

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP - 6411 - 2016

Radicación 41758

Aprobado Acta No. 153

Bogotá D.C., dieciocho de mayo de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante el cual se decidió revocar la sentencia absolutoria que emitió el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la misma ciudad, en favor de VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE y JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, para en su lugar condenarlos en calidad de coautor y cómplice, respectivamente, del delito de Homicidio, cometido en circunstancia de agravación punitiva.

H E C H O S

Los hechos que motivaron este proceso tuvieron ocurrencia a eso de las 11:53 de la mañana del día 23 de septiembre de 2011, en el restaurante ubicado en la carrera 10A,

4-60, del barrio Obrero de Tunja, cuando en momentos en que se aprestaba a almorzar fue sorprendido Pedro José Sánchez Cabrera por un hombre que sin mediar palabra descerrajó tres disparos sobre su humanidad, ocasionándole su inmediato deceso.

El agresor emprendió la retirada del lugar a bordo de una motocicleta que lo esperaba en las afueras del local, produciéndose minutos después la captura de JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN y VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE, en la carrera 18, 18A-45, cuando se encontraban a bordo de un vehículo Renault 21, de placa ITM - 480, en momentos en que ingresaban a un garaje, en el marco de lo que se denominó «operación candado», estrategia diseñada por miembros de la Policía Nacional para dar con el paradero de los responsables.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en los anteriores hechos, el día 24 de septiembre de 2011, ante el Juez Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Sora (Boyacá), fue legalizado el procedimiento de captura de VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE y JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, a quienes el delegado de la Fiscalía formuló imputación por el delito de Homicidio (artículo 103 del Código Penal), en calidad de coautores, sin que se allanaran a los cargos. En su contra se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Posteriormente, el 15 de diciembre de 2011, ante el Juzgado 3º Penal Municipal de Tunja (Boyacá) con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a las mismas personas por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, sin que tampoco se allanaran a estos cargos.

Presentados sendos escritos de acusación por parte del Fiscal 9º Seccional de Tunja (Boyacá), en relación con los dos delitos imputados, le correspondió al Juzgado 5º Penal

del Circuito con funciones de Conocimiento de esta ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose, por cada uno de aquellas conductas punibles, las audiencias de acusación los días 12 de enero de 2011 y 10 de febrero de 2012, respectivamente, decretándose en esta última audiencia la conexidad procesal, disponiéndose de su trámite conjunto.

Los imputados fueron acusados por los delitos de Homicidio agravado (artículos 103 y 104, numerales 4 y 7, del Código Penal) y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011), en concurso de conductas punibles.

El 16 de marzo de 2012 se celebró la audiencia preparatoria.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 17, 18 y 19 de abril de 2012. Clausurado el debate en esta última fecha, se emitió sentido del fallo declarando inocentes a los acusados VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE y JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN.

El 18 de mayo de 2012, el mismo despacho judicial emitió el fallo absolutorio, siendo impugnado mediante recurso de apelación por el Fiscal y el representante de las víctimas.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, en decisión del 15 de marzo de 2013, revocó el fallo absolutorio en relación con el delito de Homicidio agravado (artículos 103 y 104, numerales 7, del Código Penal), condenando a VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE, en calidad de coautor, a la pena principal de 575 meses de prisión, y a JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, como cómplice, a la pena de 462 meses y 15 días de prisión. A los dos les impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Además, confirmó la absolución por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

(artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011).

Oportunamente el defensor del sentenciado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, interpuso el recurso extraordinario de casación, siendo sustentado en escrito que ahora analiza la Corte.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Un solo reproche postula el apoderado del sindicado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo único: violación indirecta

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor acusa la sentencia de segundo grado «por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre el cual se ha fundado la sentencia», pues entiende que se presentaron «falsos juicios de identidad por cercenamiento, lo que conllevó a la aplicación indebida del art. 381 de la ley 906 de 2004 y art. 103, y 104 No. 7 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 7, referente al in dubio pro reo» (sic).

Plantea que al emitir la sentencia en segunda instancia, el Tribunal cercenó apartes importantes de la declaración de Fabio Antonio Sady Arias Ramírez, la misma que de haberse valorado en su integridad, en conjunto con las demás pruebas, habría llevado a un fallo absolutorio, quedando desvirtuada la acusación presentada por la Fiscalía y saliendo adelante la tesis ofrecida por la defensa, en el sentido que MORENO MERCHÁN nada tuvo que ver en el homicidio perpetrado, pues el hecho de conducir un vehículo semejante al que participó en los hechos, no lo hace penalmente responsable.

En concreto refiere que es cierto, como se consignó en el fallo impugnado, que el

uniformado Arias Ramírez manifestó que al tiempo que escuchó por el radio de comunicaciones sobre la ocurrencia del hecho y el empleo en su ejecución de un vehículo Renault 12, cuyas placas iniciaban por la letra "I", observó el paso de un automotor con similares características, siguiéndolo hasta que intentaban ingresarlo a un garaje donde, con el apoyo de otras unidades policiales, se produjo la captura de los acusados.

Pero también es verdad, que en el interior de ese vehículo no se encontró arma de fuego, evidencia o elemento material probatorio que los vinculara con el homicidio, circunstancia que omitió valorar el fallador. El cercenamiento de esta importante circunstancia, rompe el hilo conductor de la participación del acusado en los acontecimientos, en tanto su responsabilidad se deduce del hecho de haber recibido el arma de fuego empleada en la comisión de la conducta.

Agrega que la importancia del fragmento de la declaración del agente de policía mutilado por el juzgador, se resalta en el hecho comprobado a través de otro testigo, Fabio Villate Suárez, que el acusado tenía arrendado el parqueadero donde guardaba el vehículo, cercano al taller de mecánica de su padre.

De esta manera, entiende el libelista, tal fraccionamiento de la prueba se hace trascendental, en tanto de haberse tenido en cuenta los apartes del testimonio omitidos, el procesado no habría sido involucrado como cómplice en razón del vehículo que conducía en aquella oportunidad.

Así las cosas, concluye que el acusado no participó en la realización del delito o, por lo menos, se genera una duda en relación con la probable existencia de un vehículo distinto en la escena del crimen, lo que deja a salvo su responsabilidad penal.

Por lo anterior, demanda que se case la sentencia y que, en su lugar, se absuelva al procesado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación de la demanda, los sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

1. Intervención del demandante:

El defensor del acusado reiteró en lo fundamental los argumentos de la demanda, manifestando ratificarse en lo allí escrito e insistiendo en los reproches consignados inicialmente.

Enfatiza en los yerros puestos de presente en el libelo impugnatorio, relacionados con la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia del error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento en la apreciación de la prueba testimonial.

Reclama que se case el fallo del Tribunal, para en su lugar dejar en firme la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el juzgado de conocimiento.

1. Intervención de la Fiscalía:

La Fiscal Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia estimó que la censura carece de trascendencia porque si bien es cierto que los aspectos relacionados en la demanda no fueron considerados en la sentencia, no tienen la virtualidad de alterar el grado de convencimiento sobre la responsabilidad del acusado, pues ésta se estructuró a partir de hechos debidamente probados que ubican el vehículo de su propiedad en el lugar de los acontecimientos.

Tras hacer un recuento de la valoración de la prueba llevada a cabo por el Ad quem y los hechos que se estimaron probados, concluye que el cargo formulado por la defensa no logra derrumbar la presunción de acierto y legalidad de la sentencia recurrida, por lo que deprecó desestimar la demanda.

1. Intervención del representante de la víctima:

El representante de la víctima se limitó a expresar en su intervención que no tiene cuestionamiento alguno a la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja y, luego de hacer algunas consideraciones en torno a la valoración de la prueba, concluye coadyuvando las razones expuestas por la delegada de la Fiscalía.

4. Intervención de la Procuraduría:

Por su parte, el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal recordó que en el sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004 imperan los principios de libertad probatoria y de inmediación, deduciendo con ello que fue acertada la valoración de los medios de conocimiento llevada a cabo por el Tribunal, en tanto lo que compromete al acusado MORENO MERCHÁN en la realización de la conducta punible es el hecho de haber participado en el intercambio de objetos con las personas que ejecutaron la conducta punible, resultando irrelevante que en el vehículo en que se movilizaba no se hayan encontrado elementos de prueba relacionados con la conducta lesiva.

Así, al considerar que en el fallo de segundo grado no se cercenó la prueba, solicitó desestimar la censura.

CONSIDERACIONES

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibídem.

Bajo la égida de la causal tercera de casación -art. 181, numeral 3, de la Ley 906 de 2004-, el demandante denuncia que el Ad quem incurrió en errores de hecho que concreta en un falso juicio de identidad por cercenamiento de la prueba, el cual dice, recae sobre las declaraciones de los testigos Fabio Antonio Sady Arias Ramírez y Fabio Villate Suárez.

El error, según lo propone el apoderado del procesado, se presentó cuando el cuerpo colegiado distorsionó en la motivación de la sentencia el contenido fáctico de los citados elementos de convicción, mutilándole partes trascendentales en su expresión material, con trascendencia en la declaración de justicia contenida en el fallo confutado, es decir, en la condena del acusado MORENO MERCHÁN.

