

PRUEBA-Oportunidad para practicarla/ DOCUMENTOS

1.- En el ámbito demostrativo, tema particular que en esta oportunidad más interesa, concentra el acto la práctica de las pruebas previstas para la etapa de la causa, “excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos”; pero además de las dispuestas de antemano (art. 447, C.de P.P.), y obedeciendo los principios de publicidad, lealtad, contradicción, imparcialidad e igualdad, es la audiencia ocasión para adicionar los medios que “surgieren” y fueren necesarios, y aún aquellos que de oficio halle el juez indispensables, con la invariable mira del suficiente esclarecimiento de los hechos como fin primordial de las actividades probatorias, en las que es deber expreso del funcionario judicial la búsqueda de la “verdad real” (cfr. artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 246, 247 y 249 ibídem).

De esta manera conciliará el juez su intervención de neutral director del acto, con la de garante de los derechos de los sujetos procesales, y partícipe imparcial en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, lo que le va a implicar no solamente el máximo cuidado en el decreto y práctica de medios, sino también cautela para que nunca puedan éstos convertirse en vía de sorprendimiento para alguno de los intervinientes procesales, a quienes debe dar la posibilidad de conocerlos y controvertirlos, si es menester, con la aducción de nuevas pruebas y la prolongación o aplazamiento del debate, siempre y cuando agote, por lo demás, esa práctica de pruebas, antes de darle curso a la intervención oral.

2.- De conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el 1-117 del Decreto 2282 antecitado), también reciben valor probatorio de originales las copias autorizadas por “secretario de oficina judicial, previa orden del juez”.

Que quien suscribe los duplicados no se haya identificado como Secretario sino como

Técnico Judicial tampoco constituye para la Sala defecto que de por tierra con la legalidad del medio controvertido o anule su valor demostrativo. Sobre este aspecto precisa recordar que al iniciar la Fiscalía General el ejercicio de sus funciones constitucionales, y en desarrollo de las atribuciones que le adscribía el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, el Fiscal General de la Nación expidió la Resolución 000064 de junio 30 de 1992 que en su artículo segundo señaló como deberes del “Profesional Universitario Judicial o del Técnico Judicial jefe de secretaría común” la de “12. Expedir fotocopias de documentos procesales, con destino diferente a las partes, y autenticarlas, siempre y cuando hayan sido autorizadas por el fiscal delegado que tenga asignado el proceso o por el fiscal coordinador”.

PROCESO No. 9290

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente DR:

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado Acta No.90

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

V I S T O S:

El defensor público del acusado JOSE ANTONIO ROCHA FUENTES interpuso el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia condenatoria proferida en contra de su representado por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Cartagena el 14 de octubre de 1993, mediante la cual confirmó la emitida en primera instancia en el Juzgado Cuarto Penal de ese Circuito por el delito de homicidio agravado, impugnación que entra la Sala a decidir con asidero en las siguientes consideraciones.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

1.- En la madrugada del 15 de diciembre de 1991 en el sector “La Puntilla”, barrio Olaya Herrera de la ciudad de Cartagena, JOSE ROCHA (alias “El Borracho”) se presentó en tono desafiante a la vivienda del señor Pedro Herrera Puerta, dando golpes en la puerta y disparando hacia ella en repetidas ocasiones con un arma de fuego, al tiempo que gritaba que iba a castigar a Herrera por haber golpeado y denunciado ante las autoridades a uno de sus hermanos. Al salir el requerido en compañía de sus hermanos para afrontar el incidente, el agresor le disparó causándole la muerte.

2.- El Juzgado 11 de Instrucción Criminal de Cartagena dispuso el 19 de diciembre de 1991 la apertura de la investigación, vinculando a la misma a JOSE ANTONIO ROCHA FUENTES, Marco Antonio Rodríguez Fajardo y José Manuel Correa Franco, profiriendo en contra de los dos primeros medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio en la persona de Pedro Herrera. Cerrada la investigación, el 4 de junio de 1992 se calificó su mérito con resolución de acusación en contra de ROCHA FUENTES y reapertura en favor de Marco Antonio Rodríguez Fajardo y José Manuel Correa Franco.

