



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

**Magistrado ponente**

**SP372-2021**

**Radicado N° 55532.**

Acta 32.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

## **I. VISTOS**

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensa de **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que revocó la absolutoria expedida el 5 de marzo de igual anualidad por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Facatativá (Cundinamarca), para, en su lugar, condenarlo como cómplice del punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado.

## II. HECHOS

En la tarde del 1 de diciembre de 2013, en la «*Tienda Las Mazorcas*» del barrio San José Obrero del municipio de Facatativá, ELIANA PAOLA GUEVARA AGUIRRE, **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, JOSÉ DAVID VEGA BARBOSA y JUAN SEBASTIÁN CONTRERAS MAHECHA consumieron bebidas embriagantes (cerveza y aguardiente) hasta que, ya en horas de la noche, la mujer perdió la noción de los acontecimientos. El primero de los citados se trataba de un amigo de ELIANA PAOLA, que conocía diez años atrás y los restantes, dos hombres que **BERNAL BELTRÁN** le presentó la noche anterior y con los que departió hasta la mañana de ese día, en una fiesta en la localidad de La Vega (Cundinamarca).

Ante llamada de la ciudadanía, aproximadamente a las 09:00 p.m., agentes de la Policía Nacional acudieron al Parque Las Tinguas de Facatativá y encontraron a la joven inconsciente, acostada en el césped en posición fetal, con su vestido subido a la altura del pecho, la ropa interior debajo de las rodillas y semen en su expuesta zona genital, mientras que VEGA BARBOSA y CONTRERAS MAHECHA se hallaban posicionados uno al frente de la agredida, y otro en su parte posterior, con su ropa interior abajo y miembros viriles erectos que frotaban en el cuerpo de la fémica, además de manosear sus senos y glúteos, al paso que **BERNAL BELTRÁN**, sentado al lado del grupo, presenciaba la escena.

### III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 2 de diciembre de 2013, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Facatativá, la fiscalía formuló imputación contra **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, JOSÉ DAVID VEGA BARBOSA y JUAN SEBASTIÁN CONTRERAS MAHECHA como coautores del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado (artículos 210 y 211 numeral 1º del Código Penal), cargo que no aceptaron<sup>1</sup>. Se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en la residencia señalada por los imputados.

Radicado el escrito de acusación<sup>2</sup> por el ente investigador –con relación al anunciado punible–, la actuación la asumió Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma localidad, despacho ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación<sup>3</sup>, preparatoria<sup>4</sup> y juicio oral<sup>5</sup>; finalmente, el 5 de marzo de 2018 se profirió sentencia<sup>6</sup> condenatoria en adversidad de VEGA BARBOSA y CONTRERAS MAHECHA<sup>7</sup>, y absolutoria a favor de **BERNAL BELTRÁN**.

---

<sup>1</sup> Cfr. Folios 34 y 35, C.O. n.º 1.

<sup>2</sup> Cfr. Folios 38 a 43, *ib.*

<sup>3</sup> Marzo 4 de 2014. Cfr. Folio 63, *ib.*

<sup>4</sup> 27 de octubre de 2014. Cfr. Folios 146 a 148, *ib.*

<sup>5</sup> Sesiones de 11 de mayo, 6 de julio y 17 de noviembre de 2015; 28 de marzo y 24 de mayo de 2016; 18 de abril, 31 de julio y 26 de septiembre de 2017; y 22 de enero de 2018. Cfr. Folios 169, 185, 235, 262 y 278, C.O. n.º 1 y 48, 77A, 77B, 90, 91 y 136, C.O. n.º 2.

<sup>6</sup> Cfr. Folios 148 a 171, C.O. n.º 2.

<sup>7</sup> Impuso las penas de 130 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la corporal. Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

Apelada dicha decisión, en lo desfavorable, por la fiscalía y los defensores de los condenados, el 30 de octubre siguiente, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca<sup>8</sup> la confirmó, en lo que corresponde a la atribución de responsabilidad en cabeza de JOSÉ DAVID VEGA BARBOSA y JUAN SEBASTIÁN CONTRERAS MAHECHA, pero, la revocó, en cuanto, condenó a **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN** como cómplice de la ilicitud de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado, y le impuso la pena de 64 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la corporal. Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y ordenó su captura<sup>9</sup>.

La defensa de **BERNAL BELTRÁN** recurrió en casación y allegó la demanda<sup>10</sup> correspondiente, que la Corte admitió por auto del 19 de julio de 2019<sup>11</sup>; el 21 de enero de 2020 se verificó la sustentación respectiva<sup>12</sup>.

#### IV. LA DEMANDA

El mandatario judicial de **BERNAL BELTRÁN** formula un **cargo único** al amparo de la causal tercera de casación, derivado de un error de hecho por falso juicio de identidad, lo que condujo a la indebida aplicación de los preceptos 30 y 210 inciso 2° del Código Penal.

---

<sup>8</sup> Cfr. Folios 14 a 39, cuaderno del Tribunal.

<sup>9</sup> La misma se hizo efectiva el 11 de abril de 2019. Cfr. Folios 143 a 145, *ib.*

<sup>10</sup> Cfr. Folios 77 a 101, *ib.*

<sup>11</sup> Cfr. Folio 7, cuaderno de la Corte.

<sup>12</sup> Cfr. Folios 33 y 34, *ib.*

Pretende la defensa demostrar que de los hechos y de las pruebas no se puede predicar la participación del procesado en la conducta punible endilgada, ni como coautor, ni a título de cómplice, por tanto, se debe reafirmar su presunción de inocencia.

Luego de citar lo declarado por el Patrullero WALDIR ALCALÁ RODRÍGUEZ, señala que el Tribunal tergiversó su dicho pues, este no indicó que **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN** vigilaba la escena en la que se cometía una conducta punible, sino que, simplemente, estaba sentado al lado del grupo, vestido, mirando a la víctima, por ende, no realizó actos sexuales sobre ELIANA PAOLA GUEVARA AGUIRRE.

De la misma forma, transcribe lo declarado por el Auxiliar de Policía WILMAR MIGUEL SANABRIA ESPINOSA, para significar que **BERNAL BELTRÁN** estaba sentado con su celular en la mano, de ninguna manera realizaba tocamientos sobre ELIANA PAOLA, o en posición de vigilancia, o de custodia, o de «*campanero*», al punto de permitir su realización, como de forma equivocada sentenció el juez colegiado.