En concreto, el desacuerdo expresado en su demanda por el recurrente se dirige a denunciar la mutilación del testimonio de Fabio Antonio Sady Arias Ramírez, miembro de la Policía Nacional, en lo que tiene que ver con sus manifestaciones relativas a que en el interior del vehículo Renault 21, conducido por el acusado MORENO MERCHÁN, no se hallaron elementos materiales probatorios o evidencias físicas relacionadas con el homicidio.

Trascendencia del yerro que el demandante afinsa en la circunstancia de que igualmente se dio por sentado en el fallo que minutos antes de la ejecución criminal de Pedro José

Sánchez Cabrera, los realizadores de la conducta punible recibieron de parte de los ocupantes de aquel vehículo automotor, una mochila de color azul, que al parecer contenía el arma disparada sobre la víctima, razón por la cual se infirió la responsabilidad del acusado en calidad de cómplice.

Así mismo, enfatiza que el hecho de no haberse encontrado en el vehículo los elementos relacionados con el delito, rompe el hilo que en el raciocinio del fallador ataba al procesado con su ejecución, más aún cuando del testimonio de Fabio Villate Suárez se pudo establecer que al momento de su captura el vehículo era guardado en el garaje destinado para tal fin, no con el propósito de eludir la acción de las autoridades.

1. Fundamentos de la decisión recurrida:

Para asegurar la comprensión de la decisión que adoptará la Sala, se sintetizan a continuación los fundamentos probatorios de la sentencia impugnada.

La existencia del hecho con trascendencia jurídico penal, relacionado con la muerte violenta de Pedro José Sánchez Cabrera, fue explicada en la decisión impugnada a través de la testigo presencial del acontecimiento, Luz Adriana Farfán Granados, para entonces mesera del establecimiento donde ocurrieron los hechos, quien declaró haber presenciado el ingreso de un hombre vestido de negro, con chaqueta y casco del mismo color en su cabeza, quien esgrimió un arma de fuego y de manera repetida disparó en contra de aquella persona. Narró la testigo que, en el acto, el agresor abandonó el local¹.

Al tiempo, según la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo el Tribunal, en las afueras del lugar un motociclista recogió al homicida emprendiendo la retirada, dándose por demostrado que los realizadores de la conducta delictiva recibieron una contribución

concomitante al ataque armado de parte del acusado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, el cual, se sostuvo, les suministró el arma de fuego empleada en el homicidio, y un aporte posterior a la acción, consistente en prestar el concurso del vehículo de su propiedad para asegurarles la huida del escenario del atentado.

De esta manera, la participación accesoria endilgada a MORENO MERCHÁN se sostuvo básicamente en tres hechos relacionados por el Tribunal de la siguiente manera:

1.1.- Rubiel Arias Barbosa, patrullero de la Policía Nacional que el 23 de septiembre de 2011, luego de terminar su turno en la URI de la Fiscalía de Tunja y tras realizar algunas diligencias personales, se dirigía a su lugar de residencia, pudiendo observar en la calle 19 con carrera 17 de dicha ciudad un episodio que llamó su atención, consistente en que de un vehículo Renault 4, color verde, descendieron cuatro individuos que, en el acto, «en actitud sospechosa y nerviosa» abordaron otro automotor Renault 21, color blanco, de cuya placa logró recordar que tenía la letra «I» y el número «0».2

1.2.- Según narró el testigo Henry Quiroga Suárez, cerca del sitio donde se ejecutó el homicidio el 23 de septiembre de 2011, a eso de las 11:30 de la mañana, hizo presencia una motocicleta con dos hombres a bordo y que luego de aparcarse frente a un lavadero de carros, apareció un vehículo Renault 21, color blanco, del que uno de sus ocupantes entregó a los primeros un maletín azul, que le fue devuelto 2 minutos después. Afirmó el testigo que el automotor tenía en sus placas la letra «I».

1.3.- Precisó el Ad quem que, según fue demostrado a través de los testimonios de los policiales Fabio Antonio Sady Arias Ramírez y Geovanny Cárdenas Díaz, a las 12:16 del mismo día, en la calle 18, 18A-45, del barrio La Concepción de Tunja, en desarrollo de una operación candado implementada por la policía, fueron capturados JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN y VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE, cuando bajo la conducción de aquel pretendían ingresar a un garaje el vehículo Renault 21, color blanco,

de placas ITM - 480.

Con fundamento en dichas circunstancias fácticas, el Tribunal concluyó, en punto del compromiso de responsabilidad del acusado MORENO MERCHÁN, que:

Si después de 23 minutos de ultimado el señor Pedro José Sánchez Cabrera, a este procesado se le encuentra en el automotor ITM - 480 que iba a ser guardado en un garaje, no podemos menos que concluir que los ocupantes de ese vehículo participaron en el homicidio que aquí se investiga y que por lo tanto el dueño de ese carro y no de otro fue el que sirvió de apoyo, entregando un objeto que contenía una mochila azul, con posterior intercambio de personas, entre los sicarios de la moto y los que en su momento guiaban el automotor, como acostumbran hacerlo, para procurar impunidad.

El grado de participación criminal deducido al acusado MORENO MERCHÁN fue el de cómplice, en tanto, razonó el Ad quem, prestó una ayuda anterior y posterior a la ejecución de la conducta, ligada a un acuerdo previo con los ejecutores materiales, definiendo de esta manera el asunto relacionado con su intervención criminal:

Respecto de Jimmin Alexander Moreno Merchán la Sala entiende que no existen probanzas que lo vinculen directamente como coautor del homicidio, pues no se estableció a cabalidad y sin asomo de duda que este procesado le hubiera segado la vida a la víctima, disparando su arma de fuego. Nótese que el gatillero de la empresa criminal no fue identificado por ninguna persona, como sí lo fue el conductor de la motocicleta.

Sin embargo, como se analizó precedentemente, se estableció plenamente la presencia del automotor de propiedad de Jimmin Alexander Moreno Merchán en la escena del crimen momentos antes de que se perpetrara el homicidio, pues sus ocupantes entregaron a los ejecutores materiales del homicidio una mochila con un objeto con el que seguramente se realizó la tarea criminal y tan solo 23 minutos después dicho automotor es localizado cuando intentaba ingresar al garaje, conducido por

Jimmin Alexander Moreno Merchán, en compañía de Víctor Alfonso Gañán Lince, a quien se identificó plenamente como el conductor de la motocicleta.

Además, el compromiso de responsabilidad del acusado MORENO MERCHÁN es complementado con lo que el Tribunal denomina «indicio de capacidad delictual», en tanto en su contra gravitan antecedentes penales, lo que «significa que tiene capacidad para atentar contra los bienes jurídicos ajenos y que por ende también sumado a todo este análisis que ha hecho la Sala se encuentra seriamente comprometida su responsabilidad».

Como viene de verse, son tres hechos jurídicamente relevantes los destacados en su decisión por el Tribunal y con los cuales, sumada la existencia de antecedentes penales en cabeza del procesado, se derivó el compromiso de responsabilidad de JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, como partícipe en calidad de cómplice de la conducta punible que cobró la vida de Pedro José Sánchez Cabrera.

1. Análisis de la Corte acerca de los fundamentos de la decisión recurrida en torno a la responsabilidad de JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN:

Se declaró la responsabilidad penal de MORENO MERCHÁN en calidad de cómplice, en tanto el Tribunal concluyó que «contribuyó a la realización de la conducta antijurídica, prestando una ayuda anterior y posterior a los ejecutores materiales de la misma».

Para dilucidar el asunto ofrecido como problema jurídico en relación con la responsabilidad del acusado, en primer lugar, se hará referencia al concepto de complicidad, con lo que se precisarán los elementos normativos que deben ser objeto de prueba para su configuración.

La complicidad es una forma de participación en la conducta punible, caracterizada por la contribución dolosa que una persona puede prestar a otra mediante un aporte esencial en su fase ejecutiva, con actos precedentes, simultáneos e, incluso, posteriores a ella, a condición de que medie una promesa anterior determinada por un concierto previo o concomitante (artículo 30, inciso tercero, del Código Penal).

Se trata de una figura accesoria a la autoría, pues a diferencia de ésta el cómplice carece del dominio funcional de los hechos, limitando su intervención a facilitar la conducta del autor en la realización del hecho antijurídico. Su actuación, en consecuencia, se limita a favorecer un hecho ajeno.

De allí que debe ser objeto de demostración la clase de contribución prestada por el cómplice, la que puede ser de índole intelectual o psíquica o de orden físico o técnico. Esta última es la que, según el juicio de reproche emitido por el Tribunal, se le endilgó a MORENO MERCHÁN, consistente, de una parte, como ayuda previa, en proporcionar el arma de fuego empleada por el realizador de la conducta y, de otra parte, como auxilio posterior, en la facilitación del medio de transporte con el que los homicidas aseguraron su retirada del lugar de los hechos. La ayuda material, en tales términos, debió ser objeto de demostración dentro de la actuación procesal.

Adicionalmente, para atribuir una conducta de complicidad, se requiere de la existencia de un vínculo o nexo de causalidad necesario entre la acción desplegada por quien fue acusado como cómplice y el resultado producido por la acción principal ejecutada por los coautores, lo que se traduce en la acreditación de que la persona haya contribuido elevando la posibilidad de producción del hecho antijurídico, esto es, la demostración de un riesgo adicional, relevante y atado a la causalidad, para el bien jurídico tutelado y el incremento de la oportunidad de éxito para los ejecutores³.