Celebrada la diligencia de audiencia pública ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, este Despacho emitió el 16 de julio de 1993 el fallo de primer grado, mediante el cual condenó a JOSE ANTONIO ROCHA FUENTES a la pena principal de 17 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio

agravado, y en el mismo término fijó la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Por no encontrar demostrados los perjuicios derivados de la infracción, se abstuvo de imponer la obligación de resarcirlos.

En contra de la anterior determinación se interpuso el recurso de alzada, y para resolverlo el Tribunal Superior de Cartagena le impartió confirmación, dando lugar para que en contra de esta última decisión se interpusiera el recurso extraordinario.

L A D E M A N D A:

Haciendo invocación de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa el Censor el fallo por transgredir los derechos fundamentales y sustanciales del acusado por indebida apreciación del testimonio de Neris Ester Salas Márquez, el cual fuera aportado en fotocopia por la Fiscal al concluir la etapa probatoria de la audiencia pública, sin que previamente se hubiera solicitado su práctica o aducción; además, por cuanto esa pieza procesal no fue expedida con el lleno de los requisitos legales.

Tal fotocopia, añade, al parecer procedía de un proceso seguido en la Fiscalía Tercera de la Unidad de Previa y Permanente contra Marco Antonio Rodríguez Pájaro y José Manuel Correa, sin que la defensa o el procesado hubieran podido hacer las respectivas confrontaciones. El fallador de primera instancia había dispuesto que las mencionadas fotocopias se aportaran al expediente, absteniéndose de otorgarles valor alguno, pero el Tribunal, pese a la extemporaneidad e ilegalidad de su entrega, contrariando lo dispuesto en los artículos 448, 331 y 250 del Código de Procedimiento Penal e incurriendo en abierta vulneración de los artículos 29 y 13 de la Carta Política; y 1o., 6o., 7o., 9o., 18, 20 y 22 ibídem las valoró.

Incurrió igualmente el ad-quem en error al aplicar por integración el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, dejando de aplicar el artículo 254 ibídem, al presumir que el sello que en ellas aparece estampado correspondía al de Secretaría, siendo que en el mismo claramente se lee “República de Colombia, Dirección Seccional Cartagena, Auxiliar de Fiscal III, Fiscalía General de la Nación”, con lo que olvida que el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal impone que en todas las actuaciones penales la duda se resuelve en favor del sindicado. Además, en el oficio número 327 con el cual se remitieron las mencionadas fotocopias al Fiscal Octavo se lee “Jesús F. Banda Petro. Técnico Judicial”, pero a este funcionario no le era dable asumir las funciones del Secretario.

Pese, entonces, a que la prueba no cumplía con los requisitos de autenticidad, publicidad y contradicción, el Tribunal la consideró auténtica y procedió a examinarla como si se tratara de prueba trasladada, siendo que ni siquiera llegó a ser leída en la diligencia de audiencia; mientras por

otra parte dejó de considerar documentos aportados por el procesado sobre dedicación anterior al trabajo.

En su sentir, las fotocopias citadas deben considerarse nulas de pleno derecho, por estar en contraposición con el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil respecto de la ratificación de los testimonios recibidos fuera del proceso, que por el principio de integración previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal debió aplicarse en el presente asunto, con lo que igualmente se vulneró el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Otro vicio predica la demanda respecto de los testimonios de Liboria Blanco Gómez, Betty Ospino Anaya y Neris Ester Salas Márquez por haber sido

recepcionados sin el cumplimiento de las formalidades legales por funcionarios de policía judicial, después que el Juzgado 20 de Instrucción Permanente avocara la investigación. De tal manera se atentó en contra de los artículos 252 y 334 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987 para entonces vigente).

