, en virtud de la prohibición de reforma en peor el condenado cuenta con el derecho a que no se agravará *la pena impuesta* cuando es apelante único, según lo dispone el artículo 31 de la Constitución Política. Por consiguiente, la garantía que lo cobija se centra en la inmutabilidad de la pena que *efectivamente* se emitió en su contra, de manera que no sea sorprendido con una sanción más gravosa que no ha tenido la oportunidad de rebatir.

⁴³ Ibídem.

⁴⁴ Ibídem.

En forma razonable, este derecho se ha interpretado de manera amplia, en el sentido de entender que cualquier decisión que desmejore la situación del acusado, apelante único, está comprendida en el ámbito de protección del mismo. No obstante, comoquiera que la prohibición de reforma en peor **no es un derecho absoluto**, la autoridad judicial *puede y debe* corregir las ilegalidades que advierta como protuberantes, a través de la declaratoria de *nulidad*, sin que tal restricción concreta al derecho implique una afectación desmedida y genérica del mismo⁴⁵.

Bajo el entendido que con la declaratoria de nulidad **no se impone una pena al procesado** y, menos aún, se agrava, cuando excepcionalmente debe optarse por ella, no se vulnera el tenor literal del artículo 31 de la Constitución Política⁴⁶.

Por el contrario, queda sin efecto una sentencia contraria al ordenamiento jurídico y por esa vía, deja de estar condenado y pasa a estar procesado por la probable comisión de un delito; esto implica que la Fiscalía tendrá que acreditar en el juicio su responsabilidad y, por su parte, la defensa estará habilitada a oponerse a la pretensión punitiva.

La nulidad **no implica una condena automática** y el derecho de defensa se mantiene incólume. Con todo, debe insistirse en que este remedio procesal *“sólo debe aplicarse cuando el test de proporcionalidad lo advierta como la*

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Ibídem.

*herramienta adecuada para resolver la tensión entre dos principios o derechos fundamentales en conflicto*⁴⁷.

En este escenario se reajusta el *debido proceso* y se permite al acusado ejercer su defensa, sin que el resultado final necesariamente implique un fallo de responsabilidad penal con una pena superior; pero, en todo caso, de ser así, sus derechos fundamentales no se ven comprometidos.

7.4.3.9. Adicionalmente, la Corte considera que, en casos de violaciones a los derechos humanos en contra de sujetos de especial protección, como las **adolescentes menores de edad**⁴⁸, el cumplimiento de la obligación de *debida diligencia* hace parte de la estructura del *debido proceso* instituido en favor de partes e intervinientes. Por lo tanto, “*es posible decretar la nulidad de lo actuado cuando ella se ha desconocido*”⁴⁹. Lo anterior garantiza el cumplimiento de tal deber en el sistema de administración de justicia y resulta acorde con los derechos fundamentales del procesado.

Respecto a este punto, la Sala ya tiene dicho que:

*“El trámite de juicios aparentes que están destinados a la impunidad de formas graves de violencia de género, infringe los deberes de protección reforzada y debe ser corregido, en casos excepcionales como este, a través del único instrumento viable, esto es, la declaratoria de **nulidad**.”*

Al respecto, la Sala ha insistido en que la ausencia de aplicación

⁴⁷ Ibídem.

⁴⁸ Así sean mayores de catorce (14) años.

⁴⁹ CSJ AP3382-2025, rad. 60721.

del enfoque de género en los casos de violencia contra la mujer no solo afecta los derechos de las víctimas -verdad, justicia y reparación-, sino que expone al procesado a un escenario de dilación en desmedro de la celeridad y eficacia que debe regir la actuación penal, pues se le impide contemplar todos los escenarios para edificar la defensa material y técnica a que tiene derecho”⁵⁰.

7.5. En consecuencia, la flagrante vulneración al derecho al *debido proceso* impone al Estado, en cumplimiento de la obligación de *debida diligencia*, y dadas las particularidades excepcionales del caso, acudir al remedio procesal extremo y declarar la **nulidad** a partir de la audiencia de *formulación de imputación*.

Finalmente, en atención a la fecha de ocurrencia de los hechos y la declaratoria de nulidad objeto de la presente decisión, la Sala instará a las autoridades judiciales para que adelanten el trámite en cumplimiento estricto del mandato de *debida diligencia* y con sentido de urgencia en virtud del riesgo de prescripción.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**,

RESUELVE

1. DECLARAR la **NULIDAD** de lo actuado a partir de la audiencia de *formulación de imputación*, inclusive.

⁵⁰ Ibídem.