Debe precisarse, además, que, de acuerdo al tenor del inciso tercero del artículo 30 del

Código Penal, aunque no siempre se requiere coetaneidad con la realización de la conducta punible, en el evento de la ayuda posterior sí es indispensable que la contribución al hecho suponga un compromiso anterior o concomitante por parte del cooperador, aspecto que en este caso igualmente debió ser objeto de demostración.

Pues bien, con el fin de establecer si efectivamente se produjeron los errores denunciados por la defensa, la Corte revisará en perspectiva de dichos conceptos, la valoración probatoria efectuada por el juez Ad quem en relación con los hechos que estimó jurídicamente relevantes, a efectos de determinar su validez o no en relación con la responsabilidad penal que como cómplice dedujo al procesado MORENO MERCHÁN. Para dicho cometido se seguirán las mismas pautas definidas en el fallo recurrido en torno a los hechos revelados como de importancia para su concreción.

Tales hechos de relevancia jurídica giran en torno a la demostración de la contribución que se endilga al acusado para la realización de la conducta lesiva y que se precisa en dos aportes esenciales, se reitera, de una parte, uno inicial en su ejecución, consistente en que desde el vehículo de propiedad del procesado, se entregó a los sicarios un maletín que, a juzgar por el Ad quem, contenía «un objeto con el que seguramente se realizó la tarea criminal»; y, de otra parte, un auxilio posterior a la comisión del delito, asegurando a través del vehículo de su propiedad la huida y el ocultamiento de los ejecutores.

Fundamental resultó para el juzgador en el propósito de arribar a tales conclusiones la presencia en distintos escenarios del vehículo Renault 21, color blanco, de placas ITM - 480, de propiedad del acusado MORENO MERCHÁN, pues de la conexión de los diversos episodios en los que se asumió como instrumento el referido automotor, se dedujo finalmente el compromiso de responsabilidad de su titular, como cooperador antes y después de la comisión de la conducta punible.

1. El intercambio de personas en la mañana del día de los hechos desde el vehículo de propiedad del acusado MORENO MERCHÁN:

El primero de esos eventos tiene que ver con la circunstancia de que pasadas las nueve de la mañana del día en que ocurrieron los hechos, fue observado, según lo refirió el testigo Rubiel Arias Barbosa, agente de la Policía Nacional, el vehículo Renault 21, de color blanco, llamándole la atención una escena que le pareció «sospechosa». A ese vehículo ingresaron cuatro hombres que simultáneamente habían descendido de un Renault 4, de color verde; a este último, a su vez, ascendieron un hombre y una mujer que se apearon de aquel. De esa manera se presentó lo que el Tribunal denomina «intercambio de personas» entre los automotores.

Se pudo establecer a través de la prueba presentada en el juicio, que en ese entonces el acusado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN era propietario de un vehículo marca Renault 21, color blanco, de placas ITM - 480. Su hermano Luis Carlos Moreno Merchán, a su vez, era propietario de un vehículo Renault 4, color verde, de placas MCB-503.

Además, el hecho referido fue avistado por el policía Rubiel Arias Barbosa en la calle 19 con carrera 17, enfrente del lugar donde el padre de aquellos tenía un taller y en la misma cuadra donde guardaban los automotores, dándose por sentado la probabilidad de que ese intercambio de personas haya ocurrido entre los dos vehículos referidos.

Sin embargo, observa la Sala, el hecho así contemplado carece de relevancia alguna de cara a la conducta delictiva que ocurrió horas después. Como más adelante se precisará, ninguna importancia circunstancial se desprende de ese episodio por mucho que al testigo le haya parecido «sospechoso» el intercambio de personas de un vehículo a otro,

resultando además infundada la afirmación que sobre este aspecto puntualiza el Tribunal en la decisión, cuando sostiene que:

Aquí también se puede señalar un aspecto relevante y es que era usual entre los propietarios de esos vehículos hacer intercambio de personas y de automotores, como lo evidenció el agente de la Policía Nacional.

Insustancial resulta que el intercambio de personas entre los automotores pudiera ser pensado como un hecho usual, para derivar de allí un patrón de conducta tributario de la ilegalidad, pues en principio y de manera contraria, a la hora de sus conclusiones el Ad quem ninguna consecuencia deriva de esa circunstancia que aduce como jurídicamente relevante, siendo en verdad que aquella transferencia de personas entre los dos vehículos carece de importancia alguna y más parece obedecer a una situación cotidiana, como en últimas lo admite el mismo juzgador:

[n]o resulta de ninguna manera extraño que por ese grado de familiaridad o de parentesco hayan actuado de esa manera haciendo intercambio de personas de un vehículo a otro.

Si ello es así, como se acepta en el fallo impugnado, y lo advierte la Sala, no es comprensible que sea aquella una circunstancia de especial relevancia, digna de resaltar en función de sustentar el compromiso de responsabilidad del acusado MORENO MERCHÁN. Sin embargo, en el fallo se deja sentado ese precedente para entender como más probable la ocurrencia de las acciones de complicidad que precedieron y sucedieron a la conducta punible, de las que a continuación se ocupará esta Corporación.

Es necesario anticipar, sin embargo, en relación con la punibilidad de las llamadas acciones cotidianas –y aquella lo fue, según la propia caracterización del juzgador-, que es admisible la complicidad en la medida en que su realizador haya sido conocedor de que

el autor la asumiría como presupuesto de su conducta criminal, esto es, que en este caso en concreto lo sería en tanto se demostrara que el acusado conscientemente haya prestado su concurso para favorecer la acción principal.

1. La contribución anterior en la comisión del homicidio:

El segundo aspecto, asumido como hecho jurídicamente relevante, se deriva de la declaración de Henry Quiroga Suárez, quien manifestó haber sido testigo de una circunstancia en particular, referida como que a eso de las 11:30 de la mañana, cuando se encontraba arreglando su automotor sobre la vía pública, a 40 metros del restaurante donde ocurrieron los hechos, se estacionó una motocicleta y dos minutos después lo hizo el vehículo Renault 21, blanco, cuya placa tenía la letra «I». Según narró, se percató que los ocupantes del automóvil entregaron un maletín azul a los de la moto, el cual poco después les fue regresado.

En estos términos se expresó el declarante Quiroga Suárez:

Yo estaba arreglando el carro con el que yo trabajaba, llegó una moto como modelo... una Yamaha... Honda... color blanca con franja roja o naranjada, algo así, se estacionó delante del vehículo, después llegó un Renault blanco, modelo 21, no le vi muy bien las placas porque eso fue... en un tiempo rápido, lo único que le alcancé a ver fue la I... a las placas del carro blanco, la placa era amarilla pero nada más le vi la inicial, la primera inicial que era una I... para mí pensé que era por ahí de Itagüí, algún sector de esos, pero no se decirle realmente de qué parte sería...⁴

Asume el Tribunal que se trató del mismo vehículo acotado en el episodio inicial y que es «posible» que se trate del mismo en el que minutos después se produjeron las capturas, resultándole sobresaliente que por tratarse de una placa de otra región del país,

se hacía de fácil recordación para el testigo y, además, existiendo una perfecta coincidencia entre el tipo de vehículo, su marca, modelo y guarismos, difícilmente podía tratarse de otro automotor.

Para sustentar su conclusión, emplea una regla de la experiencia:

[p]or lo general la mayoría de las placas de los automotores que circulan en un departamento son de ese departamento o por lo menos de departamentos cercanos con acceso a aquel.

Ahora bien, aceptándose la validez de dicha aserción, la circunstancia fáctica apreciada por el Tribunal como propia de una participación criminal del conductor de aquel vehículo Renault 21, consistió en que, de acuerdo al testimonio de Quiroga Sánchez, uno de sus ocupantes entregó una mochila azul al tripulante de la motocicleta, siendo regresada dos minutos después, por lo que supuso que de esa manera se fraguó la complicidad del acusado MORENO MERCHÁN, al prestar una cooperación anterior a la ejecución del homicidio.

Sin embargo, las inferencias que alrededor de esta prueba testimonial y en punto de ese aspecto en particular lleva a cabo el Tribunal adolecen de notables yerros, que hacen desvanecer la validez de su proposición, veamos:

De una parte, el Ad quem adicionó el contenido material del testimonio de Henry Quiroga Suárez en un aspecto que resulta de especial relevancia. Se dice en el fallo que, de acuerdo a su declaración, los ocupantes del vehículo Renault 21 entregaron a los ejecutores de la conducta punible un maletín de color azul «con un objeto con el que seguramente se realizó la tarea criminal» (subrayas fuera del texto).

Sin embargo, como puede verificarse, el testigo no hizo alusión a un objeto como el contenido del maletín que dijo haber visto entregar desde el automóvil. Así

refirió el episodio:

Yo lo único que observé en el momento fue que uno de la moto habló con un señor del carro de la parte trasera, le entregó un maletín azul, se dirigió a la parte de adelante pero no sé más, después el señor de la moto se volvió y le entregó el maletín, lo único que pensé es que iban para el taller a hacer algún arreglo al vehículo, no más.⁵

Se evidencia el falso juicio de identidad en la adición al contenido de la prueba, sendero por el cual el fallador se introduce en una conclusión que resulta completamente irracional en tanto incurre en un yerro de apreciación con el que finalmente determina la proposición de dar por demostrado que el maletín de color azul que, de acuerdo con lo manifestado por el testigo Quiroga Suárez, se entregó desde el vehículo blanco por uno de los ocupantes, contenía un objeto, dando pie a dos suposiciones adicionales: i) que ese objeto era un arma de fuego y ii) que con esta se produjeron los disparos que segaron la vida de Pedro José Sánchez Cabrera.

