

APELACION-Procedibilidad de la casación

La Corte ha precisado que para acceder al recurso extraordinario de casación es necesario que la parte que lo intenta haya apelado la sentencia de primera instancia, entre otras razones, porque la ilegalidad de ésta no puede alegarse con criterio supletorio, es decir por fuera de la oportunidad que el procedimiento le otorga para hacerlo, y porque el silencio es actitud que refleja conformidad con la misma.

También ha dicho que pretender la impugnación extraordinaria sin haber agotado este paso antecedente, implica desconocer el carácter gradual y preclusivo del procedimiento, que le impone a los sujetos procesales la obligación de ejercer oportunamente sus derechos, entre ellos el de impugnación, dentro de los términos y estadios procesales establecidos.

Solo cuando la situación de la parte ha sido modificada desfavorablemente en la sentencia de segunda instancia, o el fallo de primer grado es consultable, es procedente, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, intentar el recurso de casación por quien guardó silencio frente a la decisión del a quo. En el primer caso, porque la nueva situación lo legitimaría para impugnarla; y, en el segundo, porque mientras no se produzca la decisión del ad quem, la parte no está en condiciones de conocer el verdadero sentido del fallo, ante la facultad que el superior tiene de decidir sin limitación alguna sobre la providencia objeto de consulta (Cfr. Autos de agosto 9 de 1995, Mag. Pte. Dr. Dídimo Páez Velandia; y, septiembre 5 de 1996, Mag. Pte. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Lo dicho en torno a la improcedencia del recurso de casación cuando el sujeto procesal que lo pretende no ha impugnado la sentencia de primer grado, ha de entenderse referido a los casos en los cuales el sujeto, teniendo la posibilidad de hacerlo, ha dejado de ejercer este derecho, mas no cuando esta garantía le ha sido de alguna manera

vulnerada, pues mal podría condicionarse la procedencia del recurso extraordinario al cumplimiento previo de una exigencia a la cual la parte no ha tenido posibilidad de acceder, como ocurriría, por ejemplo, cuando el silencio ha obedecido a la ausencia absoluta de defensa técnica, o estuvo determinado por una indebida notificación de la sentencia.

En estos eventos, no cabría discutir la procedencia del recurso casación, pero el impugnante deberá acreditar, al interponerlo, el interés que le asiste para ello, dando a conocer los motivos que le impidieron expresar en tiempo su inconformidad con la sentencia de primera instancia, y que serían violatorios del derecho de defensa o el debido proceso.

Consecuentemente, no podrá proponer cargos distintos del relacionado con el quebrantamiento del derecho a impugnar el fallo, ni siquiera en calidad de subsidiarios, puesto que si el reparo prospera, deberá decretarse la nulidad a partir del momento en que se presentó el vicio; y, si es desestimado, será porque la violación no existió, debiéndose concluir, entonces, que la parte recurrente dejó de impugnar el fallo de primer grado no por falta de garantías procesales, sino porque esa fue su voluntad, razón de suyo suficiente para que los demás cargos no puedan ser examinados.

Proceso No. 12910

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.92

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Marck Damian Fialhio.

Antecedentes.-

El 29 de junio de 1995, ingresó a la clínica Shaio de Santa Fe de Bogotá el ciudadano estadounidense Marck Damian Fialhio, con cuadro de depresión respiratoria y alteraciones en el estado de conciencia, en coma superficial. El día 30, ante la evidencia de cuerpos extraños en la cavidad abdominal, se practicó laparatomía mediana supra e infraumbilical, hallándose setenta y cuatro (74) cápsulas cilíndricas en material plástico, contentivas de 436.7 gramos de heroína. Días después, el paciente expulsó por vía anal dos (2) cápsulas más de la misma sustancia, con un peso de 11.7 gramos (fls.4, 6, 13, 56, 67, 166, 171).

Iniciada la investigación por estos hechos, la Fiscalía Regional vinculó al proceso mediante indagatoria a Marck Damian Fialhio y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de tráfico de estupefacientes, según la descripción típica del artículo 33 de la ley 30 de 1986 (fls.60, 140 y 145-1). Por el mismo ilícito, profirió luego en su contra resolución de acusación (fls.4 y ss. del cuaderno No.3).