La defensa no ataca la materialidad de la conducta, es decir, que ELIANA PAOLA haya sido objeto de actos sexuales mientras se encontraba en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir, sino que, la prueba apreciada en conjunto no permite llegar al conocimiento más allá de duda razonable de que el acusado haya prestado colaboración a los coacusados, vale decir, que la complicidad deducida por el Tribunal se deriva del falso juicio de identidad respecto de

las declaraciones de los anunciados gendarmes, afectadas en su entidad material.

Posteriormente, trae a colación las exposiciones de la víctima y de los demás testigos de cargo y descargo, en los que, según su dicho, no se advierte la participación de **BERNAL BELTRÁN** en los hechos juzgados.

En suma, para el censor la prueba correctamente apreciada no demuestra que la conducta de **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, encuadre en el dispositivo de la complicidad, razón por la que deprecia casar la sentencia confutada y emitir el fallo absolutorio de reemplazo, en consonancia con lo resuelto por la primera instancia.

## V. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

**5.1.** El **recurrente**, en lo fundamental, a pesar de que se advirtiera la posibilidad de efectuar un alegato sin el rigor propio de la casación, a efecto de garantizar el derecho a impugnar la condena emitida por primera vez en segunda instancia, se limitó a reiterar el cargo de la demanda.

**5.2** Para el Delegado de la **Fiscalía**, la censura elevada no está llamada a prosperar.

Indicó que para deducir responsabilidad frente a **BERNAL BELTRÁN**, como cómplice de la conducta acusada, el Tribunal contempló y apreció los testimonios que en juicio

rindieron los miembros de la Policía Nacional, sin que se advierta en su valoración el falso juicio de identidad alegado.

Afirmó que el libelista no abordó las inferencias realizadas por el juez colegiado, a partir de las cuales dedujo que el procesado contribuyó de manera eficaz para la ejecución de los actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, en tanto, quedó demostrado que **BERNAL BELTRÁN** conoció de la acentuada ingesta de bebidas embriagantes por parte de la mujer y de su traslado hasta el Parque Las Tinguas de Facatativá, que, por sus condiciones de aislamiento y de oscuridad, propició el escenario adecuado para ejecutar el comportamiento injusto.

Explicó que es cierto que **BERNAL BELTRÁN** no fue visto realizando el acto sexual sobre la víctima; por ello, su coautoría fue desvirtuada, pero sí prestó apoyo trascendente al resultado final, pues, como colaborador, producto de un acuerdo concomitante para la iniciación y continuación del acto abusivo, de manera consciente y voluntaria contribuyó en la creación de un riesgo jurídicamente relevante que se materializó en el resultado, en razón de su labor vigilante y de aceptación de la escena que en su presencia se ejecutó y, como cómplice, en manera alguna obstaculizó la consumación del injusto típico.

En este caso –agregó– se demostró un vínculo o nexo de causalidad necesario entre la acción desplegada por el sentenciado y el resultado producido por el proceder principal, es decir, el acusado contribuyó elevando la

posibilidad de producción del hecho antijurídico, de manera que el fallo impugnado no vislumbra incorrección, razón por la que solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida.

**5.3** El Agente del **Ministerio Público** indicó que los testimonios de los gendarmes revelan que la actitud del justiciable fue complaciente, permisiva y desentendida respecto de sus amigos y coacusados, pero, en contravía de lo expuesto por el Tribunal, de ella no se puede predicar la complicidad, por cuanto, su conducta no está acoplada probatoriamente con los requisitos propios de esa clase de participación, es decir, no se demostró un acuerdo previo o concomitante con el fin de cometer la ilicitud.

El *ad quem* –agregó– erró al asignar la calidad de cómplice a **BERNAL BELTRÁN**, sin verificar el requisito objetivo descrito en el artículo 30 del Código Penal, pues, así no lo mencionaron los policiales, ni existe otra pieza procesal que lo indique.

Explicó que el comportamiento del procesado no se ajusta a los lineamientos previstos en la aludida disposición y el juez plural se valió de conjeturas de índole subjetivo, al suponer que la sola presencia en aquél lugar lo hacía partícipe, en condición de cómplice, de la conducta de sus compañeros.

Se apoyó en cita jurisprudencial (CSJ SP1402–2017, 8 feb. 2017, rad. 46099) para decir que los elementos de carácter objetivo requeridos para la complicidad, no fueron

observados por el Tribunal al momento de emitir el fallo condenatorio, error en que incurrió al no tener certeza del grado de participación del enjuiciado en la delincuencia juzgada.

Por último, solicitó a la Sala *«pronunciarse respecto a la calificación dada por la segunda instancia y las consecuencias que puedan remediar o encausar debidamente y en justicia una decisión final»*.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **6.1 Precisiones iniciales**

La Sala ha sostenido que una vez admitida la demanda, le corresponde examinar de fondo los problemas jurídicos propuestos por el recurrente, con independencia de los defectos de forma que puedan exhibirse en su formulación; ello, en atención al derrotero según el cual, el recurso extraordinario, en tanto mecanismo de control legal y constitucional de las providencias judiciales, tiene por propósitos, al tenor del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, hacer efectivo el derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia.

Por otra parte, el libelo en el asunto de la especie se declaró formalmente ajustado en garantía del derecho a impugnar la primera condena de que trata el Acto Legislativo

n.º 01 de 18 de enero de 2018<sup>13</sup>, habida cuenta que el confutado fallo de segunda instancia revocó la absolución dispuesta por el *a quo* y, por primera vez, declaró la responsabilidad penal de **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN** en el reato de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado.

Agréguese que, en sede de la audiencia de sustentación, al recurrente se ofreció la posibilidad de presentar una alegación desprovista de cualquier tipo de formalidad.

Bajo ese derrotero, toda vez que el ataque en la sede extraordinaria estribó en acusar la tergiversación de las atestaciones de cargo, lo cual dio lugar, según lo demandado, a que el Tribunal dedujera la complicidad de **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN** en la citada conducta punible, la Corte analizará aquella testimonial a efecto de verificar un presunto yerro por falso juicio de identidad, pero, coetáneamente, en examen de impugnación especial, se encargará de escrutar el conjunto probatorio, desligado del rigor anejo a la casación, con miras a comprobar la legalidad de la declaración de justicia proferida por el juez colegiado.

---

<sup>13</sup> *Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.*

## 6.2 De la sentencia recurrida

La condena emitida por el Tribunal en adversidad de **BERNAL BELTRÁN**, se estructura sobre los siguientes pilares argumentativos:

(i) No existe duda en lo concerniente a la condición que el artículo 210 del Código Penal exige en la víctima del abuso, dado que la desproporcionada ingesta de bebidas alcohólicas por parte de ELIANA PAOLA GUEVARA AGUIRRE, le impidió resistir en la noche del 1 de diciembre de 2013, el embate sexual por parte de sus contertulios ocasionales JOSÉ DAVID VEGA BARBOSA y JUAN SEBASTIÁN CONTRERAS MAHECHA.