Lo cierto es que el deponente no expresó que el maletín contuviera un objeto, tampoco que ese objeto fuera un arma de fuego y de allí que, mucho menos, es posible deducir que el hipotético artefacto haya servido para disparar contra la víctima, incurriéndose, por demás, en un clarísimo falso raciocinio al analizar la citada prueba y asumir, como si se tratara de una regla de la experiencia, que todas aquellas actuaciones supuestas constituyen en su conjunto una manera habitual de proceder por parte de los homicidas en situaciones como la analizada, pues es la forma «como acostumbran hacerlo, para procurar impunidad».

Ningún principio de la sana crítica puede avalar una conclusión de tal especie, discurriendo el juzgador en un juego de especulaciones que lo llevan a una aserción que en nada se compadece con la prueba recibida, consistente en que los ocupantes del vehículo Renault 21, entre ellos el acusado MORENO MERCHÁN, quien para aquella época, según se

demonstró, era su propietario y poseedor, prestaron un concurso relevante para la realización de la conducta punible.

No puede admitirse por la Sala que tan artificioso argumento pueda servir como premisa probatoria para dar por justificada la conclusión sobre la demostración de un hecho, el que finalmente determinó la responsabilidad del acusado.

El estándar de prueba atinente al conocimiento más allá de toda duda razonable, reglado como principio rector en el estatuto procesal penal de la Ley 906 de 2004 -artículos 7º y 381- no se satisface con la arbitraria atribución de probabilidades o de inconexas inferencias convertidas en suposiciones por parte del fallador, menos cuando, como en este caso, se acudió a juicios de valor derivados de su estimación subjetiva.

Expresiones del tipo «seguramente», empleada en el juicio deductivo del juzgador para sentar la hipótesis del suministro del arma de fuego a los atacantes, resultan sintomáticas de un alto grado de especulación propio de un estándar subjetivo de prueba, que no se compadece con un sistema probatorio en el que se debe privilegiar el rigor en la explicación de los hechos conocidos y fundamentados en datos tangibles. Una deducción de esa especie torna en irracional la decisión judicial.

En el fallo se termina admitiendo que el testigo Quiroga Suárez no observó que del maletín se haya extraído el arma homicida, no obstante lo cual se realiza la siguiente inferencia:

Si bien es cierto este testigo no advierte que de ese maletín azul los motociclistas hubieran extraído algo, es evidente que entre sus ocupantes había una relación de colaboración directa en el desarrollo del insuceso (sic), como quiera que fueron los motociclistas los que en tarea criminal ultimaron a la hoy víctima momentos después y que los ocupantes del carro prestaron ayuda para la realización de la tarea criminal, como se verá

más adelante.

De hecho, dicho razonamiento se encuentra permeado por una falacia de petición de principio, en la medida en que en el intento por establecer su conclusión, el Tribunal ofrece como sustento la misma premisa que debía encontrarse demostrada para ese cometido.

En efecto, la «relación de colaboración directa» en la empresa criminal tendría que acreditarse en ese caso a partir del hecho cierto de que el maletín azul traspasado contuviera el arma de fuego empleada en la ejecución delictiva. Sin embargo, en un argumento circular, ese puntual acontecimiento lo asume el fallador como demostrado a partir de las «relaciones» de los intervinientes.

En esa medida, no hay fundamento para inferir que el procesado contribuyó en la realización del homicidio prestando un aporte eficaz para su comisión, concretamente en el acto de proporcionar al ejecutor del comportamiento lesivo el arma de fuego empleada en la perpetración del delito.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que ese segundo acontecimiento recreado por el Ad quem no reviste compromiso alguno para quien finalmente ha sido responsabilizado como cómplice en virtud de una colaboración anterior a la comisión del delito.

1. Ayuda posterior a la realización de la conducta antijurídica, por concierto previo o concomitante a la misma:

Por último, el Tribunal infirió el compromiso de responsabilidad de MORENO MERCHÁN de las circunstancias en que se produjo su captura, lo que sustentó en los testimonios de

Fabio Sady Arias Ramírez y Giovanny Cárdenas Díaz, agentes de la Policía Nacional, quienes participaron en la operación candado, implementada una vez se tuvo conocimiento de los hechos.

El policía Fabio Sady Arias Ramírez declaró que una vez recibió la información del automóvil que al parecer había participado en el homicidio, siendo las 12:16 del mismo día, observó en la carrera 15 con calle 18 el tránsito de un vehículo con similares características. Dice que decidió seguirlo a pie porque «traía una marcha con una velocidad mínima». Observó que el vehículo estaba siendo ingresado a un garaje.⁶

Por su parte el uniformado Giovanny Cárdenas Díaz narró que presenció cuando el vehículo era estacionado en aquel garaje, ubicado en la calle 18, 18A-45, del barrio La Concepción de Tunja, y que uno de los ocupantes, nervioso y apresurado, se aprestaba a cerrar la puerta. Se refirió a VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE. En esos momentos se produjo su captura, junto con la del conductor de ese vehículo Renault 21, de color blanco, de placas ITM-480, quien era el procesado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN.

Los dos uniformados, presentes como testigos en el juicio oral y público, manifestaron al unísono que al registrar a los capturados y al vehículo en cuestión no hallaron ningún elemento que estuviera vinculado con el homicidio acaecido, según los cálculos del mismo fallador, 23 minutos antes de la captura. Valga decir, no se halló el arma de fuego utilizada y tampoco el maletín azul, elementos que habían sido anunciados como determinantes en el compromiso de responsabilidad por complicidad del acusado.

El Tribunal, sobre este episodio que califica de especial relevancia, razona en relación con la responsabilidad del procesado MORENO MERCHÁN:

Si después de 23 minutos de ultimado el señor Pedro José Sánchez Cabrera, a este procesado se le encuentra el automotor ITM-480 que iba a ser guardado en un garaje,

no podemos menos que concluir que los ocupantes de ese vehículo participaron en el homicidio que aquí se investiga y que por lo tanto el dueño de ese carro y no de otro fue el que sirvió de apoyo, entregando un objeto que contenía una mochila azul, con posterior intercambio de personas, entre los sicarios de la moto y los que en su momento guiaban el automotor, como acostumbran hacerlo, para procurar impunidad.

De esa manera, el Ad quem determinó en su decisión que el acusado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN prestó, en calidad de cómplice, no solamente una ayuda anterior a la ejecución de la conducta punible, sino una contribución posterior a la misma, ofreciendo su concurso para lo que llama «intercambio de personas», como método empleado para asegurar la impunidad de la conducta:

Eso significa que se demostró que Jimmin Alexander Moreno Merchán contribuyó a la realización de la conducta antijurídica, prestando una ayuda anterior y posterior a los ejecutores materiales de la misma.

La habitual práctica que el Ad quem atribuye al procesado, consistente en emplear su vehículo para el intercambio de personas, según lo dedujo del primer hecho relevante atrás analizado, la usa ahora para asumir como destacable la conducta que acota como un acto de complicidad por ayuda posterior a la comisión del delito, asumiendo nuevamente que se trata de un comportamiento propio en la realización de esta especie de conductas punibles, en tanto, en su parecer, es la forma, se reitera, en que sus ejecutores «acostumbran hacerlo, para procurar impunidad».

De esta manera, el Tribunal asume en la comprensión de su reiterada máxima de la experiencia el apoyo del vehículo Renault 21 como determinante en la acción de complicidad atribuida al acusado MORENO MERCHÁN, no solamente en el hecho de señalarlo como quien hizo entrega del arma empleada en el homicidio sino en la maniobra posterior, alusiva a lo que denomina como intercambio de personas, como si

esta acción cotidiana fuera para este caso una conducta digna de relevancia y determinara un uso inapropiado del rodante, para referirse a que, a efectos del aseguramiento de la impunidad de la conducta, los homicidas abordaron a continuación de su ejecución el vehículo en cuestión.

La Sala encuentra desacertada esa conclusión.

Ninguna probanza fue ofrecida por parte del acusador que pudiera dar cuenta de esa forma de participación criminal prestada a posteriori, atribuida a JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN. Ningún elemento de juicio da cuenta de la existencia de un acuerdo previo o concomitante a la ejecución del hecho antijurídico. Tampoco se presentó medio de convicción que avalara la idea de que al momento de su aprehensión, el acusado prestaba una ayuda importante, conexa de manera sustancial con la realización de la conducta punible.

Al respecto, en primer lugar, debe destacarse el hecho de que el garaje al que se ingresó el automóvil no era otro que el empleado de manera habitual por el procesado MORENO MERCHÁN para guardar su vehículo automotor y que, según se acreditó en el juicio, tenía arrendado para tal efecto. No resultaba, por lo tanto, una situación inusual o anómala que en aquella oportunidad lo estacionara en el sitio que, además, estaba ubicado a menos de una cuadra del taller de su padre.