2. INSTAR a la Fiscalía General de la Nación para que designe un funcionario que asuma el caso, con enfoque de derechos humanos de las mujeres y la diligencia debida.

3. INSTAR a las autoridades judiciales para que adelanten el trámite en cumplimiento estricto del deber de *debida diligencia*.

4. DEVOLVER la actuación a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá para que le dé trámite, con el apoyo del Grupo de Trabajo Nacional de Violencia de Género para la Atención de Delitos que Afecten a Mujeres, Niños, Niñas y Adolescentes de esa entidad.

5. Contra este auto no procede ningún recurso.

Notifíquese y Cúmplase.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que siempre hemos profesado por las decisiones de la Sala, estimamos necesario salvar el voto respecto de lo determinado en el presente asunto, por las razones que a continuación exponemos⁵¹:

1. De manera inicial, consideramos que en este caso la Fiscalía se equivocó al identificar los tipos penales correspondientes a los diversos comportamientos desplegados por el implicado, defectos que no fueron corregidos a tiempo y se reflejaron en las decisiones judicial de las instancias.

Como se destaca en la sentencia de la Sala mayoritaria, la fiscalía, en la audiencia de formulación de imputación y en la acusación, narró los hechos jurídicamente relevantes de manera suficientemente clara, consistentes en que, en tres (3) ocasiones diferentes, durante los meses de octubre y noviembre de 2014, la menor K.D.M.G., de catorce (14) años de edad para entonces, fue objeto de tocamientos no consentidos en sus senos y vagina por parte de su padrastro, **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS**.

De acuerdo con las declaraciones de la menor, en la primera ocasión, el procesado la llamó al cuarto, la empujó

⁵¹ Con similares fundamentos, los ahora disidentes, ya habíamos suscrito otro salvamento de voto en un caso que plantea problemas jurídicos semejantes al presente. (*Impugnación especial N° 60721 CUI 15599600012520140013101 MANUEL ANTONIO SOLER ÁVILA*).

sobre la cama y se arrodilló sobre ella con las rodillas a sus costados. A continuación, empezó a tocarla en sus senos y vagina por debajo de la ropa sin su consentimiento, se sacó el pene y eyaculó.

En la segunda ocasión, el procesado aprovechó que ella estaba dormida para tocarle los senos y la vagina por encima de la ropa. En esa ocasión, ella se quedó quieta y no le mencionó nada por miedo.

En la tercera ocasión, el procesado aprovechó que ella estaba en el cuarto peinándose y, tras cerrar la puerta con llave, la acostó sobre la cama, y se posicionó encima de ella nuevamente. A pesar de intentarlo, la menor no pudo liberarse de él, por su peso. El procesado la tocó por debajo de la ropa, en sus senos y vagina e, incluso, le introdujo un dedo en la vagina.

De acuerdo con la menor, con ocasión de estos actos, ella se fue de su casa hacia la de una tía, no sin antes escribirle una carta a su madre contándole la situación por la que estaba pasando.

2. Como se ve, aunque la fiscalía pudo haber mezclado los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de imputación y acusación, es lo cierto que al procesado se le brindó información suficiente sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrieron los hechos que se le enrostraban.

3. Pese a la anterior claridad, ante el Juzgado 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se formuló imputación en contra de **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** por el delito de *acoso sexual agravado*⁵² en concurso homogéneo y sucesivo, en calidad de *autor*. El cargo no fue aceptado y no se solicitó medida de aseguramiento.

El fiscal delegado confeccionó el escrito de acusación e intervino en la audiencia de formulación de la misma en similares términos.

Adelantada la fase de juzgamiento, mediante sentencia de 9 de agosto de 2017, el Juzgado 38 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá absolvió a **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS**, tras considerar que no es posible concluir que realizó alguno de los verbos rectores del artículo 210A (*acoso sexual*) del Código Penal. Lo anterior, comoquiera que la menor realmente fue objeto de “*actos sexuales diversos a un acoso sexual*”, que se expresaron en tocamientos del acusado en las partes íntimas de la niña, y no de meras insinuaciones con fines lúbricos.

Así, en virtud del principio de *congruencia* y dado que la conducta del implicado no constituye el delito de “*acoso sexual*”, la primera instancia determinó *absolver* al implicado.

“el comportamiento del procesado sobrepasó cualquier barrera de un hostigamiento o acoso, pues no se trató solo de asedios

⁵² Por tratarse la víctima de una persona que integra la unidad doméstica.

sexuales sino de actos propios de otro delito, probablemente ubicado en el mismo título”.