(ii) Tampoco es motivo de controversia el acto atentatorio de la libertad e integridad sexual padecido por ELIANA PAOLA y que, bien pudo tratarse de acceso carnal abusivo, como quiera que la muestra de líquido seminal fue recuperada a través de frotis introito vaginal, es decir, en la zona interna del aparato reproductor de la víctima, sin embargo, tal reato no fue endilgado por la fiscalía, desconociéndose, además, a quién correspondía el fluido.

(iii) En la tarde de aquel día, la agraviada acudió al lugar donde **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN** departía en compañía de los precitados –desconocidos para ella–, por la única razón que el primero era de su entera confianza, tras diez años de amistad.

(iv) **BERNAL BELTRÁN** conoció que ELIANA PAOLA consumía bebidas embriagantes desde la noche del 30 de noviembre de 2013 y, aun así, se trasladó con ella y sus amigos al Parque Las Tinguas, lugar en el que prestó vigilancia mientras se perpetraba el acto sexual abusivo, comportamiento que favoreció su consumación, por ser el único que conocía a la afectada y omitir cualquier acto dirigido a detener el injusto típico.

(v) El acuerdo tácito entre **BERNAL BELTRÁN**, VEGA BARBOSA y CONTRERAS MAHECHA, permitió y contribuyó positivamente a la realización de la ilicitud, al brindar la confianza necesaria para que los autores de propia mano realizaran el acto vejatorio de la integridad sexual de la mujer, razón que lo convierte en cómplice del punible, a la luz del inciso tercero del artículo 30 del Código Penal.

### **6.3 Cuestión de fondo**

Como la defensa fustiga la desfiguración de la principal prueba testimonial de cargo en su estricto sentido material, imperioso resulta hacer alusión a la misma, a fin de patentizar el yerro en que incurrió el fallador colegiado.

Aunado a ello, aunque no fue objeto de reproche, el escrutinio de la Sala en sede de impugnación especial permite dejar al descubierto que, en últimas, el Tribunal profirió condena por un hecho que no consta en la acusación, como más adelante se precisará.

### 6.3.1 Del cargo demandado

En tratándose del falso juicio de identidad por tergiversación, su forma de verificación se circunscribe a realizar un ejercicio de confrontación en el que, primero se reproduce lo que textualmente dijo la prueba y, después, lo que exactamente se le hizo decir por el sentenciador, para mostrar si, a simple vista, existe falta de identidad entre esta y aquella, de modo que se advierta la desarmonía.

En ese propósito, en punto de la testimonial<sup>14</sup> de la que se duele el impugnante, la sentencia de primera instancia meticulosamente se encargó de citar<sup>15</sup>:

*Las pruebas más importantes que se recopilaron en el trámite del juicio fueron las declaraciones de los dos policiales que atendieron el caso la noche de los hechos.*

**WALDIR ALCALÁ RODRÍGUEZ** es Policía activo, bachiller y ha hecho varios cursos tanto virtuales como presenciales. Est[á] adscrito a la Policía Nacional desde hace seis años en labores de vigilancia. En diciembre del año 2013 estaba prestando sus servicios en Facatativá. No recuerda si específicamente el día primero de diciembre estaba prestando turno en este municipio [se refiere a Facatativá] y por ello se le permite consultar el informe de policía para refrescar memoria. Reconoce el informe como de su autoría, él lo elaboró, es su letra y su firma. Una vez lo consulta recuerda que el 1º de diciembre de 2013, atendió una llamada al abonado telefónico del cuadrante donde se hacía alusión a que unos muchachos estaban aparentemente abusando de una muchacha. La persona que llamó nunca se identificó. Él estaba con el auxiliar WILMER SANABRIA, estaban tomándose un tinto en la esquina del Éxito. La llamada decía que los hechos estaban ocurriendo en el Parque Las Tinguas y como Policía tenía la obligación de atender esos requerimientos y verificar si la información era verdadera o falsa. Ellos condujeron su motocicleta hasta el sitio, que no es muy lejos, tardaron unos pocos minutos,

---

<sup>14</sup> A WALDIR ALCALÁ RODRÍGUEZ se escuchó en sesión de audiencia de juicio oral de 28 de marzo de 2016. Récord 25430600066020130137606\_252693104002\_1, minutos 01:11:13 a 02:07:15.

<sup>15</sup> Cfr. Folio 165 (frente y reverso), C.O. n.º 2.

como cinco. Cuando llegó al Parque Las Tinguas iba manejando la motocicleta policial y subió el parque con todo y motocicleta. Eran las 21:00 horas como dice el informe. Cuando llegó a una zona verde encontró a los muchachos y una muchacha, no había más personas en el parque. Del otro lado del parque queda un caño, hay [á]rboles, zonas verdes, alrededor del parque queda como una rotonda con unas sillas, cerca donde estaban los muchachos, alrededor del parque hay vías que lo rodean. Los encontró como a la mitad del parque, cerca a unos arbustos, estaban los tres hombres y la muchacha. Los tres sujetos estaban acostados en el pasto con la muchacha, uno del lado izquierdo mirando hacia ella; la muchacha de medio lado con la falda doblada hacia arriba y su ropa interior en las rodillas; el otro frente a la muchacha. La descripción específica de lo que cada uno hacía est[á] en el informe de policía. Cuando estos sujetos los ven, se suben los pantalones, estaban nerviosos sin saber qu[é] decir. La muchacha estaba con la ropa interior abajo y no respondía a los llamados que le hacían, solo despierta luego de moverle su hombro izquierdo varios minutos. Cuando se despierta ella no respondía ninguna pregunta y no se podía mantener en pie, olía a alcohol y estaba en aparente estado de embriaguez. Los tres muchachos estaban también en aparente estado de embriaguez.