A instancias del procesado y su defensora, se cumplió en la etapa del juicio el trámite previsto en el artículo 37 del estatuto procesal (modificado por el art.3º de la ley 81 de 1993), y se dictó sentencia anticipada, mediante la cual el Juzgado de

conocimiento lo condenó a la pena principal de 47 meses y 15 días de prisión y multa de 11.66 salarios mínimos mensuales, como autor responsable del delito que tipifica el artículo 33 de la ley 30 de 1986 (fls.34, 48, 49, 108 y 110-3).

Contra este fallo, interpusieron recurso de apelación el fiscal acusador y el procesado Marck Damian Fialhio, pero en relación con este último fue declarado desierto por falta de sustentación (fls.123, 126, 138, 153 ibidem).

Esta decisión fue impugnada por el nuevo defensor de confianza del procesado en reposición y subsidiariamente en apelación, a efectos de que se la revocara y en su lugar se concediera el recurso, bajo la consideración de que su defendido no estaba en condiciones de sustentar el recurso por desconocer el idioma, y que las abogadas que venían defendiéndolo “raponearon” a su cliente y se “volaron” con los honorarios, dejándolo abandonado (fls.145, 156 y 161).

Por auto de 29 de mayo de 1996, el Juzgado de conocimiento resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y negó el de apelación por improcedente, al tiempo que ordenó el envío del proceso al superior para que decidiera la impugnación promovida por el Fiscal, quien propugnaba por la inclusión de la agravante prevista en el artículo 38.2 de la ley 30 de 1986 y la exclusión de la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (fls.123 y 186).

Mediante sentencia de agosto 28 de 1996, que ahora la defensa recurre en casación, el Tribunal Nacional confirmó la de primera instancia, modificándola en el sentido de fijar en \$1'189.335.00 la pena pecuniaria impuesta al procesado (fls.15 y 30 cd. del Tribunal).

La demanda contiene dos cargos contra el fallo impugnado. Uno, al amparo de la causal tercera de casación, por ausencia de defensa técnica, derivada de la inactividad en el proceso de las abogadas (principal y suplente) encargadas de su

ejercicio; el otro, con fundamento en la primera, por indebida aplicación del inciso primero del artículo 33 de la ley 30 de 1986 y falta de aplicación del inciso segundo ejusdem, que prevé una pena más benigna (fls. 41 y ss cd. del Tribunal).

SE CONSIDERA:

La Corte ha precisado que para acceder al recurso extraordinario de casación es necesario que la parte que lo intenta haya apelado la sentencia de primera instancia, entre otras razones, porque la ilegalidad de ésta no puede alegarse con criterio supletorio, es decir por fuera de la oportunidad que el procedimiento le otorga para hacerlo, y porque el silencio es actitud que refleja conformidad con la misma.

También ha dicho que pretender la impugnación extraordinaria sin haber agotado este paso antecedente, implica desconocer el carácter gradual y preclusivo del procedimiento, que le impone a los sujetos procesales la obligación de ejercer oportunamente sus derechos, entre ellos el de impugnación, dentro de los términos y estadios procesales establecidos.

Solo cuando la situación de la parte ha sido modificada desfavorablemente en la sentencia de segunda instancia, o el fallo de primer grado es consultable, es procedente, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, intentar el recurso de casación por quien guardó silencio frente a la decisión del a quo. En el primer caso, porque la nueva situación lo legitimaría para impugnarla; y, en el segundo, porque mientras no se produzca la decisión del ad quem, la parte no está en condiciones de conocer el verdadero sentido del fallo, ante la facultad que el superior tiene de decidir sin limitación alguna sobre la providencia objeto de consulta (Cfr. Autos de agosto 9 de 1995, Mag. Pte. Dr. Dídimo Páez Velandia; y, septiembre 5 de 1996, Mag. Pte. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Lo dicho en torno a la improcedencia del recurso de casación cuando el sujeto procesal que lo pretende no ha impugnado la sentencia de primer grado, ha de entenderse

referido a los casos en los cuales el sujeto, teniendo la posibilidad de hacerlo, ha dejado de ejercer este derecho, mas no cuando esta garantía le ha sido de alguna manera vulnerada, pues mal podría condicionarse la procedencia del recurso extraordinario al cumplimiento previo de una exigencia a la cual la parte no ha tenido posibilidad de acceder, como ocurriría, por ejemplo, cuando el silencio ha obedecido a la ausencia absoluta de defensa técnica, o estuvo determinado por una indebida notificación de la sentencia.