Al amparo de los anteriores fundamentos el casacionista solicita a la Corte que case la sentencia y en su reemplazo absuelva al sindicado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR:

Para el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, así la propuesta del censor no constituya un modelo de rigor técnico en su invocación de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal acusando la Sentencia de incurrir en error de derecho en cuanto la prueba aportada en fotocopia por la Fiscalía en la diligencia de audiencia (y fundamento de condena) es nula por extemporánea e ilegal, resulta merecedora del correspondiente estudio.

Así comienza la Delegada por destacar en el curso del proceso la existencia de tres grupos de declarantes: a) los testigos presenciales Liboria Blanco Gómez, Bety Ospino Anaya, Neris Ester Salas Márquez, rendidos ante la sección de policía judicial (Sijin) el 17 de diciembre de 1991 folios 5, 7 y 9, antes de la apertura formal del proceso y con fundamento en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente. b) los dichos de Carlos Gándara Ortega y Diego Fernando Ortiz Folios 23 y 107, recepcionados en la etapa de investigación previa y durante la investigación formal por parte del Juez de Instrucción Criminal, y c) la

fotocopia de la declaración de la testigo Neris Ester Salas Márquez correspondiente a las diligencias adelantadas en virtud de la reapertura ordenada respecto de otros partícipes en los hechos.

Estas últimas fueron presentadas por la Fiscal en el curso de la diligencia de audiencia -Folio 231-, quedando constancia de que su aporte se hacía en copia auténtica por no resultar posible que los testigos citados comparecieran a esa diligencia. Solo que el fallador de primera instancia desestimó este aporte considerando que se desconocía si esa declaración había sido aportada en el proceso original cumpliendo los requisitos legales. En su lugar, admitió como válidos los dichos de Liboria Blanco Gómez y Neris Ester Salas Márquez recepcionados por la policía judicial, en tanto que respecto de las manifestaciones de Diego Fernando Ortiz y Carlos Gándara Ortega expuso que: “no es mucho lo que aportan a la investigación, pero de todas maneras la incriminación que le hacen al procesado encuentra respaldo...”.

La condena, entonces, la basó el a-quo en las declaraciones que recibiera la policía judicial (Sijin), y en las versiones integradas al tercer grupo respecto de las cuales aseguró que así no fuera mucho lo que aportaban al proceso, tenían concordancia con las que le servían de pilar de la condena.

El Tribunal ad-quem, por su parte, realizó de la prueba una apreciación diversa: desestimó por inexistentes las declaraciones rendidas por Liboria Blanco, Bety Ospino Anaya y Neris Salas Márquez ante la policía judicial, por haber sido recepcionadas fuera de la competencia asignada a ese organismo y al no cumplir con los requisitos del artículo 252 del código derogado.

Ante la inexistencia de las referidas pruebas, coincidió en que lo apreciado de oídas por Carlos Gándara Ortega y Diego Fernando

Ortíz, era poco lo que aportaba para la determinación de la autoría del ilícito, pero para suplir la deficiencia de las anteriores pruebas, aún subsistía un medio probatorio idóneo para fundamentar el fallo de condena, y era él la copia de la declaración jurada recibida a Noris Esther Salas Márquez el 22 de abril de aquel año por la Fiscalía Tercera de la Unidad Previa y Permanente dentro de la reapertura de la investigación que por los mismos hechos se había dispuesto en relación con otros partícipes del homicidio, la que aportó la Fiscalía acusadora en curso de la diligencia de audiencia.

Para el Tribunal, entonces, tal documento constituye prueba trasladada al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal incorporada con los requisitos de autenticidad y de legalidad respecto de su práctica, así como los de publicidad, contradicción y valoración en sana crítica, precisando que tal copia:

“... es auténtica, puesto que en los diferentes folios que contiene presenta estampado un sello de la Fiscalía III que recibió el testimonio y una firma que ... HACE PRESUMIR QUE PROCEDE DE LA SECRETARIA DE ESE ORGANISMO”.