No recuerda exactamente cu[á]ntas veces tocó a la muchacha en el hombro para que despertara, solo sabe que fueron varias ocasiones pero no respondía a su llamado. Nunca había visto antes a estos sujetos, a la fémica tampoco. Los dos sujetos que estaban al lado de la muchacha tenían expuestos sus genitales erectos, el otro no. El policial dice que no recuerda los nombres pero señala a JUAN SEBASTIÁN CONTRERAS MAHECHA y JOSÉ DAVID VEGA BARBOSA, presentes en la audiencia, como los dos hombres que yacían al lado de la mujer con los genitales expuestos. El otro muchacho si mal no recuerda estaba a un lado sentado observando, estaba como a dos pasos. A la muchacha que ten[í]a las prendas de vestir en la parte de arriba y la ropa interior abajo se le podían ver los genitales. Cuando ellos llegaron al sitio se les pidió a los sujetos que se colocaran de pie y así lo hicieron, los registraron y cuando se les pregunt[ó] si sabían qui[é]n era ella, cada uno individualmente contestó que era la novia. [É]l subió el parque en la motocicleta con la luz prendida y en principio los sujetos no se percataron cuando llegó frente a ellos porque estaban concentrados en lo que estaban haciendo. Si mal no recuerda uno de ellos le estaba tocando un seno y estaba en un lado concentrado en lo que estaba haciendo y el otro también estaba concentrado en la muchacha, ella estaba acostada de medio lado, ella estaba acostada como en posición fetal hacia el lado izquierdo, se le veía el cabello. Repite que transcurrieron varios minutos hasta que logro despertarla, momento en el que le ayudaron a ponerse de pie, ella no respondía, no decía c[ó]mo se llamaba, estaba desubicada, él le preguntó cómo se llamaba su mamá, ella despertó y sac[ó] el celular pero no podía buscar el número de la madre, por eso él le buscó el número y la llamó. Estaba de noche

*pero podía ver perfectamente lo que los sujetos estaban haciendo. Dice que también ayud[ó] a la mujer a ponerse la ropa en su sitio cuando se despertó y la ayudó a ponerse de pie. Al lugar llegó la mamá de la muchacha. A los muchachos se les leyeron los derechos del capturado y a la mujer la llevaron al Hospital de Facatativá. A la muchacha la llevaron para que le practicaran la prueba de embriaguez y a los tres capturados también. Sabe que ella interpuso denuncia por estos hechos.*

*Que el [P]arque Las Tinguas no tiene rejas ni nada, cualquier persona puede ingresar. El informe lo elaboró el 1 de diciembre de 2013 en la Estación de Policía de Facatativá. Antes de ese día no había visitado ese parque en la noche. Cuando vio a los muchachos estaba muy cerca, prácticamente al lado de ellos. Cuando se le pregunta si vio que si los sujetos estaban abusando de la muchacha repite que puede describir la escena: habían dos muchachos a un lado y a otro de la muchacha, prácticamente estaban encima de ella y el otro observando al lado izquierdo, ellos no se percataron que había llegado la Policía, estaban concentrados en los que estaban haciendo. Los dos sujetos [que estaban con la muchacha] tenían los pantalones más o menos en la rodilla, era notorio que tenían el pene erecto, uno de ellos le estaba cogiendo un seno y el otro la estaba manoseando. La muchacha a la que llamó varias veces estaba al parecer inconsciente. La iluminación del parque est[á] dada por varios faros que pone la Alcaldía por todo el lugar, en el parque hay residencias alrededor, esos muchachos tenían una botella de aguardiente, el ruido del motor de su motocicleta se escucha y cuando llegó al sitio dirigió una voz de alerta, un saludo. Los muchachos estaban haciendo movimientos eróticos, lascivos, estaban moviendo sus manos, prácticamente estaban encima de ella. No existe ninguna prohibición para elaborar el informe de captura en flagrancia en el comando de la Estación de Policía. Él cumplió con todos los protocolos de captura en flagrancia [negrilla original del texto, subrayado por la Sala].*

Con este testigo se incorporó al paginario, además de las actas de derechos del capturado y constancias de buen trato suscritas por los acusados (evidencias n.º 8, 9 y 10 de la fiscalía), el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia –FPJ 5– (evidencia n.º 7 *ídem*), referido por el deponente en su declaración y del cual hizo lectura en la sede de audiencia, en el que describió<sup>16</sup>:

---

<sup>16</sup> Cfr. Folios 22 y 23, «carpeta de evidencias».

*[s]e encuentran tres sujetos acostados en el pasto con una muchacha, entre ellos hay un sujeto que porta jean color negro, camisa morada, zapatos negro, delgado, se encuentra al lado izquierdo de la muchacha, de medio lado mirando hacia ella, se encuentra con el jean negro arriba un poco de la rodilla con su ropa interior teniendo la pretina abajo, dejando a la vista sus genitales con su pene erecto hacia la parte de los glúteos de la muchacha, la cual se encuentra de medio lado con la falda doblada hacia arriba y su ropa [í]ntima en las rodillas, dejando al descubierto sus zonas genitales a la vista, el otro sujeto se encuentra al lado derecho de la muchacha, mir[á]ndola frente a frente, se encuentra con una pantaloneta roja con su miembro varonil con el pene erecto, de frente a la muchacha, con un bu[z]o color blanco, con su mano derecha en el seno de la muchacha, al lado derecho del sujeto se encuentra el otro sujeto que viste pantaloneta azul con bu[z]o gris, sentado mirando hacia la muchacha... el sujeto que porta pantaloneta azul con bu[z]o gris, corresponde al nombre de Diego Alejandro Bernal Beltr[á]n[...] [subrayado por la Sala].*

El fallo de primer grado también refirió lo testimoniado por WILMAR MIGUEL SANABRIA ESPINOSA<sup>17</sup>, de la siguiente forma<sup>18</sup>:

*Observaron a tres muchachos, y la mujer estaba dormida, como inconsciente. Dos de los muchachos de los que no recuerda la forma de vestir, estaban uno a la derecha y otro a la izquierda de la muchacha, ellos también tenían la ropa abajo y el pene erecto. En el momento en que ellos llegaron les preguntaron que qué estaban haciendo y ellos respondieron que estaban tomando. Ellos se levantaron, les hicieron un registro personal. Ellos estaban al lado de la muchacha, pegaditos a ella, y el otro estaba al lado de [uno de] ellos dos, estaba observando lo que los otros estaban haciendo, él no tenía los genitales expuestos. Ellos no se pararon inmediatamente, apenas llegaron se quedaron como impresionados, los levantaron, les realizaron el registro personal luego hicieron el llamado a la muchacha para que se levantara, pero ella no respondía... Cuando vieron a esas personas estaban cerquita, como a uno o dos metros de distancia. Los tres sujetos estaban acostados. Un muchacho estaba al lado derecho, otro al lado izquierdo de la muchacha, estaban los cuerpos juntos, estaban teniendo relaciones con la muchacha, ellos estaban con el pene erecto pegados a la muchacha, el otro muchacho estaba al lado de uno de ellos. Dice que estaban teniendo relaciones sexuales porque ellos estaban con el pene erecto pegados a la muchacha y ella tiene su ropa interior abajo y el vestido arriba,*

<sup>17</sup> Sesión de audiencia de juicio oral de 18 de abril de 2017. Récord CP\_0418092102527, minutos 24:25 a 01:08:44.