En segundo lugar, no constituye una máxima de la experiencia, con la que se pueda inferir la intervención en calidad de cómplice del procesado MORENO MERCHÁN, como razona el Tribunal, que el supuesto intercambio de personas entre la motocicleta y el automóvil se haya llevado a cabo «como acostumbran hacerlo» sus intervinientes en la modalidad delictiva realizada.

No es ese un hecho acreditado en concreto y no se ofrece un patrón de conducta general que avale esa conclusión como una regla con sentido de universalidad, generalidad o alta

probabilidad. En verdad, ni siquiera en esa lógica deductiva, aparte de la presencia en el automotor de quien fue declarado autor del delito, se avizora como incuestionable que se haya presentado lo que se denomina intercambio de personas. En suma, no fue probado el hecho de haberse facilitado la huida de los homicidas en el vehículo conducido por el acusado.

No puede perderse de vista, además, que la captura se llevó a cabo 23 minutos después de consumada la acción delictiva en un lugar cercano al sitio de los acontecimientos, sin que pueda darse como demostrado que a efectos de asegurar su impunidad se haya producido en su huida un intercambio entre ocupantes de la motocicleta y del automóvil de propiedad del acusado, en una acción acordada con antelación y que formara parte de una auténtica cooperación en el delito.

Valga decir, que para el momento de la aprehensión de MORENO MERCHÁN y GAÑÁN LINCE, la conducta de Homicidio -tipo penal de conducta instantánea- ya se encontraba consumada y agotada. De allí que, sin que se tenga el conocimiento probatorio sobre la existencia de un concierto previo, resulta impertinente asumir como un acto de complicidad en los términos del artículo 30, inciso tercero, del Código Penal, cualquier acción emprendida en favor de la ejecución de la conducta criminal por parte del primero de los mencionados, cuando ya estaba realizado de manera completa el tipo penal.

En tercer lugar, si bien se acreditó la presencia en el automotor de quien fue señalado como coautor del homicidio y finalmente declarado responsable bajo esa condición, no hace suponer, per se, la existencia de una participación material en el comportamiento lesivo, por mucho que se pudiera especular, como en efecto lo hace el juzgador, sobre la presencia del mismo rodante merodeando el lugar de los acontecimientos.

Lo cierto es que en últimas la responsabilidad del acusado en su calidad de cómplice, sólo se justificó por la presencia de VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE, declarado como coautor del homicidio, en aquel automotor que igual estuvo presente, de acuerdo a lo testimoniado en el juicio, en el lugar aledaño al escenario de los acontecimientos.

A pesar de que pueda resultar sugestiva la presencia de dicho automotor en el lugar de los hechos y, adicionalmente, que se tratara del mismo vehículo en el que fue capturado quien fue declarado responsable coautor del homicidio, nada vincula esas circunstancias objetivas a una aportación eficaz en la fase de resolución del hecho y en la realización del injusto típico.

En esa medida, como ha quedado planteado, tratándose de una acusación por la condición de cómplice del procesado, existía la carga probatoria para la fiscalía relativa a acreditar que esa presencia múltiple del vehículo estaba condicionada por actos de contribución por parte de su conductor en la ejecución de la conducta punible. El acto de presencia en la escena del delito, para que se torne relevante como fuente de participación criminal, debe estar siempre circunstanciada por el positivo ejercicio de un acto de aportación incidente al hecho principal.

Por lo tanto, la mera presencia, no fundamenta una cooperación punible. En consecuencia, al no haber dirigido el acusador su demostración en dirección a auténticos actos de contribución criminal, dejó los dos datos probados en el juicio (la presencia del vehículo en lugar adyacente a los acontecimientos y la captura de los procesados en el mismo automotor) en un mero razonamiento que bien valdría para la formulación de hipótesis cuya utilidad estriba en servir como orientadoras en la consecución de la prueba, mas no en su sustitución. Esto es, de dichos datos no se alcanza un mínimo nivel de conocimiento más allá de duda razonable en relación con la participación cómplice en la conducta punible del acusado MORENO MERCHÁN.

A lo anterior se suma una circunstancia que resulta de la mayor significación frente a los planteamientos que esboza la Corporación judicial y que tiene importancia no solamente en lo que atañe a la complicidad por ayuda posterior endilgada, sino a la misma cooperación que se dice fue prestada momentos antes de la ejecución del delito por parte del procesado: al registrar el vehículo automotor que guardaba en su garaje el acusado, los policiales, según lo testificaron, no hallaron ningún elemento relacionado con la comisión del delito.

Tal circunstancia destruye la misma lógica que trata de imponer el juzgador en su razonamiento porque, si fuera cierta la inferencia de que del automotor se provisionó del arma de fuego a quienes ejecutaron el homicidio, podía haberse esperado que en su interior fuera hallado el maletín azul que supuestamente lo contenía y que, según se declaró, fue devuelto a sus ocupantes.

Pero además, en relación con la cooperación posterior a la comisión de la conducta punible, se contradice esa circunstancia con la idea expresada en el fallo consistente en que el vehículo Renault 21 se empleó para procurarse la impunidad en la huida de la escena del delito, pues apenas sería lógico suponer que en ese trance aún los ocupantes no se habrían despojado de los instrumentos del delito o, por lo menos, que la ausencia de evidencias en tal sentido impediría asumir la participación criminal con ayuda posterior al delito del conductor del rodante.

Ahora, podría aceptarse que no se presentó tal inmediatez entre la ocurrencia de los hechos y la captura de los procesados y, con ello, que antes de su aprehensión lograron los ocupantes del vehículo despojarse de los medios de ejecución que los comprometía. Sin embargo, una hipótesis de esa naturaleza dejaría sin sustento la idea de la cooperación posterior, pues, como quedó dicho, en un escenario de esos no tendría cabida alguna la tesis de la complicidad, con la cual se fundó el compromiso de responsabilidad del acusado.

Así las cosas, razón le asiste al demandante cuando aduce la presencia de un falso juicio de identidad, en tanto, al aprehender el contenido de los testimonios de Fabio Antonio Sady Arias Ramírez y Fabio Villate Suárez, el fallador recorta apartes de su literalidad que sí resultan trascendentes, para concluir en una serie de inferencias equivocadas dentro de su juicio valorativo.

Ahora bien, para despejar cualquier cuestionamiento sobre la posibilidad de que el procesado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN haya sido partícipe de la conducta punible, derivado ello en buena medida de su captura en compañía de quien fue declarado coautor del homicidio, como lo sostiene el Tribunal, la Corte encuentra necesario estudiar la situación del procesado VÍCTOR ALEXANDER GAÑÁN LINCE, quien si bien no es recurrente en casación, su suerte en tal contexto resulta inescindiblemente ligada a la de aquel acusado.

Por lo tanto, de acuerdo a las facultades oficiosas que le otorga la ley, procurando asegurar la prevalencia del derecho material y la guarda de las garantías, impuestas como finalidades de la casación por el artículo 180 ibídem⁷, la Corte emprenderá el estudio a fondo de la situación del procesado GAÑÁN LINCE.

En ese sentido, no sobra señalar que la evolución del instituto casacional ha representado la flexibilización teleológica del recurso, lo que ha significado, a la vez, una sensible relativización del principio de limitación, previsto en el inciso tercero del artículo 184 ibídem, en virtud del cual, por regla general, en atención al carácter rogado del recurso extraordinario de casación, la Corte debe sujetarse en sus fallos a las demandas presentadas y a los cargos postulados en ellas, de tal manera que como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y garante de la protección de los derechos y garantías fundamentales, supere las restricciones impuestas por dicho postulado, para patentizar el derecho de acceso a la administración de justicia, interviniendo más allá de los cargos propuestos en la demanda, en orden a que se adopte una decisión justa, como el fin

primordial de asegurar los postulados del Estado social de derecho⁸.

Así, el recurso extraordinario se ofrece como instrumento no solamente de control legal, sino, de manera especial, de control constitucional de las decisiones judiciales de las instancias (artículo 181 de la Ley 906 de 2004). De allí que en materia de casación oficiosa la Corporación haya aceptado que la misma no solo tiene lugar cuando se advierta la trasgresión de garantías atacables por la vía de la causal tercera, sino también incluso, cuando observe violaciones directas o indirectas de la norma sustancial o desconocimiento del principio de congruencia:

[...] surge con nitidez que la casación oficiosa procede no sólo cuando la sentencia de segunda instancia se dicta en un juicio viciado de nulidad, sino también cuando sea violatoria directa o indirectamente de una norma de derecho sustancial o cuando no esté en consonancia con los cargos de la acusación.⁹

En este sentido, la Corte ha seguido una línea jurisprudencial que privilegia la posibilidad de pronunciarse oficiosamente de fondo sobre aspectos de la sentencia de segunda instancia por motivos distintos a los que fueron objeto de inconformidad por el demandante e, incluso, como en este el caso, en favor de quien no fue recurrente en casación de la decisión del Ad quem¹⁰, en eventos en que así lo aconseja la finalidad de hacer efectivo el derecho material y la salvaguarda de las garantías de partes e intervinientes en el proceso penal.

Bajo esta idea tutelar, la Corte procederá a emitir un pronunciamiento de fondo en lo que atañe al acusado VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE, no recurrente del fallo condenatorio que se procederá a casar de manera oficiosa.