Respecto del auto que debió ordenarla, dice:

“es de considerar que si la copia debe ser compulsada de determinado proceso, sea en este en donde se dicte el auto correspondiente y no en el cuerpo de la copia”; además: “la presunción de legalidad de los actos oficiales ... sustrae de que tenga que aportarse junto con la copia respectiva certificación ... creemos que basta con que en el cuerpo de esa copia aparezca firma (y sello si lo tienen) de la secretaría de la correspondiente oficina judicial para que se presuma que fue expedida con arreglo a las exigencias legales.”

Luego de las precedentes consideraciones que le sirven

para otorgarle valor de documento, pasó el ad-quem a ocuparse de la apreciación del testimonio, concluyendo que existe en el proceso plena prueba de la realización del delito de homicidio, que la responsabilidad en el mismo le es imputable a JOSE ROCHA FUENTES, y que se cumplen los requisitos para condenar a dicho sujeto por el delito en referencia (folio 29 cuaderno del tribunal).

Para la Delegada es evidente que las declaraciones iniciales recepcionadas por la Policía Judicial se declararon inexistentes por el sentenciador de la segunda instancia, y que el fallo de condena tomó base exclusiva en la declaración de Neris Salas Márquez cuya versión llevara materialmente la fiscal a la audiencia pública de juzgamiento, sin que exista prueba distinta que aporte algo al tema por decidir, según las dos sentencias del proceso.

Luego ante esas condiciones considera admisible el error de derecho predicado por el casacionista respecto de la prueba única que sirve para sustento a la condena, ya que la copia documental en que aparece la mencionada versión no cumple con los requisitos de autenticidad exigidos por la ley procesal civil para el aporte de documentos, ni con las exigencias de ley para su introducción al proceso penal, pues ni aparece llevada al este en la debida oportunidad – así fuera estimada como prueba trasladada-, ni fue solicitada ni decretada por el juez de acuerdo a la regulación del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque la prueba trasladada de otro proceso penal -en donde también se recibió por la policía judicial, según se lee-, resulta admisible al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal como en este caso se afirma por los jueces, ello no significa que otras reglas sobre su legalidad puedan pretermitirse, esto es, que previamente sea solicitada por uno de los sujetos procesales y decretada por el juez, o que

éste último la ordene oficiosamente dentro de las oportunidades procesales.

De otra parte, continúa, la mencionada prueba trasladada obrante a folio 243 y 244 del primer cuaderno, es un documento en copia, o mejor es una copia de otro proceso en donde fuera practicada, pero no cumple con los requisitos de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal, ya que fue expedida y remitida por el técnico judicial Jesús F. Banda Petro, no para el proceso penal cuya sentencia se demanda, sino a la Fiscal Número 8 de la ciudad de Cartagena según oficio número 327 de junio 9 de 1993, valga decir que un día antes de la diligencia de audiencia.

La fotocopia carece de la constancia de expedición por el Fiscal Instructor del proceso de donde fue tomada, o del envío al proceso en donde produjo sus efectos según la sentencia del Tribunal de Cartagena, y mucho menos puede admitírsela auténtica, porque el técnico judicial no es funcionario autorizado por la ley para autenticar copias del proceso. Contrario a lo argumentado por el Tribunal, esa autenticación no puede presumirse; ni asumirse racionalmente la legalidad formal de la prueba, ni veracidad, mientras no exista en la reproducción mecánica una firma autenticadora, por lo que:

“No se puede admitir que la declaración que se traslada en copia documental, existe con ese texto literal, en el proceso de donde fue tomada, bajo la sola constancia del técnico judicial que la remite, y que además las signa y sella en cada folio en su margen izquierda. Ni el secretario de la oficina, que tiene esa función, ni el fiscal que obviamente también puede autenticar la copia, aparecen firmando la de la referencia, por lo cual en si misma no puede admitirse como prueba legal en el proceso presente.”

Recuerda la Delegada que lo examinado en el

procedimiento Penal anterior aparecía regulado en el artículo 281 hoy en el 274, exigiendo para la presentación de los documentos en originales o en “copia auténtica”, siendo en consecuencia inexcusable el imperativo de la autenticidad cuando de copias se trata, el cual, por lo acotado, no se cumple.