<sup>18</sup> Cfr. Folios 163 (frente) y 164 (reverso), C.O. n.º 2.

*era como si estuvieran teniendo relaciones sexuales. El muchacho que estaba vestido estaba acostado al pie de los otros, le parece que estaba hablando por celular pero no recuerda bien. Se le pone de presente una entrevista que rindió a la Defensa en la que manifiesta que este tercer sujeto estaba jugando con su celular cuando llegaron los uniformados al sitio. Cuando rindió esa entrevista para la Defensa, ten[í]a todo más claro, no había pasado mucho tiempo, allí dijo la verdad y recuerda que ese tercer muchacho tenía el teléfono en la mano cuando ellos llegaron, no sabe si estaba jugando o haciendo otra cosa, lo cierto es que tenía el celular en la mano. La entrevista se rindió el 18 de marzo de 2014 y la firma es suya [subrayado en esta oportunidad].*

Aunque párrafos atrás se trajeron a colación los argumentos basilares del juez colegiado, necesario resulta citar lo textualmente dicho en la sentencia de segunda instancia, habida cuenta que, en ello cimentó su condena, de ahí la trascendencia del error demandado. Así discurrió el Tribunal<sup>19</sup>:

*El acusado tenía pleno conocimiento de la fuerte ingesta de bebidas embriagantes por parte de Eliana Paola Guevara, pues había estado con ella desde la fiesta anterior, y aun bajo ese raciocinio, se trasladó con ella y sus acompañantes, a un lugar que por sus condiciones aisladas y de oscuridad –según lo referido por los patrulleros– era propicio para ejecutar el comportamiento lascivo, y ya estando en el parque Las Tinguas de Facatativá, brindó una colaboración de vigilancia mientras se realizaba el acto sexual abusivo sobre su amiga.*

*Este comportamiento sin duda favoreció la consumación del ilícito, como quiera que al ser el único que conocía a la víctima y no haber desarrollado ningún acto para detener el injusto –mientras podía–, brindó a sus conocidos, y por demás, autores materiales del delito, la confianza necesaria para continuar con los actos sexuales abusivos, ya que sabían que **Diego Alejandro Bernal Beltrán** guardaría una posición de vigilancia y aceptación frente a la escena erótica que a su lado transcurría, y que por lo mismo, no obstaculizaría la consumación del reato señalado.*

*Su presencia en el teatro de los acontecimientos, como es obvio, permite inferir más allá de toda duda razonable que **Bernal Beltrán** tenía consciencia del ánimo lascivo de sus compañeros **Vega Barbosa** y **Contreras Mahecha** quienes vulneraron la integridad sexual de la víctima, y a sabiendas de tal situación,*

---

<sup>19</sup> Cfr. Folios 32 a 35, cuaderno del Tribunal.

*bajo un acuerdo tácito, permitió, y contribuyó a la realización del injusto típico con el despliegue de las acciones arriba relacionadas, lo que lo convierte en cómplice del delito investigado, a la luz del artículo 30 inc. 3 del Código Penal que predica “quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma”.*

(...)

*Entonces, como quiera que lo demostrado en el juicio oral es que **Diego Alejandro Bernal Beltrán** colaboró mediante actos positivos suficientes con los ejecutores principales para la consumación del ilícito en cuestión, la sentencia de absolución proferida será revocada, para [en] su lugar, emitir condena en su contra por el delito de actos sexuales con incapaz de resistir agravado en calidad de cómplice, lo cual se estructura tras haber llegado a la conclusión que la conducta desplegada fue típica y antijurídica porque vulneró el bien jurídico protegido de la víctima de la libertad, integridad y formación sexuales [negrilla original del texto, subrayado por la Sala].*

Lo transcrito permite sostener que el Tribunal apreció de forma incorrecta las declaraciones de los gendarmes WALDIR ALCALÁ RODRÍGUEZ y WILMAR MIGUEL SANABRIA ESPINOSA, únicos testigos *de visu* de la escena en que se ejecutaron los hechos investigados y juzgados, pues, aunado a que los procesados se acogieron a su derecho a guardar silencio, ELIANA PAOLA GUEVARA AGUIRRE, a pesar de que sí atestiguó, intervino para brindar una acomodada versión, según la cual, «*tenía noción de las cosas*» y de lo que sucedió aquella noche del 1 de diciembre de 2013 en la que, según su dicho, no fue objeto de acto sexual alguno, que simplemente dormía en el césped mientras sus contertulios jugaban con sus *tablets*, en contravía de la prueba testimonial y documental que con lujo de detalles se encargó de contradecirla, razón por la cual, la fiscalía impugnó su credibilidad en el escenario de la audiencia.

El cambio de la versión de la víctima, bien fue abordado por los falladores de instancia, en el sentido de explicarse a partir del grado de amistad que sostenía con **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN** y de la carga que a futuro le deparaba una posible condena por estos hechos, por ende, para la judicatura, en unidad jurídica inescindible, logró probarse el estado de inconsciencia en que se hallaba al momento de la ejecución del acto vejatorio, que vulneró su libertad e integridad sexuales. En esencia, su declaración en juicio, sometida a los criterios de apreciación de la prueba testimonial (artículo 404 de la Ley 906 de 2004), fue desestimada ante su poca o nula credibilidad.

En consecuencia, sólo se tiene la versión de los policiales que, como se viera, de ninguna manera refieren de **BERNAL BELTRÁN** una posición vigilante en torno al acontecimiento carnal, sino de actitud impasible frente a lo que sucedía con su amiga, así: ALCALÁ RODRÍGUEZ al mencionar que, apenas si contemplaba el suceso, y SANABRIA ESPINOSA, que se hallaba con su celular en la mano, sin recordar qué hacía con el aparato.

La argumentación del Tribunal para proferir condena es del todo desacertada, toda vez que, si bien, consideró que **BERNAL BELTRÁN** efectuó un aporte que contribuyó a la realización del injusto típico, a través de un acuerdo tácito y concomitante a los hechos, ello se fundamenta en que desplegó el rol de «campana», y no de simple espectador o acaso sujeto presencial en aquel lugar.