En estos eventos, no cabría discutir la procedencia del recurso casación, pero el impugnante deberá acreditar, al interponerlo, el interés que le asiste para ello, dando a conocer los motivos que le impidieron expresar en tiempo su inconformidad con la sentencia de primera instancia, y que serían violatorios del derecho de defensa o el debido proceso.

Consecuentemente, no podrá proponer cargos distintos del relacionado con el quebrantamiento del derecho a impugnar el fallo, ni siquiera en calidad de subsidiarios, puesto que si el reparo prospera, deberá decretarse la nulidad a partir del momento en que se presentó el vicio; y, si es desestimado, será porque la violación no existió, debiéndose concluir, entonces, que la parte recurrente dejó de impugnar el fallo de primer grado no por falta de garantías procesales, sino porque esa fue su voluntad, razón de suyo suficiente para que los demás cargos no puedan ser examinados.

En el caso sub judice, el reproche principal se funda en la consideración de que el procesado careció de defensa técnica durante todo el proceso, proposición que se enmarcaría formalmente dentro de las hipótesis en las cuales sería procedente el recurso extraordinario, a pesar de no haber sido apelado el fallo de primera instancia. Sin embargo, del estudio de la actuación procesal se advierte que muchas de las afirmaciones que el recurrente hace sobre la inactividad de la defensa, no corresponden

a la verdad fáctico ritual, y que si bien es cierto sus actuaciones no fueron cuantitativamente pródigas como lo hubiera querido el ahora apoderado, ello en manera alguna revela abandono de su cliente.

Al respecto, dígase que la profesional encargada de la defensa del procesado Marck Damian Fialhio intervino en los distintos segmentos de su indagatoria, inicialmente de oficio y luego como abogada de confianza (fls.23, 60 y 140 del cuaderno No.1); en el acto de notificación de la medida de aseguramiento para exigir la designación de un intérprete (fls.151 vto. y 167 ibidem); solicitó reposición del auto de clausura de la investigación para acogerse al instituto de la sentencia anticipada (fls.190-1); asistió a la diligencia realizada para reconocimiento de beneficios por colaboración eficaz (fls.282-1); presentó alegato precalificadorio (fls.4, 15 y 20-3); insistió, una vez iniciado el juicio, en la sentencia anticipada (fls.34, 47, 48 y 49 -3); formuló solicitudes orientadas a obtener la libertad de su defendido por enfermedad grave (fls.35, 46 y 49-3); y, concurrió a la diligencia de formulación y aceptación de cargos (fls.108 ibidem); actuaciones todas que contradicen la afirmación del recurrente en el sentido de que el procesado habría estado huérfano de asistencia técnica.

La simple disparidad de criterios sobre la forma como debió orientarse la defensa del acusado, de suyo no es fundamento válido para proponer la nulidad de la actuación procesal por efectación del derecho de defensa, pues la existencia o inexistencia de la violación no puede hacerse depender de juicios meramente especulativos, sino que debe contar con respaldo objetivo en el proceso.

No existiendo, entonces, motivo atendible que permita suponer siquiera que la falta de impugnación de la sentencia de primer grado haya obedecido a una actitud de indiferencia sistemática y perniciosa de la defensa técnica, se impone declarar la improcedencia del recurso extraordinario, por ausencia de interés de la parte actora, no sin antes precisar que la inviabilidad del recurso de casación por este motivo, surge

tanto de la no apelación del fallo de primera instancia, como de su no sustentación, que fue lo acontecido en caso sub judice.

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

R E S U E L V E:

DECRETAR LA NULIDAD del auto mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá admitió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Marck Damian Fialhio. En su lugar, se declara improcedente.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA

