

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado acta N° 302.

Bogotá, D. C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013).

### VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de MAURICIO QUILINDO MAMIÁN contra la sentencia del 5 de diciembre de 2012 mediante la cual el Tribunal Superior de Popayán confirmó el fallo adoptado el 31 de agosto de 2012 por el Juzgado Penal Adjunto del Circuito de Patía (Cauca), que condenó al procesado como coautor del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, modificando la sanción privativa de la libertad impuesta por el a quo para fijarla en 160 meses de prisión.

### HECHOS

Los resumió el juez de primer grado en los siguientes términos:

“Sucedieron el 17 de abril de 2004 en la población de la Vega, Cauca, cuando a eso de las 6:40 de la tarde LUBER JIMÉNEZ MAMIÁN y MAURICIO QUILINDO MAMIÁN, mediante engaños y diciéndole que los acompañe a realizar un negocio, sacan a JOSÉ EDILMO PIPICANO de la residencia de su padre adoptivo EMIRO JIMÉNEZ TÚQUERRES y se lo llevan hasta el sitio conocido como Puente Real en la vía que conduce al corregimiento de

la Vetulia, donde LÚBER le dispara con un arma de fuego, causándole dos graves heridas. Inmediatamente escapan del lugar creyendo que JOSÉ EDILMO estaba muerto, sin embargo, éste fue recogido por una ambulancia que lo lleva al centro de salud de esa localidad y posteriormente al Hospital Universitario de la ciudad de Popayán. Como resultado de las lesiones JOSÉ EDILMO padece lesión medular que le causa paraplejia o parálisis y falta de funcionalidad de la parte inferior de su cuerpo”.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

1. La investigación inicialmente se adelantó contra Lúber Jiménez Mamián, quien aceptó anticipadamente los cargos, por cuya razón se produjo la ruptura de la unidad procesal, prosiguiéndose la actuación contra MAURICIO QUILINDO MAMIÁN y Fausto Mamián Correa, en cuyo desarrollo se les vinculó a la actuación el primero mediante la declaratoria de persona ausente y el segundo a través de indagatoria.
2. Mediante decisión del 17 de mayo de 2005 se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego.
3. Como posteriormente Fausto Mamián Correa aceptó también los cargos, el 24 de noviembre de 2006 el instructor decretó la clausura de la investigación en relación con MAURICIO QUILINDO MAMIÁN.
4. El 11 de abril de 2007 calificó el mérito del sumario, profiriendo resolución de acusación contra QUILINDO MAMIÁN por los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal.
5. La fase del juicio estuvo a cargo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar (Cauca), cuyo titular realizó las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento. El proceso luego, por impedimento debidamente aceptado, pasó a conocimiento del

Juzgado Penal del Circuito de Patía (Cauca), que a través de un funcionario adjunto puso fin a la instancia con la sentencia del 31 de agosto de 2012, en la cual condenó al procesado a la pena principal de 168 meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el mismo lapso.

6. En virtud de la apelación interpuesta por la defensa, el Tribunal confirmó la condena por razón del delito de homicidio agravado en grado de tentativa. Sin embargo, declaró la prescripción de la acción penal en relación con el punible de porte ilegal de armas. Por ese motivo disminuyó la sanción privativa de la libertad para establecerla en 160 meses.

7. Inconforme con la condena, el mismo sujeto procesal acudió al recurso extraordinario de casación.

## LA DEMANDA

El impugnante formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, el primero al amparo de la causal tercera de casación de la Ley 600 de 2000 y los otros dos bajo el auspicio de la causal primera, cuerpo segundo de la misma disposición penal.

En el primer cargo denuncia la violación del derecho de defensa, por cuanto el profesional que representó al procesado desde cuando se le declaró persona ausente no realizó actividad alguna durante la etapa sumarial ni en el juicio, y es así como ni solicitó pruebas ni constraintinterrogó a los testigos.

En ese sentido, destaca cómo no se evidencia que el defensor hubiese revisado el proceso, ni mucho menos la prueba para contradecirla en la búsqueda de algún elemento de juicio a favor de los intereses del acusado, por cuya razón no es factible inferir que su silencio obedeció a una estrategia defensiva.

De otra parte, predica la vulneración del artículo 133 de la Ley 600 de 2000 porque el aludido letrado representó simultáneamente al señor Lúber Jiménez Mamián, quien fue la persona que lo señaló de ser coautor de las conductas investigadas, cuya declaración, precisamente, tuvo un alto grado de credibilidad en el juez de primer grado, aun cuando admite que el Tribunal no la consideró por reputarla ilegal.