En otras palabras, en sentir del Tribunal el comportamiento reprochado al acusado estriba, no en asumir una actitud pasiva, o mejor, contribuir con su inacción a la ejecución punible, sino en una posición activa que implicaba «vigilar», se entiende, para avisar la presencia de terceros inoportunos o de la autoridad.

Es notorio, sin embargo, que ese actuar activo, en posición alerta, no fue el descrito por los declarantes. Afirmar lo contrario implica, sin duda, adicionar o, por lo menos, tergiversar sus testimonios.

Y, si lo pretendido por el *ad quem* consistió en tomar la información como datos o «hechos indicadores» útiles para inferir que esa era la precisa labor que ejecutaba, debió explicar el paso lógico de los datos a la conclusión, lo que no hizo.

Aun cuando el delegado de la fiscalía ante esta sede indicó que el Tribunal realizó inferencias, a partir de las cuales dedujo que el procesado contribuyó de manera eficaz a la ejecución de los actos sexuales abusivos, oteadas las mismas, ellas en nada corresponden con la concluyente labor de vigilancia definida por el *ad quem*, que derivan, se reitera, no de la labor inferencial –que demandaba del correspondiente silogismo–, sino de una errada lectura de lo expuesto directamente por los policiales.

El contenido de las expresiones brindadas por los agentes del orden, no podía leerse de manera distinta a lo

que, con verosimilitud y, sobre todo, claridad, transmitieron en juicio; de ahí que se verifique el falso juicio de identidad denunciado por el censor; esto es, el juez plural distorsionó el alcance del contenido material del relato brindado por aquellos, cuando sostuvo en la confutada sentencia que los testigos dijeron «*postura vigilante*», pero, de su tenor literal ello no se extrae y, a lo sumo, se deduce «*postura de espectador*».

Así las cosas, a simple vista existe falta de identidad entre lo que dijo la prueba y lo que se le hizo decir por el sentenciador, en cualquier caso, distinto de aquello que en realidad expresa.

Téngase en cuenta que la incidencia del yerro es de capital trascendencia en la declaración de justicia, como quiera que, si la categoría jurídica de complicidad gravitó, exclusivamente, en torno a la contribución brindada al injusto típico a través de un inexistente despliegue de vigilancia, al desaparecer este, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto.

Ahora, aunque al interior del debate alguna mención se hizo respecto de un eventual deber especial de asunción de garantía en el caso concreto, dígame que la discusión de entrada fue desechada por la fiscalía, si en cuenta se tiene que a **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, el ente instructor jamás le imputó el punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado, a título de comisión por

omisión, sino que ello se hizo consistir en su realización por acción.

Huelga anotar, así mismo, que ningún esfuerzo investigativo, o siquiera argumental efectuaron el acusador y las instancias para verificar la relación existente entre el acusado y la víctima, junto con la forma en que ello lo hacía garante de su libertad sexual, a tono con las exigencias que sobre el particular consagra la ley.

Esto último se ve reforzado con la forma en que la fiscalía, a través del discurrir procesal, abordó la conducta delictiva ejecutada por el procesado, análisis que permite evidenciar un yerro adicional del Tribunal, al condenar por un hecho que no consta en la acusación, como pasa a explicarse.

### **6.3.2 Las diferencias entre la hipótesis fáctica incluida en la acusación y los hechos que declaró probados el Tribunal**

La Corte ha consolidado una pacífica línea jurisprudencial en punto de la importancia de los hechos jurídicamente relevantes para la estructura del proceso (entre otras cosas, porque la hipótesis fáctica contenida en la acusación, en buena medida determina el tema de prueba), entendiendo por tales, aquellos presupuestos fácticos que encajan o pueden subsumirse en el supuesto jurídico previsto por el legislador en el estatuto sancionador. Dicho de otra manera, la relevancia jurídica del hecho se supedita

a su correspondencia con la norma penal (Cfr. entre muchas otras, CSJ SP2042–2019, 5 jun. 2019, rad. 51007).

*En el ámbito penal, la relevancia jurídica de un hecho depende de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la consecuencia prevista en la norma (CSJSP, 08 [m]arzo 2017, Rad. 44599, entre otras). Al respecto, la Sala ha reiterado lo siguiente: (i) para este ejercicio es indispensable la correcta interpretación de la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal debe verificar que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) debe establecerse la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido de que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (ídem)...*

(...)

*En el acápite anterior se dejó sentado que la relevancia jurídica de los hechos objeto de imputación, acusación y juzgamiento depende de su **correspondencia** con la respectiva norma penal. Sin embargo, esa correspondencia no implica que el fiscal o el juez, al delimitar la premisa fáctica de la imputación o acusación (el primero) y de la sentencia (el segundo), puedan limitarse a transcribir el texto legal, pues ello conduciría al absurdo de que estas decisiones se tomen sobre hechos en abstracto, lo que, entre otras cosas, limitaría sustancialmente el derecho de defensa, por la simple razón de que resulta difícil, sino imposible, defenderse de una abstracción.*

*En este ámbito, la labor del fiscal, al realizar el “juicio de acusación”, y la del juez, al establecer la premisa fáctica de la sentencia, abarca varios aspectos, entre los que cabe destacar los siguientes: (i) la debida interpretación de la norma penal, que, finalmente, se traduce en la determinación de los hechos que, en abstracto, fueron previstos por el legislador; (ii) la delimitación de los hechos del caso objeto de análisis; (iii) la determinación acerca de si esos hechos, ocurridos bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, encajan o no en la respectiva descripción normativa; y (iv) la constatación del estándar de conocimiento que hace procedente cada una de esas decisiones –“probabilidad de verdad”, “convencimiento más allá de duda razonable”, etcétera–. [negrilla original del texto] (Cfr. CSJ SP5660–2018, 11 dic. 2018, rad. 52311).*

Al descender al asunto de la especie, realizado el examen de la actuación procesal, evidente asoma la forma caprichosa como la fiscalía varió la premisa fáctica elevada en contra de **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, en desmedro de su derecho de defensa.

Igual volubilidad exhibió en punto de la premisa jurídica, pues, a pesar de que ella, en esencia, consistió en adjudicar coautoría (el Tribunal, por su parte, atribuyó complicidad) en el punible de *acto sexual* abusivo con incapaz de resistir agravado, en el alegato de conclusión demandó condena por el reato de *acceso carnal* «*teniendo en cuenta que las pruebas aportadas indicaron que la víctima fue accedida*».