1. La responsabilidad penal del acusado VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE

En esencia, la responsabilidad de VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE se fundamentó en la misma línea de argumentación relacionada con la presencia del vehículo Renault 21 de color blanco, infiriéndose que su empleo como instrumento de realización de la conducta punible, comprometió a las dos personas que se encontraban a bordo del mismo en el momento en que es avistado por los miembros de la Policía Nacional, después de la ejecución del delito.

Ese acontecimiento cardinal, referido a la presencia del automotor en cuestión merodeando la escena del delito y en la posterior actuación interpretada como una contribución subsiguiente a la perpetración criminal, igualmente se ofrece en el fallo recurrido para hacer más creíble el testimonio de Yudy Emilce Tequia Correa, quien declaró en el juicio que el acusado GAÑÁN LINCE, es el mismo personaje que pudo ver momentos antes de los hechos a bordo de una motocicleta, la que fue empleada para recoger a quien efectuó los disparos contra la víctima.

Así, no se puede soslayar que las inferencias presentadas por el Tribunal en relación con el declarado cómplice de la conducta punible, de igual manera están asociadas con el juicio de responsabilidad emitido en contra del otro acusado, VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE, condenado como coautor del delito de Homicidio.

Ello es así porque el fundamento del reproche estribó, de una parte, en que la captura de Gañán Lince se produjo cuando se encontraba a bordo del mismo vehículo Renault 21, conducido por MORENO MERCHÁN. De otra parte, en que fue señalado por la testigo como el conductor de la moto en que, perpetrado el homicidio, los ejecutores emprendieron la retirada del lugar.

De esa manera, los errores de hecho que fueron puestos de presente en el análisis que precede en relación con la conducta atribuida a JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, no solamente conducen a la conclusión de la ausencia de demostración de los actos de

complicidad que le fueron enrostrados, sino que, de modo consecuente, tienen una incidencia capital en el compromiso de responsabilidad en calidad de autor de GAÑÁN LINCE.

Valga decir, el juicio de responsabilidad deducido a este último procesado pierde uno de los pilares en que fue edificado por el Tribunal, esto es, la idea recurrente de haberse inferido su intervención criminal a partir del hecho de haber sido capturado en el vehículo que, según se supuso, sirvió de soporte para la realización de la empresa criminal.

Suprimida la presencia de esa circunstancia determinante en el fallo de segundo grado, la condena en contra de VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE, queda sujeta de manera exclusiva al testimonio de Yudy Emilce Tequia Correa, quien lo reconoció en el juicio como uno de los ejecutores del homicidio, al pilotear la motocicleta empleada en la perpetración del delito.

La importancia de dicha declaración en el razonamiento del Tribunal, impone detenerse en su análisis, pues de allí emergió la conclusión de que fueron los ocupantes de esa moto quienes ajusticiaron a Sánchez Cabrera, sirviéndose en ese cometido de la contribución del acusado MORENO MERCHÁN. Veamos:

El día de los hechos Yudy Emilce Tequia Correa, según declaró en el juicio, hacía el aseo en un lavadero de carros aledaño al lugar donde se produjo el homicidio. Dijo que desde su lugar de trabajo, a unos 5 o 6 metros, observó una moto que permaneció estacionada al frente durante 20 o 25 minutos.

Afirmó la testigo que pudo observar detenidamente a uno de los ocupantes de dicha motocicleta, describiéndolo así:

Exactamente cómo estaba vestido no puedo decir, sólo sé que le vi en ese momento una

chaqueta negra, era de perfil alto, color trigueño, nariz respingada, los ojos rasgados, las cejas muy delgadas, de un aspecto físico bien.¹¹

La defensa impugnó la credibilidad de la testigo en relación con la vestimenta del individuo señalado, puesto que en declaración anterior había manifestado que la persona que había visto en la moto portaba una chaqueta beige, mientras en el juicio refirió que la chaqueta era negra. Sin embargo, el Tribunal decidió darle crédito a la testigo, no obstante admitir la posibilidad de haber sido influenciada para ajustar su versión a la entregada por los demás testigos que declararon que los homicidas vestían de negro:

No obstante, la Sala considera que es posible que la testigo haya sido influenciada indebidamente para señalar que la vestimenta del conductor de la moto era negra cuando había afirmado que vestía chaqueta blanca, o que como ella lo advirtió no lo haya percibido de manera clara.

Sin embargo este aspecto es irrelevante en sentir de la Sala pues, se repite, lo cierto es que antes del insuceso (sic) se ubica una motocicleta en inmediaciones del restaurante; que a los motociclistas se les entrega una maleta azul por el ocupante de un vehículo Renault 21 blanco que llegó a los dos minutos; que esa misma motocicleta permaneció más o menos por espacio de 20 a 25 minutos frente al lavadero de carros; que quien estaba conduciéndola fue identificado como Víctor Alfonso Gañán Lince y que fue esa moto y no otra la que partió del lugar y recogió al ejecutor material directo de la conducta. Además se estableció que Víctor Alfonso Gañán Lince y Jimmin Alexander Moreno Merchán fueron capturados 23 minutos después de la ocurrencia de los hechos en lugar cercano, más o menos en la calle 18 con carrera 18, al de ocurrencia de los hechos, la Cra. 10 A con calle 8ª, en un vehículo de placas ITM-480, Renault 21 blanco.

De esa manera, acudiendo a un argumento que devela una falacia de petición de principio, termina concluyendo el Tribunal que aún en el evento en que la testigo haya

sido aleccionada, la divergencia sobre la vestimenta en sus distintas versiones carece de importancia en tanto fue el acusado GAÑÁN LINCE coautor de la ejecución de la conducta y su aprehensión se produjo en compañía de quien terminó siendo considerado su cómplice.

A continuación, la testigo Tequia Correa es interrogada de la siguiente manera por parte del delegado de la Fiscalía, a efectos del reconocimiento del hombre que percibió en aquella oportunidad¹²:

Testigo: Lo vi bien durante 10 minutos de los 25 ó 20 que estuvo allí.

Fiscal: ¿La cara la pudo observar?

Testigo: Sí.

Fiscal: Aquí hay dos personas acusadas, en esta sala, usted puede observarlos y decir si alguien de ellos (sic) se le parece a la persona que vio ese día.

Testigo: Sí, puedo hacerlo.

Fiscal: Permiso señor juez para que la testigo observe los acusados y determine si se le parece o fue alguna de las personas acusadas la que vio ese día frente a su lavadero.

Juez: Proceda. La testigo se acerca a donde están los acusados y observa... Vuelve a su puesto. Dejamos constancia que se levantó del sitio, en la mitad de la sala observó donde estaban los acusados sentados. ¿Qué manifiesta sobre esas dos personas que acaba de observar?

Testigo: La persona que es delgada se parece mucho.

Fiscal: ¿Se parece mucho?

Testigo: Podría estar segura de que es él.

Fiscal: ¿Por qué se le hace parecida esa persona delgada?

Testigo: Tiene las mismas características que di el día que di (sic) el retrato hablado.

Fiscal: Para dejar constancia, señor juez, que la testigo hace referencia al señor Víctor Alfonso Gañán Lince, según sus características.

Juez: La testigo que diga cuál de los dos porque están uno ubicado cerca al estrado digamos y otro a mano derecha de el.

Defensor: Solicito la palabra, señor juez, si fuera posible que hicieran presentes los dos sindicados acá, para que ella más o menos pudiera visualizar la altura, la contextura, para que nos ilustre...

Juez: No, doctor, no es posible porque eso sería de un reconocimiento en fila de personas y en estos momentos no procede porque cuanto ya no es el momento procesal. Eso sería para un reconocimiento en fila de personas, lo único que se puede hacer es lo que se permitió que la testigo fijara el lugar donde están ellos y observara, tratara de detallarlos como lo hizo y a partir de eso ella informe si si (sic) es la persona que ella dice haber visto ese día. Cuál de los dos, hay un civil con chaqueta gris y el otro esta con la chaqueta beige.

Testigo: Gris. El que se encuentra en la parte derecha con la chaqueta gris.

...

Fiscal: ¿Por qué razón, qué características, le observó usted para identificarlo?

Testigo: Porque tiene las cejas exactamente iguales y la boca que fue la que más me pude fijar ese día.

Fiscal: ¿En conclusión, puede afirmar que es la persona que estaba ese día sobre la moto la que usted señaló en esta audiencia?

Testigo: Si señor.

Fiscal: Después de haberlo observado a esa persona, ¿qué hizo usted?

Testigo: ¿En el momento?

Fiscal: Sí, en esa mañana. Usted lo observó que estaba en la moto, nervioso, ¿después qué hizo?

Testigo: En ese momento yo me entré hacia la parte de la cocina que queda hacia el fondo del lavadero, fue cuando empezaron a acelerar una moto, la aceleraba así como para no sé, ocultar los tiros, realmente no puedo estar segura y ese momento fue cuando se escucharon los tiros y en el momento que salimos la moto emprende la huida.

Fiscal: ¿En qué sitio exactamente estaba usted cuando escuchó los disparos?

Testigo: En la cocina, que queda en el mismo lugar de la plataforma del lavadero.