Tampoco se reúnen los requisitos sobre introducción de la prueba de modo regular y oportuno a través del ordenamiento oficioso por parte del juez en las oportunidades permitidas por la ley, o que al ser introducida por iniciativa de uno de los sujetos procesales previamente la hubiera pedido en la oportunidad procesal, siendo admitida por auto que así lo ordenase.

En el presente asunto, continúa, el procedimiento utilizado fue completamente irregular. La copia no fue autenticada por funcionario autorizado para ello, fue solicitada por uno de los sujetos procesales (la fiscal) la víspera de la audiencia, allegándola a la diligencia en vista de que no se presentaron a declarar los testigos citados legalmente para ese fin, o sea, que la misma la tenía reservada para suplir esas declaraciones. La Juez, por su parte, la incorporó a la actuación sobre el supuesto de ser una prueba trasladada, anunciando que posteriormente se leería, pero ello tampoco se cumplió.

Como quiera que las pruebas en el juicio deben ser solicitadas en la precisa oportunidad señalada por la ley (artículos 490, 491 y 492 del Código de Procedimiento Penal derogado y 446, 447 y 448 del vigente), solicitud que debe hacerse en el término de traslado para la preparación de la audiencia y que por ser conducentes disponga el juez en el mismo auto que fije la fecha para la audiencia, ello en el presente caso no ocurrió.

En esas condiciones, dentro de un sistema judicial de garantías, fuera de las mencionadas oportunidades el aporte de las pruebas se

entiende precluido en el sistema legal, y además requiere de dos precisas circunstancias especiales: el examen de su conducencia que precisamente se refiere a la legalidad de la prueba misma, y su pertinencia o relación demostrativa con los hechos del proceso, así como la lealtad procesal y la publicidad de la prueba, que le permita a los sujetos procesales distintos del solicitante precaver de medios defensivos contra los nuevos elementos de prueba incorporados al proceso. Finalmente, solo podrán practicarse aquellas pruebas previamente decretadas, pero no las que simplemente lleve uno de los sujetos sin antes haberlas oficializado en el proceso.

Lo anterior no mira a un aspecto puramente formal. La ritualidad de la prueba es tan importante que aún el artículo 29 de la Carta la preserva disponiendo la nulidad de pleno derecho de aquella “obtenida con violación al debido proceso”. Tampoco puede decirse que la Carta preserva el derecho material sobre el formal, pues ciertamente en estos casos la legalidad de la prueba conforma un núcleo de garantías del juzgamiento de tal trascendencia, que es un verdadero derecho material del procesado de ser condenado con fundamento en prueba “legal, regular y oportunamente allegada”, que le permita al juzgador un estado de certeza pero sobre la base de “prueba que obre en el proceso” artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en esas premisas, la Delegada es partidaria y así lo solicita de la Sala, que se admitan las pretensiones del recurrente de casar la sentencia en razón a que la prueba única que sirviera como fundamento al fallo de condena es ilegal, y en razón a que las restantes pruebas -las de policía judicial- fueron declaradas inexistentes por el Tribunal Sentenciador. Quedando de esa manera el proceso sin prueba alguna válida, se debe producir una sentencia absolutoria por falta de medios sobre la responsabilidad del procesado.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E:

Clara y precisa es la demanda en la presentación y desarrollo del cargo único que le formula a la sentencia. Según el pensamiento que el censor desarrolla, la prueba que sirve de base al fallo de condena se recaudó pretermitiendo los requisitos legales para su debida aducción al proceso y ello a la vez que hace nula la probanza base de la decisión adversa, constituye violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho fundado en un falso juicio de legalidad que debe declarar la Corte para que en su lugar profiera un fallo absolutorio.

La anterior proposición obliga a repasar primeramente los términos de la sentencia que se acusa, identificando los fundamentos de hecho sobre los cuales descansa:

En tal propósito se observa que para el ad-quem la materialidad del hecho no ofrece la más mínima discusión -como tampoco lo objeta la defensa-, luego de que el instructor verificara directamente la diligencia de levantamiento del cadáver y dispusiera el acopio de la información correspondiente.