La Fiscalía General de la Nación interpuso el recurso de apelación.

4. Al desatar la alzada, Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con fallo de 28 de enero de 2021, *revocó* la decisión primer grado y, en su lugar, *condenó* a **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** tras haberlo hallado responsable por la comisión del delito de *acoso sexual (simple)*, en calidad de *autor*.

A decir del *Ad- quem*, el *acoso sexual* sí se configura en el presente caso, toda vez que *este delito*, “*como ilícito de mera conducta y de peligro, bien puede concursar heterogéneamente con las otras modalidades de agresiones sexuales, sin que se excluyan o den lugar a un concurso aparente*”.

Descartó que se tratara de *actos sexuales abusivos*, sobre el hecho de que la menor era mayor de catorce (14) años, “*no se indicó que padeciera alguna situación que la ubicara en imposibilidad de resistir... y tampoco se patentizó el ejercicio de violencia para ese propósito*”.

5. Únicamente el defensor manifestó su desacuerdo, al interponer el recurso de *impugnación especial* para discutir, básicamente, que, si la Fiscalía incurrió en incongruencia entre lo sucedido y la calificación jurídica que impartió a la

conducta, la solución consistía en absolver al implicado, en lugar de condenarlo por acoso sexual, cuyo tipo no guarda correspondencia con los hechos de la acusación.

6. Lo que aquí sucedió, importa destacar, es que, la fiscalía se equivocó al momento de realizar el proceso de adecuación típica pues, tales hechos no se amoldan a los delitos de *acoso sexual* por los que **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** fue imputado y acusado, conforme los principios de estricta legalidad y tipicidad.

Lo ocurrido se compadece con delitos sexuales *abusivos y violentos*, conductas mucho más graves que aquellas que le fueron enrostradas al procesado.

7. Por lo tanto, el problema jurídico que debía resolver la Corte se circunscribía a determinar si en este caso era factible decretar la nulidad de lo actuado, desde la audiencia de formulación de imputación, ante la evidente incorrección de la calificación jurídica que realizó la fiscalía.

Sobre este tema, es necesario relevar que la Corte ya se había pronunciado en la decisión CSJ SP475-2023, 22 nov. 2023, rad. 58432, oportunidad en la que decretó la nulidad de la actuación, desde la audiencia de formulación de imputación, porque en aquel caso, como en este, la fiscalía incurrió en una calificación jurídica manifiestamente errónea -acorde con los hechos y el material probatorio que poseía hasta ese momento-, lo que no sólo contrarió el orden jurídico, sino los derechos de las víctimas.

Estas fueron las razones que expuso la Corte en esa oportunidad:

«35. La verificación *ab initio* de la corrección del juicio de adecuación típica del que deriva la calificación jurídica que integra la acusación, que para nada tiene que ver con el *mérito o soporte probatorio* de los hechos en que se basa la hipótesis delictiva (control material), supone un *cotejo de las premisas fáctica y jurídica* en que aquélla se edifica, en el que, previo a abordar la acreditación de ésta, ha de constatarse el cumplimiento de las exigencias *sustanciales* de *pertinencia* y suficiencia que determinan la “*relevancia*” jurídica de los hechos.

36. Como viene precisando la Sala (CSJ SP3773-2022, rad. 54.239 y CSJ SP004-2023, rad. 62.766), el juicio sobre la *relevancia* de los hechos atribuidos al imputado o acusado en verdad es un filtro de *pertinencia* de la realidad fenomenológica, en *contraste* con referentes normativos. Al atribuirle al procesado la comisión de una conducta o la omisión de un deber que por ministerio de la ley se reputan punibles, ha de identificarse cuáles son los *enunciados de hecho* (proposición fáctica) que, en el plano *normativo*, se ajustarían el tipo penal concernido, así como los presupuestos de las demás categorías de la responsabilidad penal. A partir de ellos, tendrá que filtrarse o depurarse la realidad fenomenológica investigada para *formular los enunciados de hecho -particulares y concretos-* que integrarán la hipótesis delictiva.

37. Esas *proposiciones* deben ser, por una parte, *pertinentes*, es decir, pertenecientes o correspondientes a los enunciados de hecho fijados *-de manera general y abstracta-* en la norma contentiva del tipo penal; por otra, **suficientes**, esto es, que

basten para que la *hipótesis fáctica* (por ejemplo, que X mató a Y propinándole un disparo con arma de fuego) encuentre una *total correspondencia* en la *hipótesis normativa* (el que matare a otro incurrirá en pena).

38. De suerte que, más allá de la “*relevancia*” de los hechos - que tiene que ver con su “*importancia*” jurídica-, la correcta y adecuada formulación de una acusación en el componente fáctico -que en todo caso ha de ir de la mano de lo jurídico- implica la *enunciación* de proposiciones de hecho *concretas* que se *equiparen a todos y cada uno de los referentes normativos necesarios para configurar determinada situación sustancial*. Sólo si se da esa correspondencia y suficiencia en la *proposición* de las premisas fácticas, es posible subsumir éstas en el tipo penal. De lo contrario, mal podría haber una adecuación *típica* apta para soportar una hipótesis delictiva a comprobar judicialmente».

Aquella postura fue reiterada hace poco, en la decisión CSJ SP322-2025, 19 feb. 2025, rad. 58474, en la que se indicó que «*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*».

Y, en la decisión CSJ SP1148-2025, 30 abr. 2025, rad. 60117, se expusieron los siguientes argumentos:

«(vi) El control judicial a lo largo de la actuación penal, en especial, las verificaciones que corresponde ante una solicitud de condena anticipada.

La obligación connatural a la función del Juez no se limita a emitir sentencia atendiendo la legalidad de los delitos y de las penas, sino que, como árbitro por ministerio de la Constitución y la ley, le corresponde verificar que cada actuación procesal esté ajustada al ordenamiento jurídico.

El juez también debe realizar controles antes de emitir la respectiva sentencia. El ámbito de competencia o el control que ejerce el juez en la imputación, acusación y sentencia está delimitado a partir de 3 posibilidades:

1. Los hechos (o enunciados fácticos)
 2. La calificación jurídica (o juicio de tipicidad) y;
 3. La suficiencia probatoria.
- (...)

2. Sobre el segundo aspecto, la calificación jurídica o el juicio de tipicidad adecuado a los hechos fijados por la fiscalía, recae un control judicial limitado o excepcional. **Ante casos contra fácticos o totalmente discordantes entre la premisa fáctica y su adecuación jurídica, o frente a calificaciones con deflación o inflación evidente o, en otras palabras, imputaciones o acusaciones manifiestamente ilegales, al juez le corresponde no convalidar el respectivo acto de parte».**

De manera que, a la luz de los precedentes jurisprudenciales de la Corte, en principio, sí es factible decretar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, ante la evidente incorrección de la calificación jurídica que realiza la fiscalía.

8. Sin embargo, en este punto, surge un nuevo problema jurídico de cara al principio *non reformatio in pejus*, pues, aquí, a diferencia de los casos arriba citados, quien impugnó la sentencia condenatoria lo fue, exclusivamente, el procesado, solicitando su absolución por el delito de *acoso sexual*, por el que fue condenado en segunda instancia.

9. Pues bien, en la decisión de la que nos apartamos, inicialmente se indica que el Estado colombiano tiene la obligación de investigar, procesar, juzgar y sancionar adecuadamente, *con la debida diligencia*, los actos de violencia contra la mujer.

Por esa vía, se señala que el «*mandato de debida diligencia*», en casos de violaciones a los derechos humanos, en contra de sujetos de especial protección, como la mujer, hace parte de la estructura del debido proceso, de ahí que su incumplimiento se constituye en una irregularidad de carácter sustancial que comporta una afectación grave al derecho humano de la mujer víctima de violencia sexual e implica el incumplimiento de una obligación estatal.

A partir de esa idea, se señala que, en este caso, se incumplió con el «*mandato de debida diligencia*», porque no se consideró la ausencia de consentimiento como un criterio jurídico determinante para delimitar la violencia sexual y, a partir de ahí, tipificar la conducta conforme al ordenamiento jurídico; por lo que se concluyó que se violó el debido proceso.

10. Hasta aquí, es importante hacer varias reflexiones.

En primer lugar, la Sala Mayoritaria establece que, en casos de violaciones a los derechos humanos en contra de sujetos de especial protección, como la mujer, el cumplimiento de la obligación de debida diligencia hace parte de la estructura del debido proceso. Esto es problemático, pues, apareja una relativización de una garantía y derecho fundamental constitucional, prevista para todos los conciudadanos en condiciones de igualdad -*el debido proceso*-, que se basa apenas en las particulares condiciones de la víctima.