Fiscal: Cuando usted ingresó a la cocina y había visto a la persona sobre la moto, ¿aún seguía esa persona sobre la moto cuando usted ingresó a la cocina?

Testigo: Cuando yo entré a la cocina él seguía parado al lado de la moto y cuando salgo no, o sea, ya no estaba la moto en el mismo lugar, en el momento que sonaron los tiros.

Es oportuno recordar que los reconocimientos de identidad producidos dentro del

juicio tienen una naturaleza probatoria testifical especializada y atípica, en la medida en que se utiliza en su desarrollo un método que privilegia auxiliar la memoria del testigo, ofreciéndose a su vista la presencia de la persona o las personas sobre quienes recaerá el posible señalamiento, sin que exista una específica regulación en la ley para tal efecto.

Sin embargo, su validez, como método de identificación in situ del procesado presente en el juicio, en el marco del interrogatorio directo, resulta incuestionable, según ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala:

El reconocimiento que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la Fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular; de manera que en el escenario del proceso adversarial corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta supuesto de que viole las reglas del interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa.¹³

Además, la doctrina relacionada con las técnicas del interrogatorio, destaca la importancia de que el fiscal en la pregunta final, que tiene por objeto dejar la información del caso en el punto más alto (de mayor interés), haga que el testigo presencial identifique claramente al agresor.¹⁴

En cuanto a su desarrollo, debe señalarse que el reconocimiento en juicio debe realizarse en condiciones que mitiguen la alta carga sugestiva que en ocasiones lo podría acompañar y los riesgos de contaminación de la huella de la memoria del testigo.

Tales particularidades exigen del interrogador el empleo de una técnica acorde a los presupuestos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, debiendo en ese cometido

sentar las bases o fundamentos no solamente en torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo aprehendió su conocimiento personal sobre la persona objeto de identificación, sino también sobre las mismas características físicas que lo individualizan. Por su parte, es función del juez, ejercer el control debido en el desarrollo de ese procedimiento.

Situados en este plano de análisis, es preciso subrayar que desde el punto de vista de su valoración, la identificación visual del procesado llevado a cabo por la testigo hace parte de los procesos de percepción y rememoración, que como componente del interrogatorio directo en el marco del juicio oral y público, se encuentra condicionado en su apreciación a los mismos criterios previstos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, pues al fin de cuentas no es más que un segmento de su declaración, cuya técnica está asociada básicamente a la corroboración de la base testimonial rendida por el deponente.

En consecuencia, en la apreciación del testimonio sobre ese aspecto en particular, resultará de especial importancia la consideración sobre la manera como se llevó a cabo el interrogatorio que determinó el señalamiento del acusado.

En este sentido, se hacen evidentes los defectos en el procedimiento de rememoración y señalamiento de la testigo Yudy Emilce Tequia Correa, permitiéndosele al acusador, sin siquiera objeción por la defensa, la formulación de preguntas de contenido sugestivo, las que se encuentran prohibidas de manera expresa en los artículos 391 y 392, literal b), de la Ley 906 de 2004.

En este caso en particular, se alentó a la testigo para que fijara su atención de manera exclusiva en los dos procesados, desplazándose hasta el lugar donde se encontraban y encausando su interrogatorio a propiciar el señalamiento, no obstante su inicial posición dubitativa sobre el recuerdo que tenía de la persona que observó en el lugar de

los hechos.

De esa manera, no obstante que en la base de su testimonio descansó una descripción sobre los rasgos físicos de la persona señalada -incluida, claro está, su discordancia en la vestimenta-, llegado el momento de su reconocimiento en la vista pública, existió una evidente conducción de su declaración al señalamiento de quien en principio manifestó que «se parece mucho» a la persona que observó aquel día en la motocicleta; para continuar con que «Podría estar segura de que es él»; y finalizar, ante el apremio de las preguntas del acusador en las que sin duda sugería las respuestas, que se trataba de la misma persona (¿En conclusión, puede afirmar que es la persona que estaba ese día sobre la moto la que usted señaló en esta audiencia? Sí, señor).

Con fundamento en dicha declaración, el Ad quem deriva el compromiso de responsabilidad del acusado VÍCTOR ALFONSO GAÑÁN LINCE. Es este su razonamiento:

La Sala advierte que de manera contundente, sin asomo de duda, está establecida plenamente la participación de Víctor Alfonso Gañán Lince, pues en la empresa criminal en la que participó con el sicario que ultimó al señor Pedro José Sánchez Cabrera, fue identificado plenamente por la testigo Yudy Emilce Tequia Correa y capturado en el automotor cuyos ocupantes tienen también serio compromiso en la tarea criminal.

Tan concluyente definición no podía llevarse a cabo sin desconocer la misma naturaleza del procedimiento y las precarias circunstancias de fiabilidad epistémica en que en este caso se concretó la identificación del acusado en juicio.

En estas condiciones, no resulta un dato menor el hecho de que la testigo haya sido impugnada en su credibilidad en torno a la vestimenta de la persona que identificó. En modo alguno puede ser tenido como un aspecto irrelevante en punto del proceso de

identificación agotado en el juicio, como subraya el Tribunal, el que la deponente haya recibido una influencia indebida para acomodar su versión en torno a las condiciones de presentación del identificado, pues esa posibilidad admitida por el mismo fallador necesariamente incide en el valor que puede ser atribuido a su declaración.

Pero además, no es posible llevar a cabo su estimación de manera aislada, con desapego de los demás medios de prueba recibidos y al mismo contenido de la declaración de la testigo en cuestión (artículo 380 de la Ley 906 de 2004) y sus contradicciones intrínsecas, como a continuación se entra a reparar.

Ciertamente, no puede soslayarse que la propia deponente refirió que cuando se internó en el establecimiento donde trabajaba, ocurrió el atentado y, simultáneamente, salió la moto en aceleración:

En ese momento yo me entré hacia la parte de la cocina que queda hacia el fondo del lavadero, fue cuando empezaron a acelerar una moto, la aceleraba así como para no sé, ocultar los tiros, realmente no puedo estar segura y ese momento fue cuando se escucharon los tiros y en el momento que salimos la moto emprende la huida.¹⁵

En semejante línea de argumentación, asumió el fallador que la moto a la que hizo alusión la testigo Tequia Correa, era la misma referenciada por el primer testificante, Quiroga Suárez. Tal inferencia, igualmente, se aprecia equivocada, por los siguientes motivos:

Existen evidentes divergencias entre la revelación de uno y otra testigo.

En primer lugar, Quiroga Suárez señaló, en relación con la moto que pudo observar en aquella oportunidad, en la que sus ocupantes recibieron un maletín azul, que era de «color blanca con franja roja o naranjada»¹⁶.

Por su parte, en relación con la moto, la testigo Tequia Correa manifestó:

Era, parecía mucho una DT 125, era azul con negro, la tapa del motor creo que era la que llevaba el negro.¹⁷

Otro testigo, Jorge Enrique Marcelo Torres, presente en el lugar de los acontecimientos, refirió haber visto huir a los homicidas en una moto que describe así:

[e]l tanque era rojo y las partes del guardafango muy pequeñas color blanco.¹⁸

Además de ello, la escena que describen ambos testigos resulta divergente. Quiroga Suárez identifica un episodio fugaz, rememorando la llegada de la moto con piloto y tripulante, seguida del arribo del vehículo Renault 21, y la entrega y devolución del maletín azul, todo acontecido en pocos minutos. A continuación se desencadena la acción delictiva: «Eso fue un par de minutos»¹⁹, afirma.

Por su parte, en la dilatada escena que pormenoriza la testigo Tequia Correa –con duración de entre 20 y 25 minutos–, no se refirió a la presencia del Renault 21 y tampoco a la comunicación de sus ocupantes con los de la motocicleta. Ninguna alusión se hizo al incidente de la entrega del maletín azul, describiendo la presencia en solitario de uno de los acusados al pie de la moto, quien aceleró el vehículo al tiempo que se producía el atentado.

La falta de concordancia entre estas dos versiones impide la conclusión, a la manera como se hizo en el fallo impugnado, de que necesariamente se trataba del mismo episodio el narrado por los dos testigos.

El Tribunal descalificó la deducción llevada a cabo por el juez A quo, quien entendió que la disimilitud entre las versiones haría pensar que se trataba de dos eventos distintos, de dos motocicletas diferentes las percibidas por los testigos.

Al respecto, el Ad quem, precisó:

Sin embargo esta duda se diluye, en sentir de la Sala, no sólo con la declaración de Yudy Emilce Tequia Correa quien da a entender que fue el mismo automotor el que participó en los hechos, porque cuando se dirigió a la cocina momentos antes de escuchar las detonaciones, escuchó que la aceleraban y después que los disparos fueron efectuados inmediatamente la moto se alejó del lugar, sino también por la versión nítida y clara que a este respecto dio José Alberto Caro Ávila. Aunque este testigo no alude a las características de la moto señala un hecho de medular importancia cuando afirma que enseguida de su taller hay un lavadero de carros y cuando salió la moto que recogía al señor arrancó de frente a ese lavadero y se fueron, lo que quiere decir que fue sólo una motocicleta la que participó y no dos y que por lo tanto la testigo Yudy Emilce Tequia Correa sobre ese aspecto no se equivocó.