Pero en relación con la autoría y responsabilidad del acusado como autor material del homicidio, la decisión recurrida se muestra en parte permeable a las alegaciones defensivas que en la diligencia de audiencia controvirtieron como prueba de cargo las versiones rendidas por la denunciante Sulmira Herrera de Franco y los terceros Liboria Blanco Gómez, Betty Ospino Anaya y Neris Esther Salas Márquez, en cuanto las autoridades de Policía Judicial que verificaron su recaudo, carecían para esa fecha de competencia para alternar con el funcionario de instrucción que ya había avocado el conocimiento del asunto.

Sobre el valor que el a-quo le diera a estas versiones tomándolas con fuerza de testimonio el fallo de segundo grado apuntó:

“...en la norma adjetiva transcrita (art.334 Decreto 050 de 1987), la investigación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial en la fase previa del proceso penal solamente podía darse a falta de un juez de instrucción, pero de no ser así e iniciada esa etapa por un funcionario instructor, la Policía Judicial quedaba automáticamente excluida para intervenir por iniciativa propia en el asunto.

“Además del rebasamiento de facultades, el cuerpo de Policía mencionado pretermitió lo dispuesto en el artículo 252 del derogado código adjetivo, según el cual ninguna prueba podía ser apreciada sin auto en que se hubiera ordenado o admitido, pues actuó sin disponer en forma alguna la recepción del testimonio de las mentadas personas. Es de reconocer que en la etapa de investigación preliminar la controversia probatoria es precaria y no existe virtualmente publicidad de la prueba, pero ello no significa

que pueda hacerse esguince alguno al principio de legalidad de la prueba en la etapa preliminar, pues, como dice Tiberio Quintero Ospina, tal principio “está concebido en una forma tan general que comprende tanto el proceso (sumario y juicio) como las diligencias preliminares.

Siguiendo este orden de ideas, se tiene entonces que las declaraciones recibidas anómalamente por la Policía Nacional a las señoras Liboria Blanco, Betty Ospino Anaya y Neris Salas Márquez, aparte de practicarse fuera de la competencia de dicho organismo, son inexistentes por haberse realizado con desconocimiento del artículo 252 del código derogado.- Es por esta última razón precisamente, por lo que no se les dará valor alguno, pues lo inexistente procesalmente es lo que no ha tenido nacimiento jurídico y por ello no tiene sentido apreciar la otra irregularidad señalada (incompetencia) en procura de una nulidad...”

No obstante lo discutible de la tesis del ad-quem frente a

las razonadas explicaciones del Juzgado bajo las cuales recordaba la competencia de la Policía Judicial para actuar en casos de urgencia y recibir y conservar la prueba, con mayor razón si ante ese organismo se había presentado directamente una denuncia y el personal que actuaba ni era el mismo que había participado en el levantamiento del cadáver ni aparecía directamente enterado sobre la actividad del juzgado permanente, y más aún, cuando el Juzgado de Instrucción había dictado un auto acogiéndolas como medios probatorios, lo cierto es que el Tribunal desestimó esas probanzas, y que, de añadido, al referirse a los declarantes Carlos Gándara Ortega y Diego Fernando Ortiz, ellos sí escuchados por el instructor consideró que poco aportaban “para la determinación de la autoría del ilícito”, en tanto se acogía por determinante, suficiente, ilustrativa y válida para fundar en ella la condena, la versión rendida por Noris Esther Salas Márquez el 22 de abril de 1993 en el proceso seguido a los co-sindicados Marco Antonio Rodríguez y José Manuel Correa, y allegada en la diligencia de audiencia por la Fiscalía.

Y contestando en ese caso los reparos que para entonces había intentado la defensa a la legalidad de ese medio probatorio, puntualizó el ad-quem que los tres requisitos impuestos en el artículo 255 del C. de P.P. a la prueba trasladada se reunían en el caso de la versión de la señora Salas, pues se estaba frente a la copia autenticada de una versión legalmente practicada y sometida a los principios de publicidad y contradicción, y que al valorar de acuerdo con la sana crítica suministraba el grado de certeza necesario sobre la responsabilidad del acusado en grado de autor.