Según lo presentado, entonces, las garantías sustanciales y procesales, que integran el *debido proceso*, son unas en aquellos casos en los que la víctima es un sujeto de especial protección constitucional, y otras, en los demás eventos, lo que resulta a todas luces inadmisible, por inconstitucional.

En segundo lugar, la Sala Mayoritaria integra el «*mandato de debida diligencia*» al debido proceso. Sin embargo, en la decisión no se define con claridad, objetividad y certeza el concepto, alcances y límites de ese mandato, lo que resultaba ineludible dada su trascendencia y efectos, pues, como se dice en la sentencia de la que nos apartamos, su incumplimiento constituye una irregularidad de carácter sustancial que afecta el debido proceso.

Precisamente, cuando se introducen conceptos novedosos, sin precisar su naturaleza y alcances, su aplicación no sólo se torna arbitraria -como especie de posición autoritaria carente de justificación suficiente-, sino que establece un criterio completamente poroso por el cual se puede introducir cualquier criterio personal o interesado, siempre que se quiera entender que algún comportamiento del fiscal o de los jueces no se inscribe en el postulado etéreo de **“debida diligencia”**.

Sobre este tema, no hay duda en cuanto a que el Estado colombiano se encuentra vinculado con un deber de *debida diligencia* en materia de prevención, investigación y sanción de los actos de violencia sexual contra mujeres⁵³, que surge como parte de su compromiso internacional de adoptar todas las medidas necesarias -administrativas, legislativas, judiciales, financieras y fiscales- para la adopción, implementación y seguimiento de políticas públicas efectivas y adecuadas tendientes a eliminar toda manifestación de violencia y discriminación en razón del género.

En materia penal, uno de los deberes que recae sobre el Estado, al impulsar investigaciones penales por delitos de violencia sexual contra niñas, adolescentes y mujeres, es, precisamente, el *«deber de los funcionarios públicos de calificar de manera adecuada, y dentro estos tipos penales, los hechos constitutivos de violencia de género, de acuerdo a su gravedad y a la entidad de los bienes jurídicos lesionados»*

⁵³ El deber de diligencia en la prevención de actos de violencia adquiere alcances específicos y reforzados, respecto de niños, niñas y adolescentes.

(CC A009/15); sin embargo, este mandato se vincula, necesariamente, con los principios de legalidad y tipicidad, no con el debido proceso, como se asegura, sin ninguna explicación, en la decisión de la que nos apartamos.

Luego, cuando en los casos de violencia sexual contra niñas, adolescentes y mujeres, la fiscalía realiza una equivocada adecuación típica o calificación jurídica del comportamiento, se incumple con el deber de *debida diligencia*, por la vía de la violación de los principios de legalidad y tipicidad. Esto es, el concepto en mención no opera de manera aislada -como especie de *as bajo la manga para cuando se quiera dejar sin efecto un trámite o actuación*-, sino que reclama de su debida adecuación a elementos ya existentes que gobiernan la legitimidad del trámite y cuya vulneración puede conducir, en casos trascendentes, a su invalidación.

11. Pues bien, en este caso sucedió que los hechos de violencia sexual de los que fue víctima la menor K.D.M.G., de catorce (14) años de edad, fueron indebidamente calificados por la fiscalía, en la audiencia de formulación de imputación, como *acoso sexual* en concurso homogéneo, con lo cual, se violaron los principios de legalidad y tipicidad.

De otro lado, ocurre que **ABELARDO GONZÁLEZ VARGAS** fue absuelto en primera instancia. El tribunal, por su parte, revocó la absolución y lo condenó, por primera vez, por el delito de acoso sexual (*simple y sin concurso*). El procesado fue el único que recurrió la sentencia, en impugnación especial, solicitando ser absuelto por el delito de *acoso*

sexual, como solución a las incongruencias, lo que quiere decir que, en este caso, es apelante único.

De manera que, ante la tensión entre el principio *non reformatio in pejus* y los principios de legalidad y tipicidad, surge necesario acudir a la ponderación, a través del test de proporcionalidad, con el objeto de establecer cuál principio debe ceder.