En su criterio, de no haberse vulnerado el derecho de defensa, “la situación sería diferente por que al escuchar los testigos en el juicio, se aclararía de una vez por todas la participación que pudo tener mi representado en los hechos que se investigaron, por ejemplo, existiendo José Edilmo Pipicano, víctima de estos hechos, sería la persona mas indicada para que en ampliación de instructiva, ampliara mas su corta declaración, y explicara a ciencia cierta si QUILINDO MAMIÁN exteriorizo un comportamiento irregular para el momento de los hechos, o simplemente se quedo paradito del susto y luego salio a correr...” (sic, para todo el texto transcrito).

De esa manera, solicitó casar la sentencia impugnada para disponer la nulidad de lo actuado desde cuando se declaró persona ausente al procesado.

En el segundo cargo acusa al Tribunal de incurrir en error de hecho derivado de falso juicio de identidad. El yerro, según dice, recayó en los testimonios de José Edilmo Pipicano y Fausto Mamián Correa.

En cuanto a la primera de esas declaraciones, reprocha a los juzgadores adicionarle un aspecto no contenido en el mismo, porque en ningún momento dicho testigo atribuye al procesado la exteriorización de acto alguno que indique su “coparticipación” como coautor, limitándose a decir que éste “se quedo (sic) parado quietico y ellos salieron corriendo”, es decir, no realizó actuación alguna cuando Lúber disparó a la víctima, y después salió corriendo.

Contrariamente, añade, el ad quem, con sustento en la declaración de José

Edilmo Pipicano, afirmó que el procesado es coautor porque “también fue contratado para llevar a cabo la agresión y su labor de acompañamiento fue fundamental para sacar al ofendido a un terreno alejado y oscuro donde pudieron ultimarlos”.

En relación con el testimonio de Fausto Mamián Correa, cuestiona al sentenciador por tergiversarlo, en cuanto tomó solamente la última de sus respuestas para comprometer la responsabilidad del procesado, sin realizar un análisis del mismo en conjunto. En dicha respuesta, añade, el declarante dedujo que el aquí procesado participó en el atentado porque fue quien sacó a la víctima de su casa, pero esa afirmación, para el libelista, no es cierta, pues el mismo deponente desde un comienzo fue enfático en manifestar que él contrató únicamente a Lúber Jiménez para dar muerte a José Edilmo Pipicano, al punto de darle un revólver como parte de pago.

En criterio del demandante, de no haberse incurrido en el yerro la sentencia necesariamente sería de carácter absolutorio por aplicación del principio in dubio pro reo, pues la condena se fundó con los aludidos testimonios, subsistiendo solamente la declaración de Lúber Jiménez Mamián, pero el Tribunal la declaró ilegal.

En consecuencia, solicitó casar el fallo impugnado y, en su lugar, proferir el de reemplazo de rigor.

En el tercer cargo predica la existencia de error de derecho por falso juicio de legalidad en relación con la declaración de Lúber Jiménez Mamián.

Al respecto, estima que en la práctica de esa prueba se vulneró lo dispuesto en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, pues al declarante no se le tomó el juramento de rigor.

En su criterio, si bien el Tribunal admite la ilegalidad del referido medio probatorio, de todas maneras no lo desechó del todo, pues dio por probados hechos que

solamente se deducen de la declaración de Lúber Jiménez. Uno de ellos, señala, consiste en predicar que el determinador contrató dos sicarios. Tal situación, en su concepto, no se desprende ni del testimonio de Fausto Mamián Correa ni del rendido por José Edilmo Pipicano, pues el primero refirió que contrató únicamente a Lúber Jiménez, mientras el segundo se limitó a decir que el procesado se quedó parado cuando el sicario disparó contra la víctima, y luego ambos salieron a correr.

El otro aspecto, según el censor, derivado de la deponencia de Jiménez Mamián, tiene que ver con la afirmación del ad quem conforme a la cual el acusado al esperar a aquél estaba ejecutando la parte que le correspondía dentro del plan criminal previamente acordado. Tal razonamiento, insiste, no encuentra soporte en ninguna otra de las pruebas allegadas a la actuación.

En consecuencia, como los falladores tomaron apartes del testimonio de Lúber Jiménez para sustentar la condena, pese a su ilegalidad, considera necesario proferir fallo absolutorio, pues las demás pruebas recaudadas no permiten arribar a la responsabilidad penal del procesado. Así lo solicita, casando la sentencia impugnada.

#### ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El Procurador 155 Judicial penal II, en su condición de sujeto procesal no recurrente, estima que la demanda cumple los presupuestos de procedencia, legitimación y oportunidad, así como los formales exigidos por la ley, esto último porque el actor enunció las causales, así como los cargos que fundamentan su pretensión. Por tanto, solicita su admisión.

#### PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Acorde con lo establecido en el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000, bajo cuyo imperio se ritúa el presente asunto, corresponde a la Corte calificar la

demanda de casación para determinar si reúne o no los requisitos contemplados en la ley. Uno de esos presupuestos está establecido en el numeral 3º del artículo 212 ibídem, conforme al cual en el libelo se debe enunciar la causal y formular el cargo con indicación clara y precisa de sus fundamentos y de las normas que el demandante estime infringidas.

Según criterio reiterado de la Sala, el cumplimiento de dicho presupuesto impone al actor la carga de efectuar una labor de fundamentación lógica y coherente, en tal forma que los cargos formulados correspondan a la causal invocada y se orienten a demostrar que el sentenciador incurrió en vicios in procedendo o in iudicando, de acuerdo con el motivo de casación seleccionado, para lo cual, además, se hace necesaria la satisfacción de las pautas de sustentación que la jurisprudencia de la Corte tiene establecidas frente a la estructuración de cada uno de los yerros demandables por la vía extraordinaria en mención.

Además, en la postulación de las censuras al actor le es imperioso respetar el principio de corrección material, conforme al cual las razones, fundamentos y contenido del ataque deben corresponder en un todo con la realidad procesal<sup>1</sup>

.

En el caso objeto de examen, advierte la Sala que el demandante no cumple dichos requisitos de fundamentación de la demanda.

En efecto, en el primer cargo plantea la existencia de nulidad, por violación del derecho de defensa.

A este respecto, pertinente es recordar el criterio de la Sala acorde con el cual las censuras sustentadas en el mencionado motivo de casación deben contener, como mínimo, la identificación de la irregularidad, la expresión clara de sus fundamentos, el

señalamiento de si se trata de un vicio de estructura o garantía, la indicación de la norma o normas violadas, la mención del momento procesal en donde se presentó la anomalía y de las actuaciones afectadas con la misma, así como motivar su trascendencia y demostrar a la Corte que la nulidad se erige como el remedio único y extremo para enmendar la incorrección procesal, surgiendo así indispensable el fallo de casación.

Tiene dicho también la Corte que si lo pretendido es denunciar la presencia de varias irregularidades, cada una de ellas con entidad suficiente para invalidar la actuación o parte de ella, resulta indispensable que en la demanda se sustenten en capítulos separados y de manera subsidiaria si fueren excluyentes, pues sólo así puede acatarse la exigencia de claridad y precisión en la postulación del ataque y respetarse los principios de autonomía y de no contradicción de los cargos en sede extraordinaria.

En el presente evento, el demandante aduce la presencia de dos irregularidades, la primera por ausencia de defensa técnica atendida la inactividad del profesional del derecho que representó al procesado y la segunda por conculcarse el artículo 133 de la Ley 600 de 2000, dada la incompatibilidad existente en el mencionado letrado al defender también a Lúber Jiménez Mamián, quien fue la persona que lo señaló de ser coautor del quehacer delincuencia objeto de juzgamiento.

Se trata, sin duda, de anomalías a todas luces excluyentes entre sí, por cuanto la aducida ausencia de defensa técnica parte de la base de reconocer la legitimidad del abogado asignado para representar los intereses del acusado, sólo que se cuestiona su inactividad procesal, mientras la incompatibilidad presupone su indebida designación por cuanto ya obraba como defensor de otro procesado, con quien existían intereses contrarios, según se argumenta.



Lo anterior pone de manifiesto la equívoca confección del referido ataque, pues las irregularidades debieron sustentarse por separado, dado su carácter excluyente.

De otra parte, conforme lo ha referido también la jurisprudencia de la Corte, para estructurar en forma adecuada un cargo en casación debe empezarse por respetar el principio de corrección material, sujetándose el actor a la realidad evidenciada en el plenario, pues sólo de esa manera tendrá la Sala serios elementos para abordar su estudio. Esto no acontece en el presente evento porque no es cierto, como lo sostiene equivocadamente el impugnante, que quien representó al procesado asumió una total inactividad durante el trámite de la actuación.

Contrariamente, consta en el proceso que el entonces defensor de MAURICIO QUILINDO MAMIÁN, luego de asumir su asistencia letrada, concurrió al despacho del instructor para notificarse de la resolución mediante la cual se decretó el cierre de la investigación, tras lo cual presentó alegatos precalificatorios donde expuso una seria argumentación orientada a demostrar la ausencia de prueba de responsabilidad en contra del aludido. Más aún, se notificó personalmente del pliego acusatorio, asistió a la audiencia preparatoria y presentó alegatos durante la audiencia pública, en cuya oportunidad insistió en la existencia de dudas en el plenario acerca de la participación del procesado en el acaecer delincencial objeto de acusación e, incluso, planteó la tesis acerca de la ilegalidad del testimonio de Lúber Jiménez Mamián, que al final acogió el Tribunal.