La prueba base de la condena es, entonces, para el caso de la especie, esa versión testimonial rendida por la señora Neris Esther Salas Márquez, quien como vecina del occiso hizo una narración precisa y pormenorizada de la agresión que remató en la muerte violenta de Pedro Herrera Puerta, y que a falta de ella el proceso carecía de otros medios por sí solos idóneos y suficientes que le

pudieran dar apoyo a una decisión adversa.

Siendo lo anterior así, estima la Sala pertinente iniciar el análisis de la demanda relevando de la diligencia de audiencia pública su naturaleza de acto complejo no limitado a la simple finalidad pasiva de dar apenas paso a la alegación final de los sujetos procesales, sino de debate dinámico al interior del cual se concentre esa pluralidad de actividades informativas, probatorias y de debate oral, cuyo objetivo cumpla con la oportunidad última de conocer la verdad de lo ocurrido, sustento de una sentencia justa y acertada.

En el ámbito demostrativo, tema particular que en esta oportunidad más interesa, concentra el acto la práctica de las pruebas previstas para la etapa de la causa, “excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos”; pero además de las dispuestas de antemano (art. 447, C.de P.P.), y obedeciendo los principios de publicidad, lealtad, contradicción, imparcialidad e igualdad, es la audiencia ocasión para adicionar los medios que “surgieren” y fueren necesarios, y aún aquellos que de oficio halle el juez indispensables, con la invariable mira del suficiente esclarecimiento de los hechos como fin primordial de las actividades probatorias, en las que es deber expreso del funcionario judicial la búsqueda de la “verdad real” (cfr. artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 246, 247 y 249 ibídem).

De esta manera conciliará el juez su intervención de neutral director del acto, con la de garante de los derechos de los sujetos procesales, y partícipe imparcial en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, lo que le va a implicar no solamente el máximo cuidado en el decreto y práctica de medios, sino también cautela para que nunca puedan éstos convertirse en vía de sorpresimiento para alguno de los intervinientes procesales, a quienes debe dar la posibilidad de conocerlos y controvertirlos, si es menester, con la aducción de

nuevas pruebas y la prolongación o aplazamiento del debate, siempre y cuando agote, por lo demás, esa práctica de pruebas, antes de darle curso a la intervención oral.

Sentados los supuestos que preceden, no es difícil notar que en el caso sujeto a controversia, el ingreso del medio sobre el cual debate la demanda, ni resultó sorpresivo, ni de la sola iniciativa de la parte que lo adujo en la audiencia, pues en la etapa de la causa se había decretado como prueba a recaudar durante la diligencia de audiencia el dicho testimonial de la señora Salas Márquez, lo mismo que las versiones de Betty del Socorro Ospino Anaya y Liboria Blanco Gómez que hasta entonces habían resultado de imposible comparecencia, y Rosalía Fuentes, madre del procesado. Pese a su oportuna citación, la única que de las anteriores concurrió y rindió la versión que se le solicitaba fue la señora Fuentes Hernández, quien como era de esperar, procuró respaldar el dicho de su descendiente.

Frente a ese resultado y sin que el lapso probatorio de la vista se hubiese agotado, la Fiscalía intervino para “poner en consideración de la señora Juez, copia autenticada de la declaración de NERYS ESTHER SALAS MARQUEZ rindiera el día 2 de abril de 1993 ante la Fiscalía Tercera de la Unidad de Previa y Permanente, en un proceso que por los mismos hechos por los que procede esta audiencia pública se adelanta dentro de una reapertura de investigación contra los sujetos MARCO ANTONIO RODRIGUEZ PAJARO Y JOSE MANUEL CORREA...para que de ser aceptada se de lectura poniéndola en consideración de los demás sujetos procesales, siendo de anotar que esta testigo fue una de la citada para que el día de hoy concurra a esta diligencia.”