12. Pues bien, en la sentencia de la que nos apartamos, se anuncia que se realizará un test de ponderación entre «(i) *la prohibición de reforma en peor* y (ii) *el debido proceso de las mujeres víctimas de violencia sexual*»; sin embargo, lo cierto es que la herramienta se soslaya y, en forma casi que inmediata, se concluye que «*el principio de no reforma en peor es compatible con **la posibilidad de retrotraer actuaciones ilegales en casos de violaciones de derechos humanos**. Ello por cuanto “Para la Sala, el núcleo esencial del derecho fundamental que prevé el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución no impide que en ciertos escenarios se recurra a la nulidad con el propósito de **subsanan los yerros en los que se incurrió en el curso de la actuación**”.*

Como se ve, en un solo párrafo, sin más, la Corte varió su jurisprudencia, sin siquiera mencionar la existencia de un precedente consolidado y pacífico, plasmado desde la sentencia de casación CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 35487, conforme con el cual, no es constitucionalmente admisible que se decrete la nulidad del proceso cuando esa decisión

conduzca a desmejorar, directa o indirectamente, la situación del apelante único.

Esto dijo la Sala en esa oportunidad:

«6. De este modo, se sentó como premisa general que la Corte hoy reitera bajo los supuestos de este caso, que **cuando el objeto del recurso que propicia la doble instancia está signado por el propósito de mejorar la situación procesal del imputado como único apelante, carece el superior del más mínimo poder corrector del debido proceso o adecuación de la actuación, al margen de que aduzca advertir flagrantes quebrantos** o pretexto defectos en el cálculo dosimétrico de la pena.

La modificación oficiosa de la sentencia, aún bajo el referido supuesto de enmienda de la actuación, en todos los casos en que involucre directa o indirectamente una alteración peyorativa de la sanción (esto es una más drástica punición o la invalidación de lo actuado con mediato idéntico efecto), está prohibida por el art. 31 superior, pues dicha restricción constitucional no admite excepción alguna».

Esta postura ha sido reiterada en las decisiones CSJ SP14842-2015, 28. oct. 2015, rad. 43436; SP3714-2016, 30 mar. 2016, rad. 46785; AP5285-2017, 16 ago. 2017, rad. 47953; SP708-2020, 17 jun. 2020, rad. 48916; SP467-2023, 8 nov. 2023, rad. 58335, y SP2934-2024, 6 nov. 2024, rad. 58355.

13. Es más, en casos análogos como este, en los que se produjo una indebida atribución jurídica, pero la defensa

operaba como apelante único, la Corte ponderó siempre a favor del principio *non reformatio in pejus*, sobre los principios de legalidad y tipicidad⁵⁴ (CSJ SP1322-2024, 22 may. 2024, rad. 55831⁵⁵; CSJ SP150-2024, 7 feb. 2024, rad. 60307⁵⁶, y CSJ SP467-2023, 8 nov. 2023, rad. 58335⁵⁷).

Por lo tanto, existe una línea jurisprudencial consolidada, según la cual, el principio *non reformatio in pejus* tiene más peso que el principio de legalidad, en su sentido más amplio.

De ahí que no resulte posible decretar la nulidad del proceso cuando esa decisión conduzca a desmejorar, directa o indirectamente, la situación del apelante único, lo que ocurre cuando, por ejemplo, se decreta la nulidad de la actuación para que la fiscalía impute un delito más grave, tal y como sucede en este caso.

⁵⁴ Ver también las decisiones CSJ SP3990-2022, Rad. 58141 y SP203-2023, Rad. 55310. En esos dos eventos, la Corte concluyó que el tribunal violó el principio de *non reformatio in pejus*, porque al proferir una nueva decisión -dado que la anterior fue declarada nula por motivación deficiente o incompleta- desconoció lo que ya había sido decidido y agravó la situación del apelante único. En esos casos, dijo la Corte, como la anulación se produjo por motivación deficiente o incompleta, el tribunal debió enmendar el error de motivación «pero sin agravar la reconocida situación favorable que les había concedió a los apelantes únicos».

⁵⁵ En este caso, el procesado fue imputado, acusado y condenado por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*, pese a que los hechos jurídicamente relevantes imputados se adecuaban al delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado*. En esa oportunidad, la Corte indicó que, a pesar del manifiesto error en la adecuación típica de la conducta, no realizaría modificación alguna a la sentencia, para no transgredir el principio de *non reformatio in pejus*, dada la condición de apelante único. Lo mismo sucedió en la decisión CSJ SP784-2022, Rad. 58663.

⁵⁶ En este caso, el procesado fue imputado, acusado y condenado por el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, pese a que los hechos atribuidos se adecuaban al delito de *acceso carnal violento agravado*. Lo mismo ocurrió en la decisión CSJ SP414-2023, Rad. 62801.

⁵⁷ En este caso, la Corte no accedió a la solicitud del delegado del ministerio público, quien, en el traslado de los no recurrentes, solicitó que se decretara la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de formulación de acusación, para que los procesados fueran acusados por un concurso homogéneo del delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, entre otras razones, porque ello aparejaría una violación al principio de *non reformatio in pejus*.

Es evidente, por ello, que la decisión de la cual nos apartamos resulta contraria al precedente jurisprudencial de esta Corte.

14. Ahora bien, no hay duda en torno a que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede variar su precedente, porque la función constitucional de interpretar la ley en materia penal -sustancial y procedimental- y unificar por esa vía la jurisprudencia, para darle unidad al ordenamiento jurídico, demanda de una continua confrontación y adecuación a las realidades y necesidades cambiantes de una sociedad altamente compleja, como el Estado contemporáneo (CC SU-047/99; CC C-836/01).

Sin embargo, ello no significa que la Corte pueda cambiar su jurisprudencia de cualquier forma. Sobre este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia CC C-400/98, explicó qué requisitos debía cumplir un cambio de jurisprudencia para que sea legítimo.

Dijo entonces la Corte:

*«En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento **tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado.** Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que*

*el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. **Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.***

La Sala Mayoritaria no cumplió con la carga argumentativa que le era exigible, simplemente, desconoció de manera abierta y contraevidente su propio precedente, sin reparar en los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y el derecho de acceso a la administración de justicia, que implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado, como administrador de justicia⁵⁸.

15. De otra parte, la tesis que se plantea en la decisión mayoritaria, incluye una cláusula de corrección judicial ilimitada y abierta, por la vía de la nulidad, aún en los casos en los que el procesado es apelante único, pues se asegura, de manera abstracta y general, que *«el principio de no reforma en peor es compatible con la posibilidad de retrotraer*

⁵⁸ La Corte Constitucional ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: “Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.” Sentencia C-478/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

actuaciones ilegales en casos de violaciones de derechos humanos». Esto resulta contrario a las garantías penales y procesales que tanto ha costado alcanzar; entre ellas, el principio acusatorio, la igualdad de las partes, la imparcialidad del juez, los derechos de defensa y contradicción, entre otros.

Es que, palabras más, palabras menos, la Corte se autoasigna el rol de corrector omnímodo de todas las incorrecciones que la fiscalía y los jueces de instancia hayan podido cometer en el curso de una actuación judicial, aún por encima de las garantías mínimas debidas al sujeto pasivo del procedimiento, destinatario del ejercicio del *ius puniendi*, como si de un juez inquisidor se tratara. Nada más contrario al proceso de constitucionalización del derecho penal y procesal penal.

Por lo demás, es de tal manera abierta la textura de lo propugnado por la Sala mayoritaria, que resulta imposible calibrar su efecto, esto es, verificar una regla que permita establecer cuándo o por qué se acude a esta facultad omnímota.

16. No se conoce, y la decisión de la cual nos apartamos no lo dice, cuándo debe entenderse que una actuación u omisión del fiscal o de los jueces “*viola los derechos humanos*”.

Incluso, como evidente paradoja, ello podría conducir a significar que la decisión se repele a sí misma, pues, cuando

se afecta el principio *non reformatio in pejus*, también es factible significar que se han violado “los derechos humanos” del acusado.

Por otro lado, en la decisión de la Sala mayoritaria, se señala que, si en las audiencias correspondiente el fiscal insiste en una tipificación errada, *«el juez puede darle la oportunidad para que, conforme a la Resolución 1053 del 21 de marzo de 2017 expedida por la Fiscalía General de la Nación, solicite ante el respectivo director la realización de un “comité técnico-jurídico” y, en dado caso, suspender la audiencia para esos efectos, hasta que cuente con el acta de la realización del comité o con la decisión negativa de plano de la dirección ante la que elevó la petición⁵⁹. No se trata, desde luego, de una orden que pueda impartir el juez, sino de alternativas a las que puede acudirse excepcionalmente y en casos de manifiesta ilegalidad de la imputación o la acusación»*.

No podemos atender esta determinación, dada su evidente contradicción e inconveniencia.