Ahora bien, el demandante sostiene que el defensor no solicitó pruebas en el juicio, en concreto, alude a la declaración de José Edilmo Pipicano, respecto de quien, según dice, había podido solicitar su ampliación para que explicara si QUILINDO MAMIÁN exteriorizó un comportamiento irregular para el momento de los hechos, o simplemente se quedó “paradito” del susto y luego salió a correr.

Al respecto, es del caso acotar que, conforme lo tiene precisado la jurisprudencia de esta Sala, cuando la invalidación pretendida en casación se vincula a la vulneración del derecho de defensa, porque el profesional a cargo de esa gestión dejó de solicitar pruebas, o si la causa generadora de invalidez se refiere al desconocimiento del principio de investigación integral, por cuanto los funcionarios judiciales no decretaron algunas probanzas, se deben relacionar los elementos no practicados en el curso de la actuación y además explicar razonadamente que esos medios de convicción eran procedentes, por estar admitidos en la legislación procesal penal; conducentes, por relacionarse directamente con el objeto de la investigación o del juzgamiento; y factibles de practicar, puesto que los funcionarios no están obligados a intentar la realización de lo que no es posible lógica, física ni jurídicamente.

Además, en la medida de lo posible, se requiere efectuar una aproximación al contenido material de las pruebas supuestamente omitidas, para brindar a la Sala la oportunidad de confrontar el aporte de aquellos elementos de convicción con las motivaciones del fallo y así poder concluir si en realidad se han vulnerado las garantías fundamentales del procesado.

La postulación en sede de casación de un cargo con tal alcance obliga al censor a discernir, igualmente, sobre la manera como las pruebas dejadas de practicar tenían capacidad de incidir favorablemente en la situación del procesado, bien sea en cuanto al grado de responsabilidad que le fue deducido, o frente a la sanción punitiva impuesta o simplemente porque el conjunto probatorio echado de menos podría desvirtuar razonablemente la existencia del hecho punible o acreditar circunstancias de beneficio frente a la imputación que soporta<sup>2</sup>.

El casacionista no cumple a cabalidad con tales presupuestos, porque se limita en forma genérica a quejarse de la no práctica de la ampliación del citado testimonio, pero se abstiene de efectuar la condigna aproximación acerca del contenido de ese

elemento de juicio y más aún de fundamentar cómo el resultado del mismo incidiría favorablemente en la situación del procesado.

En punto a los cuestionamientos relativos a la existencia de incompatibilidad en el defensor del QUILINDO MAMIÁN, en cuanto simultáneamente representó también los intereses de Lúber Jiménez Mamián, el actor se circunscribe a indicar que éste fue quien lo señaló de ser coautor del quehacer delincuencia objeto de juzgamiento, sin explicar cómo esa situación habría privado de oportunidades favorables a los intereses de su asistido, ni la razón por la cual los relatos de los inculcados comprometían recíprocamente su responsabilidad, al extremo de hacer imperativo, o cuando menos aconsejable, la designación de abogados distintos para que separadamente asumieran su defensa.

Lo anterior porque, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala3, para que pueda hablarse de incompatibilidad en la defensa es necesario que entre los procesados existan imputaciones recíprocas, o posturas irreconciliables, o que la verdad revelada por uno interfiera en los intereses defensivos del otro, aspectos estos que, se insiste, de ninguna manera refiere el impugnante.

Es ese sentido, resulta claro que el ataque no satisface el principio lógico de razón suficiente que gobierna, igualmente, el recurso extraordinario de casación.

En el segundo cargo el actor denuncia la presencia de un error de hecho por falso juicio de identidad en relación con los testimonios de José Edilmo Pipicano y Fausto Mamián Correa.

El invocado yerro, como lo tiene precisado la jurisprudencia de esta Corporación, se presenta cuando el juzgador distorsiona el sentido material de la prueba en cuanto la cercena, adiciona o translitera. Para su demostración, es deber del actor identificar el medio sobre el cual recayó el dislate, realizar un cotejo entre su contenido y aquel que

le atribuye el fallador, precisando los apartes donde se presenta la distorsión y luego acreditar la trascendencia del yerro.