A fin de constatar el giro de la hipótesis fáctica, obligado resulta memorar lo que el ente instructor esgrimió en audiencia de formulación de imputación<sup>20</sup>, en punto del comportamiento delictivo del procesado, cuando la patrulla de la Policía Nacional, por llamado de la comunidad, arribó al Parque Las Tinguas de Facatativá y:

*[o]bserv[ó] que acostados en el sector del pasto, cuatro personas, tres de ellos hombres y una mujer... al acercarse a estas personas logró observar que una de ellas se encontraba acostado en el lado derecho de la mujer, que esta persona tenía su pantalón hacia la altura de las rodillas y que exhibía sus genitales, manifestando que el asta viril se encontraba en posición erecta, que hacia el lado izquierdo de la muchacha, esta persona se encontraba a la espalda de la muchacha, la otra persona se encontraba de frente, también en la misma situación, es decir, con sus genitales exhibidos y el asta viril en posición erecta y que esta persona le tocaba un seno a la mujer que allí se encontraba, y que la otra*

---

<sup>20</sup> Récord 25430600066020130137600\_252694004001\_0, minuto 02:39:32 a 02:41:35.

*persona que se encontraba, que vestía una pantaloneta azul con buzo gris sentado mirando hacia el muchacho y que a la medida que los ven a los funcionarios de la Policía, se sorprenden, se ponen de pie y se suben los pantalones, proceden a la requisa correspondiente no oponiendo resistencia, la mujer que se encontraba allí, se encontraba dormida, fue necesario no estrujarla, sino moverla del hombro izquierdo para que ella reaccionara, que se encontraba en estado de embriaguez y manifestaba no acordarse de nada [...].*

A pesar del anterior claro relato, véase ahora en qué consistió la acusación –en su componente fáctico– en contra de **BERNAL BELTRÁN**, conforme al escrito que así radicó para el conocimiento de la judicatura<sup>21</sup>:

*En las dependencias de la [P]olicía Nacional de Facatativá, aproximadamente a las 21:10, del día 01 de diciembre de 2013, se recibió llamado en donde informaban que en el Barrio Copihue ubicado [en] la calle 11 N. 14, en la zona verde del parque las TINGUAS, que en dicho lugar estaban unos sujetos al parecer abusando de una mujer por lo que varios policiales se trasladaron al sitio, en donde observaron cerca de una rotonda detrás de unos [á]rboles, junto a un arroyo a tres sujetos tendidos en el pasto y al pie de ellos una mujer el primero quien para ese momento vestía pantalón de jean de color negro, camisa morada y zapatos negros de nombre **JUAN SEBASTI[ÁN] CONTRERAS**, ten[í]a el pantalón junto con su ropa interior a la altura de la rodilla exhibiendo su[s] genitales y el pene erecto y estaba ubicado al lado izquierdo de la mujer hacia la parte de los glúteos de ella. El otro sujeto que vestía pantaloneta roja y buzo blanco de nombre **JOS[É] DAVID VEGA BARBOSA** estaba de frente a la mujer igualmente con su miembro viril erecto y el otro sujeto de nombre **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTR[ÁN]** quien vestía pantaloneta azul y buzo gris ten[í]a sus manos en los senos de la mujer y quienes al ver la presencia de los policiales se sorprenden, se tornaron nerviosos. La fémica corresponde al nombre de **ELIANA PAOLA GUEVARA AGU[I]RRE**, se encontraba con la falda arriba, con su ropa interior hasta la rodilla por lo que igualmente se le veían sus partes [í]ntimas, quien no se percat[ó] de la presencia de los policiales porque esta estaba en estado de inconciencia, no respondía preguntas, no se podía tener en pie [negrilla original del texto, subrayado por la Sala].*

---

<sup>21</sup> Cfr. Folio 41, C.O. n.º 1.

El anterior sustrato fue replicado por la fiscalía con total fidelidad, tanto en la verbalización del escrito de acusación, como en el planteamiento de su teoría del caso al dar inicio al juicio oral. Sin embargo, en los alegatos de conclusión, la intervención del ente persecutor, frente a la conducta por la que **BERNAL BELTRÁN** fue llamado a juicio, se circunscribió a lo siguiente<sup>22</sup>:

*[...] la defensa de DIEGO ALEJANDRO BERNAL consideró que su representado no tiene responsabilidad porque no estaba junto a la víctima como sus otros compañeros y tampoco tenía sus genitales expuestos al lado de ella, sin embargo la Delegada considera que es conjuntamente responsable porque era amigo de ELIANA desde hace varios años, tenía el deber de ayudarla y no lo hizo. De acuerdo a las declaraciones estaba a muy pocos metros viendo como los otros dos manoseaban a la víctima y no solo no hizo nada para ayudarla, sino que además fue quien sirvió de intermediario para que ELIANA interactuara con sus amigos. Consideró que la responsabilidad de éste procesado es a título de coautoría impropia, en la que no resulte indispensable que cada interviniente ejecute la totalidad del presupuesto fáctico señalado en el tipo, lo importante es que su contribución hubiese sido efectiva, al punto que sin su contribución se hubiese frustrado el plan. La representante del ente acusador dijo que la Corte ha manifestado que no hacer nada no puede ser interpretado como omisión al deber de garantía sino como coautoría impropia. La jurisprudencia ha dicho que la coautoría es posible en un delito de acceso carnal cuando participan varias personas pero no todos penetran a la víctima. DIEGO ALEJANDRO tenía su celular en la mano, pero no sabemos si tomando fotografías o jugando con él [subrayado en esta oportunidad].*

Conforme lo visto, la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, al referirse a la comisión de la conducta punible atribuida a **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, osciló entre la acción de que éste fuera capturado en situación de flagrancia, al momento en

---

<sup>22</sup> Cfr. Folio 169 (reverso), C.O. n.º 2.

que *«ten[í]a sus manos en los senos de la mujer»*, y la omisión, al simplemente observar cómo los individuos manoseaban a su amiga, en cualquier caso, jamás referido al rol vigilante expuesto por el fallador colegiado.

Si el *«juicio de imputación»* derivó para la fiscalía en el supuesto de hecho atrás relatado, resulta incomprensible que el *«juicio de acusación»* se concretara en una premisa fáctica disímil, sin que se adviertan elementos materiales probatorios que así lo indicaran, como quiera que para el ente instructor, la materialidad de la conducta siempre se cimentó, entre otros, en el dicho de los agentes del orden que realizaron el procedimiento de captura en flagrancia, mismo que, desde los actos urgentes, enseñaba la conducta ejecutada por cada uno de los aprehendidos, y que se plasmó en el informe respectivo.

Sin mayor esfuerzo puede advertirse que la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida en la acusación, es contraria a lo que la realidad de la evidencia enseñaba en el albor de la investigación, misma que afloró en juicio a través de la propia prueba de cargo.

Las falencias de la fiscalía en la determinación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, y los yerros en que incurrió el Tribunal, han confundido significativamente este asunto, lo que, impide *«remediar o encausar debidamente y en justicia una decisión final»*, como lo deprecó el representante de la sociedad en la sede de la audiencia de sustentación.

O mejor, advertidos de que la fiscalía cumplió un papel bastante mediocre en curso de la investigación y el trámite procesal, al extremo de desconocer el cabal efecto objetivo de las pruebas y variar sin explicación el tipo de intervención penal o los hechos atribuidos al acusado, habría que concluir que la decisión a tomar, en justicia, es aquella que respete adecuadamente el debido proceso y el derecho de defensa.

La Corte verifica, luego de la delimitación de la premisa fáctica que efectuó el órgano de persecución en la acusación, que la conducta de **BERNAL BELTRÁN** se hizo descansar en el tocamiento de los senos de ELIANA PAOLA GUEVARA AGUIRRE. Cualquier otra interpretación constituye lectura alejada del supuesto de hecho esgrimido como jurídicamente relevante y decidir con extralimitación del marco fáctico que consta en la acusación.

La actividad concreta de la cual debió defenderse el procesado y que, por contera, constituía el tema de prueba, no lo era otra distinta a la supuesta acción de manosear los senos de su amiga.

Por ende, no es posible, como lo hizo el *ad quem*, focalizar la conducta punible en hechos completamente diversos –brindar vigilancia mientras se realizaba el acto sexual abusivo por sus conocidos–, porque ello, ni más ni menos, representa violación evidente del principio de congruencia fáctica, con incidencia en el debido proceso y derecho de defensa.

Huelga anotar que, cuando la fiscalía acusó por la realización –por acción y a título de autor– de la conducta punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado, desechó la hipótesis delictiva de comisión por omisión y eliminó cualquier posibilidad de que ahora se emita sentencia por la última específica modalidad.

Agréguese que esa explícita postura institucional se hizo evidente en el alegato conclusivo, atrás consignado, y en el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primer grado, en el que mencionó que *«en estos delitos cuando se determina no hacer nada para impedir el resultado delictual forma parte del plan para llevar a cabo el delito, y esto no puede ser tomado como una omisión de deber de garantía sino como coautoría impropia; en tanto la conducta realizada por el inculpa está constituida por acciones positivas orientadas a afectar el bien jurídico de la libertad integridad y formación sexuales»*<sup>23</sup> [subrayado original del texto].

En suma: (i) la Sala encuentra probado que la sentencia condenatoria es producto de error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, que en buena medida coincide con el planteamiento realizado por el impugnante, según se indicó en el acápite destinado a la respectiva demanda; (ii) la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (iii) ese

---

<sup>23</sup> Cfr. Folios 175 y 176, C.O. n.º 2.

actuar conllevó a que, desde el momento de la acusación, se encuadrara la conducta atribuida al justiciable, como de acción, en el punible descrito en el inciso segundo del artículo 210 del Código Penal; *(iv)* la judicatura, en el caso concreto, no puede dictar una condena por hechos que no constan en la acusación, obrar en sentido contrario, sería vulnerar el principio de congruencia; *(v)* tampoco se puede variar lo ocurrido, como intentó el Tribunal, en atención a que no solo se viola el citado axioma, sino que se pasa por alto la esencia de los nuevos hechos, con la atribución de responsabilidad en calidad de cómplice, signado por un error de hecho por distorsión de la prueba testimonial; y *(vi)* la solución del asunto pasa, entonces, por la absolución del enjuiciado.

Deriva de lo anterior, la cancelación de cualquier orden, anotación o medida personal que figure en contra de **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN** por cuenta de este proceso. Con tal fin, a través de la Secretaría de la Sala, comuníquese al juez *a quo* que, previo al archivo de la actuación, deberá librar las comunicaciones de rigor.

Aunque del paginario emerge que para cumplir condena, el penado fue capturado el 11 de abril de 2019<sup>24</sup>, consultado el módulo web población privada de la libertad del INPEC, al momento de proyección de este fallo no se hallaba registro alguno a su nombre. Con todo, a fin de precaver cualquier vulneración de su derecho fundamental,

---

<sup>24</sup> *Cfr.* Folios 143 a 145, cuaderno del Tribunal.

se ordena la libertad inmediata y la cancelación de la respectiva orden de captura.

Finalmente, comoquiera que la actuación deficiente de los fiscales delegados ha conllevado a la anterior determinación, conforme se dejó plasmado en la parte considerativa, se dispondrá compulsar copia de esta sentencia ante el Fiscal General de la Nación, a fin de que adopte los correctivos del caso e imparta las instrucciones a que haya lugar, para que situaciones de esta naturaleza no se vuelvan a presentar.

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

### **RESUELVE**

**Primero: CASAR parcialmente** la sentencia de segunda instancia, proferida el 30 de octubre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, y, en su lugar, **ABSOLVER** a **DIEGO ALEJANDRO BERNAL BELTRÁN**, por el delito de *Acto sexual abusivo con incapaz de resistir*, agravado.

**Segundo: Ordenar** la libertad inmediata del procesado y la cancelación de la respectiva orden de captura en su

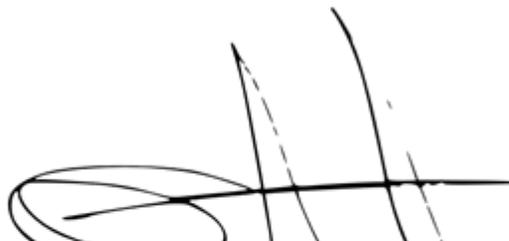
contra. Además, por conducto del juez de primera instancia se cancelará todo requerimiento personal que el mencionado ciudadano tenga por razón exclusiva de este proceso.

**Tercero: Confirmar** en todo lo demás el fallo de segundo grado recurrido.

**Cuarto:** Compúlsese copia del presente fallo, ante el Fiscal General de la Nación, conforme lo consignado en el último párrafo de la parte considerativa.

**Quinto: Informar** a partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

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



**GERSON CHAVERRA CASTRO**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

*Impedido*

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



**FABIO OSPITIA GARZÓN**



**EYDER PATIÑO CABRERA**



**HUGO QUINTERO BERNATE**



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

Martha Liliana Triana Suárez  
Secretaria (e)