El razonamiento, así visto, resulta igualmente deficiente. El problema que se presenta no se circunscribe a determinar si participaron en los hechos de manera coordinada dos motocicletas, sino que existe la alta probabilidad que los testigos hayan narrado eventos diferentes, el uno relacionado con el atentado y el otro con la presencia circunstancial de otra moto en el lugar.

Estado de incertidumbre que no se disipa, como parece entenderlo el Tribunal, con la versión de un tercer testigo, José Alberto Caro Ávila²⁰

, que observó que ejecutado el homicidio, arrancó la moto que estaba aparcada frente al lavadero y recogió al agresor. Ello acaso confirmaría la presencia de la motocicleta en la escena de los hechos y en la que el realizador material de la conducta emprendió la retirada del lugar, aspecto que no es objeto de discusión, pero deja en el mismo plano de la indefinición no solamente la identidad del conductor de ese vehículo, sino también la supuesta ayuda que prestaron para el homicidio los ocupantes del Renault 21, sobre la

cual se teje la idea circular de corroborar la participación del acusado GAÑÁN LINCE por el hecho de su ulterior presencia en el interior de ese vehículo.

Por lo demás, los problemas en la investigación adelantada por el acusador saltan a la vista cuando asuntos problemáticos, como los planteados sobre la concreción de los intervinientes y de los vehículos que fueron empleados en el desarrollo de la acción criminal, bien pudieron ser develados no solamente en la auscultación de los móviles de la conducta y las relaciones existentes entre víctima y procesados y de éstos entre sí, sino a partir de un dato que pudo ser determinante y sobre el cual ninguna prueba se ofreció en el juicio, consistente en que el testigo Henry Quiroga Suárez proporcionó las placas de la motocicleta que el observó en el lugar (YIB-071)²¹

.

1. Los antecedentes penales como criterio aditivo de determinación de la responsabilidad penal:

Revelada la inconsistencia lógica en el fallo condenatorio emitido en contra de MORENO MERCHÁN y GAÑÁN LINCE en razón de la ausencia de pruebas que acrediten su intervención como coautor y cómplice, respectivamente, en la realización de la conducta punible, restaría agregar que se ofrece inapropiado emplear como patrón de valoración para deducir su responsabilidad penal la presencia de antecedentes penales, como termina haciéndolo el juzgador Ad quem.

Es contrario a un derecho penal de acto, en el que se funda el principio de responsabilidad por el hecho, propio de un Estado social y democrático de derecho, erigir como fundamento de responsabilidad penal los antecedentes de los procesados, pues aquella únicamente debe tener sustento en la concreta conducta de

los sujetos en la ejecución del hecho previsto como delictivo, y no en su personalidad, en la manera como han gobernado su vida o en su reincidencia penal.

Por lo tanto, el apotegma de derecho penal de acto (*nulla injuria sine actione* y *nullum crimen sine injuria*), consagrado positivamente en los artículos 29, inciso segundo, de la [Constitución Política](#), y 6º, inciso primero, del Código Penal, contrario al derecho penal de autor, supone que el juicio de exigibilidad se fundamente de manera exclusiva en el hecho cometido y demostrado por el acusador en el escenario del juicio oral y público.

Así, entonces, no habiéndose acreditado la participación dolosa de MORENO MERCHÁN y GAÑÁN LINCE en los hechos, en nada contribuye a sustentar su compromiso de responsabilidad la existencia de condenas antecedentes para establecer como dato oferente de credibilidad una supuesta «capacidad para atentar contra los bienes jurídicos».

1. Conclusiones

La condena emitida en contra del procesado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, en calidad de cómplice del homicidio cometido sobre Pedro José Sánchez Cabrera, se fundamentó en haberse dado por demostrada su cooperación dolosa, tanto previa como posterior, en la realización de la conducta punible.

Sin embargo, como consecuencia de los errores enunciados, el aporte anterior en el suceso deducido por el Tribunal al razonar en el sentido de que el procesado MORENO MERCHÁN suministró el arma de fuego empleada como instrumento para la comisión del delito, resultó ser un hecho indemostrado por el acusador, fruto de una inferencia fundamentada en datos carentes de acreditación dentro del trámite del proceso

penal.

De igual manera, la ayuda posterior que se endilgó al acusado como contribución para la realización de la conducta punible, carece de sustentación alguna, pues ninguna prueba se aportó en el sentido de que haya facilitado, como se afirmó en el fallo recurrido, la huida de los ejecutores materiales, luego de perpetrado el delito.

Tampoco puede atribuirse como colaboración con los coautores del delito, la realización de actos cotidianos que pudieron tener lugar una vez se había consumado el hecho principal, sin que medie entre la cooperación prestada y el resultado un nexo causal determinado por el incremento del riesgo para la víctima y la oportunidad de éxito para los ejecutores materiales.

En cuanto a la condena emitida en contra del procesado VÍCTOR ALFONSO GAÑAN LINCE, como coautor del homicidio perpetrado sobre Pedro José Sánchez Cabrera, la misma se fundamentó en dos circunstancias declaradas como probadas por el juzgador: la primera, en que fue capturado en compañía de JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN, cuando ocupaba el vehículo conducido por éste y del que se concluyó que había sido empleado en contribución prestada, anterior y posterior, para la realización de la conducta punibles; la segunda, en que fue señalado en el juicio por la testigo Yudy Emilce Tequia Correa, como la persona que conducía la moto en la que el ejecutor material huyó del lugar.

El Tribunal funde los dos acontecimientos, de tal manera que no resulta posible la explicación del uno sin la existencia del otro.

Sin embargo, la estructura del racionamiento se rompe cuando la Sala advierte que la contribución anterior y posterior al delito, atribuida a MORENO MERCHÁN mediante el empleo del vehículo de su propiedad, se fundamentó en falsos juicios de identidad por adición y cercenamiento de la prueba, lo que necesariamente repercute en la

validez del poder suasorio que se otorgó al testimonio de Yudy Emilce Tequia Correa, en lo que atañe a la identificación que llevó a cabo sobre el acusado, producida, además, en condiciones que denotan un importante grado de sugestión en su declaración.

Así, entonces, si el peso gravitacional otorgado a ese testimonio se apoya en la corroboración de encontrarse el personaje identificado en compañía del coautor del homicidio, la descalificación de esta proposición revela la fragilidad del planteamiento, irradiado por los mismos errores de hecho que resquebrajan su validez, lo que no permite la aprehensión de un nivel de conocimiento que supere la duda razonable en torno a su intervención punible en la conducta examinada.

Finalmente, en virtud del principio del derecho penal de acto, no es posible encausar la responsabilidad penal de los acusados MORENO MERCHÁN y GAÑAN LINCE a partir de la consideración que se lleva a cabo en el fallo, en torno a su «capacidad para delinquir», atribuida porque en su contra gravitan antecedentes penales.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte casará la decisión de segundo grado y, en su lugar, otorgará plena vigencia al fallo de absolución impartido por el juez A quo en relación con los procesados de JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN y VÍCTOR ALFONSO GAÑAN LINCE.

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 la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 15 de marzo de 2013, en razón de la prosperidad del cargo formulado en la demanda presentada por el abogado defensor del acusado JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN.

SEGUNDO: CASAR DE OFICIO la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 15 de marzo de 2013, en relación con el acusado VÍCTOR ALFONSO GAÑAN LINCE.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores determinaciones, dejar en firme la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado 5º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Tunja, mediante la cual absolvió a VÍCTOR ALFONSO GAÑAN LINCE y JIMMIN ALEXANDER MORENO MERCHÁN , por la calidad de coautor y cómplice, respectivamente, del delito de Homicidio Agravado, objeto de la acusación.

CUARTO: Expídanse la órdenes de libertad en favor de los procesados en mención.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 3, 57:30.
- 2 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 1, minuto 20:50
- 3 En este sentido, CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Madrid, Civitas – Thomson Reuters, 2014, p. 287
- 4 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 3, minuto 01:27:00
- 5 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 3, minuto 01:28:20
- 6 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 1, minuto 1:32:12
- 7 En este sentido, CSJ SP, 20 nov. 2007, rad. 28432.
- 8 Sobre la evolución del recurso de casación y la relativización del principio de limitación, cfr. CSJ SP, 12 may. 2004, rad. 20114; CSJ SP, 20 nov. 2007, rad. 28432; y, CSJ SP, 7 abr. 2010, rad.27595.
- 9 CSJ SP, 13 sep. 2006, rad. 23251. En el mismo sentido, CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 25387.
- 10 Así, CSJ SP, 12 may. 2004, rad. 20114.

- 11 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 1, 00:07:47
- 12 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 1, 00:09:00
- 13 Artículos 392-b y 395 del C.P.P.
- 14 CSJ SP, 1º jul. 2009, rad. 28935. En el mismo sentido CSJ SP - 5192
-2014, 30 abr. 2014, rad. 37391
- 15 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 1, 00:13:05
- 16 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 3, 01:27:05. Además, el testigo
proporcionó la identificación de la motocicleta -placas YIB-071-, no obstante lo cual
ningún dato se ofreció sobre su origen y tenencia.
- 17 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 1, 00:07:34.
- 18 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 3, 01:21:44.
- 19 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 3, 01:33:42.
- 20 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 1, 00:16:30.
- 21 Registro de audio, juicio oral, CD Nº 3, minuto 01:30:00