El libelista no satisface la aludida carga de sustentación. Si bien precisa los elementos probatorios sobre los cuales habría recaído el dislate, frente al testimonio de José Edilmo Pipicano desconoce el principio de corrección material cuando sostiene que el ad quem le atribuyó haber afirmado que QUILINDO MAMIÁN fue también contratado para dar muerte a la víctima, constituyéndose su labor de acompañamiento en hecho fundamental para obtener ese cometido.

En realidad, el contenido que asignó el Tribunal a la referida declaración es el siguiente, según así lo precisó la propia corporación en cita:

“La víctima JOSÉ EDILMO PIPICANO dice que cuando LÚBER JIMÉNEZ le disparó, su compañero MAURICIO QUILINDO se quedó parado y luego ambos implicados salieron a correr....”4.

Es cierto sí que el juzgador infirió la condición de coautor del acusado a raíz de la actuación por él realizada. Pero ese razonamiento lo hizo, no como consecuencia de adicionar indebidamente contenidos a la mencionada declaración, sino fruto de la valoración suasoria a la cual sometió esa prueba en conjunto con las demás aportadas al plenario.

Ese ejercicio apreciativo, que tiene soporte en la disposición legal acorde con la cual el juez debe sopesar el acervo probatorio conforme a los principios de la sana crítica, sólo es cuestionable en sede de casación por vía del error de hecho por falso raciocinio, labor que no emprendió el demandante, habiendo de esa manera equivocado el camino para formular el ataque.

En lo referente al testimonio de Fausto Mamián Correa, aun cuando el libelista predica

que el mismo no se examinó en su totalidad, en últimas no hace sino censurar al Tribunal por dar crédito a la afirmación del deponente cuando señaló al acusado de intervenir en el punible al contribuir a sacar a la víctima de su casa, aseveración que estima inexacta.

Con tal forma de razonar el actor no hace sino controvertir el mérito asignado por el fallador a las pruebas, olvidando que en sede de casación no resultan admisibles ese tipo de postulaciones, dada la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña a la sentencia impugnada, a cuyo tenor las conclusiones probatorias del sentenciador prevalecen sobre las de los sujetos procesales, salvo la demostración de error ostensible mediante las exigencias de fundamentación demandadas por la ley y la jurisprudencia, lo cual no acontece en este caso.

En el tercer cargo acusa al Tribunal de incurrir en error de derecho por falso juicio de legalidad en relación con la declaración de Lúber Jiménez Mamián.

Si, conforme lo tiene precisado la jurisprudencia de la Sala, el mencionado error de derecho se presenta cuando el fallador asigna validez a un medio de prueba, a pesar de que en su producción y aducción se desconocen las reglas establecidas en la ley para el efecto, y también cuando el juzgador deja de apreciar algún elemento de convicción, por considerar erróneamente que en su recaudo se desatendieron dichas reglas, es evidente que el yerro denunciado carece de fundamento por cuanto el ad quem expresamente excluyó el referido testimonio al considerar que el mismo no se practicó conforme a las reglas legales.

Si bien el demandante reconoce la anterior circunstancia, aduce que el Tribunal, de todos modos, fundamentó la sentencia con apartes del excluido testimonio, en cuanto dio por probados hechos que solamente se deducen del mismo, como la contratación por parte del determinador del punible de dos sicarios para dar muerte a la víctima y la contribución del procesado de esperar a ésta como aporte del plan criminal que le

correspondía realizar.

Sin embargo, con dicha argumentación el impugnante desatiende, una vez más, el principio de corrección material, pues el fallo, en realidad, fundamentó la responsabilidad de MAURICIO QUILINDO MAMIÁN a partir de la actuación desarrollada por éste y declarada por los deponentes Franklin Emiro Jiménez Gómez, Wálter Saúl Jiménez Gómez, José Edilmo Pipicano y Fausto Mamián Correa, acorde con quienes aquél contribuyó a llevar al agredido a un lugar despoblado y solitario donde Lúber Jiménez le disparó, tras lo cual lo dos huyeron del lugar.

En consecuencia, por la inapropiada sustentación de los cargos formulados, la Sala inadmitirá la demanda instaurada por el defensor de MAURICIO QUILINDO MAMIÁN.

Al margen de lo anotado, la Corte no evidencia vulneración de garantías fundamentales que le impongan intervenir oficiosamente, en orden a preservar su intangibilidad.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de MAURICIO QUILINDO MAMIÁN.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del estatuto procesal penal, contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO  
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ  
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Auto del 2 de mayo de 2012, radicación 26846.

2 Auto del 5 de diciembre de 2007, radicación 28613.

3 Auto del 11 de marzo de 2003, radicación 19952

4 Página 13 de la segunda de segunda instancia.