Por un lado, se indica que no es una orden que pueda impartir el juez; sin embargo, se señala que, *«en todo caso»*, el funcionario judicial debe suspender la audiencia, *«hasta*

⁵⁹ “4 Resolución 1053 de 2017. Artículo 4o. “Solicitud de comité. El fiscal de conocimiento podrá solicitar ante el director correspondiente la realización de un comité técnico-jurídico cuando la complejidad o connotación de un caso o situación así lo amerite. El fiscal de conocimiento no podrá convocar a la realización de los comités técnicos-jurídicos. La realización del comité es discrecional del Director a quien se haya solicitado. Esta decisión se tomará de plano. La solicitud de realización del comité deberá hacerse por escrito determinando concretamente el caso de que se trate, los problemas jurídicos que deben ser evaluados por el comité y la necesidad de su realización.”

que cuente con el acta de la realización del comité o con la decisión negativa de plano de la dirección ante la que elevó la petición», lo que sin duda le impone la obligación al fiscal de conocimiento de solicitar ante el director correspondiente la realización del comité técnico-jurídico, opción que, por demás, sólo está prevista para casos complejos o de connotación.

Además, no resulta claro si el juez se encuentra facultado para ordenarle a una parte que adelante un trámite administrativo respecto del cual no tiene ningún control, de cara a la independencia y autonomía de la Fiscalía General de la Nación.

De otro lado, preocupan los efectos de la suspensión de la audiencia -de imputación o de acusación- de cara a la restricción de la libertad del procesado. Esto es, respecto de la primera diligencia en cita, no entendemos cómo puede permanecer en un limbo la situación de quien ha sido capturado -*en flagrancia o por orden judicial*- quien, se supone, debe esperar a que se cite el Comité en cuestión, que este entregue su respuesta y que la misma sea trasladada por el fiscal al juez, para que, finalmente, se puede resolver sobre su situación jurídica.

Sobraría mencionar que la ley contempla los casos específicos en los cuales se debe suspender el trámite, ninguno de ellos, se obliga también destacar, consagra el tema que ahora, como especie de legislador, se incluye por la Corte.

17. Finalmente, no estamos de acuerdo con la afirmación que se hace en la sentencia de la que nos apartamos, según la cual, a la Corte “*tampoco le es posible ratificar la condena por un delito en el que su tipificación invisibilizaría la violencia sexual contra una mujer*”; pues, con ello prácticamente se está sugiriendo que la calificación jurídica que se imparta a las conductas en que incurrió el implicado necesariamente tendrán que incluir la violencia entre los elementos estructurantes.

La Sala ha dado impulso al *enfoque de género*, con una línea hermenéutica que, entre varios criterios, recuerda el deber de los servidores judiciales de identificar patrones y estereotipos que tiendan a perpetuar todas las formas de ancestral discriminación contra la mujer.

No obstante, en esos mismos pronunciamientos, la Corte ha enfatizado en que la perspectiva de género: **a)** no puede traducirse en un enfoque diferencial que afecte o desconozca las garantías fundamentales de los procesados, **b)** no conduce a aceptar automáticamente, y sin visión analítica integral, el testimonio de las personas que denuncian eventos de abuso sexual, **c)** no va dirigida a modificar el estándar probatorio requerido, para emitir una sentencia condenatoria, y **d)** en esa medida, los principios de presunción de inocencia y de resolución o aplicación de la duda en favor del procesado se mantienen incólumes (CSJ. SP2701-2024, 2 oct. 2024, rad. 59073, y AP4945-2024, 28 ago. 2024, rad. 65158).

En ningún caso en el que el juez deba aplicar enfoques diferenciales y/o de género, puede asumir como suya la causa de la víctima, así sea con las mejores intenciones, toda vez que, de hacerlo, pierde el horizonte de su gestión constitucional, para asumir un rol de parte, que de ninguna manera le corresponde.

En consecuencia, cuando, proferida la sentencia, la Fiscalía ha quedado satisfecha con esa decisión y la sentencia no es impugnada por el Ministerio Público -garante de los derechos fundamentales-, ni por la víctima -titular del derecho a la reparación integral-, ningún Juez de la República puede, legítimamente, pretender que se empeore la situación del implicado, en los casos en los que actúa en calidad de apelante único, bajo el supuesto de restablecer la legalidad o proveer más protección para la víctima o alguno de los otros intervinientes en el proceso penal.

Principios como los de independencia e imparcialidad judiciales obligan de necesaria contención, para que no parezca que el juez ha abandonado la balanza o inclinado su fiel hacia una de las partes, entre otras razones, porque esas partes, por sí mismas o a través de órganos específicos, han intervenido con respeto de sus garantías y derechos.

En consecuencia, con lo anterior, consideramos que, en este caso, la solución debió ser la absolución.

En esos términos, dejamos plasmado el razonamiento que nos llevó a apartarnos de la decisión adoptada por la Mayoría de la Sala.

Fecha Ut Supra,

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Sala Casación Penal @ 2025