De inmediato la reacción de la defensa fue de oposición a lo propuesto considerando que el documento no se había anunciado ni se hallaba avalado por la debida autenticación, reclamando por el respeto al principio de

lealtad. Sin embargo, y para el caso de que la prueba resultase aceptada y agregada al expediente, remató en que debía valorarse “al momento de la Sentencia”.

Como la presidenta de la audiencia admitió la copia a título de prueba trasladada, dispuso su agregación al expediente a fin de que todos los sujetos procesales tuvieran la oportunidad de conocerla y de controvertirla, advirtiéndole que su apreciación se haría de acuerdo con las reglas previstas en la ley de procedimiento. Con esa decisión concluyó la primera sesión de la audiencia, que habría de reanudarse en horas de la tarde de ese mismo día, concediendo a las partes el uso de la palabra en el orden que disponía la ley.

Desde este punto de vista, es evidente que si el medio probatorio discutido se integraba por la versión formal de un sujeto debida y oportunamente citado para que depusiera dentro del acto público, tenía que darse por admitida la necesidad y pertinencia de su recaudo, ajeno, por lo demás, al sorprendimiento que ahora acusa una de las partes, impuestas como habían sido todas y de antemano sobre la aportación de ese dicho en el debate de la causa. En otro aspecto es de anotar que dada su agregación en la última etapa probatoria y previas las alegaciones de los intervinientes procesales, también venían a cumplirse las exigencias de publicidad y de contradicción que garantizarían el amplio ejercicio defensivo, al cual y desde ese instante se aplicaría con celo la representación del acusado.

En otro aspecto de la discusión, dice el actor que la versión no llegó en copia autenticada ni expedida como lo exigiría la ley para estos casos. Pero un cotejo de las evidencias frente a las reglas que para el traslado de pruebas rige el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal y a las particulares circunstancias de este caso, no lleva menos que a ratificar los argumentos que arraiga el fallo de segundo

grado.

Es de ver, en efecto, que al producirse la calificación del mérito sumarial había operado la ruptura de la unidad procesal, porque al impartir la calificación del sumario la investigación se había reabierto en relación con los procesados MARCOS ANTONIO RODRIGUEZ PAJARO y JOSE MANUEL CORREA FRANCO (auto de junio 4 de 1992), y justo a raíz de esa escisión del rito, había informado el señor apoderado de la parte civil que de la prosecución de la instrucción estaba encargada la Fiscalía Tercera de Cartagena -folio 161 del cuaderno principal-, a la cual solicitó se le enterara su personería para proseguir con la representación del interés encomendado, lo que así acogió el Juzgado mediante auto de noviembre 4 siguiente.

Luego, no podría considerarse nueva ni sorpresiva para el proceso la información que daba la Fiscalía en el curso de la diligencia de audiencia al advertir la existencia de ese segundo trámite y en ella del recaudo de la versión decretada de la señora Salas, dicho que lejos de pretenderse segregado de manera clandestina de aquel diligenciamiento, se acompañó de un oficio suscrito por el Técnico Judicial de la Unidad de Previa y Permanente de la Fiscalía, Seccional Cartagena, dirigido a la Fiscal Octava interviniente en el debate público, comunicado que alude a la remisión de la “copia autenticada de la declaración de la señora NERYS ESTHER SALAS MARQUEZ”.

Se afirma, entonces, con el aval del Ministerio Público, que había hecho bien el juez en la primera instancia al desatender la versión llevada a la diligencia de audiencia, por ignorarse si se trataba de una versión válidamente allegada al proceso dentro del cual obraba. Para darle contestación a esa inquietud importa tomar del propio encabezamiento de la versión rendida por la señora Salas, que ese testimonio se recibió en “la fecha y hora señalada en auto”, lo que permite inferir válidamente su previa ordenación; que la declarante se identificó en debida forma, y

que el Fiscal Delegado número Tres (el mismo al que se había referido el representante de la parte civil como conocedor de aquel asunto) le recibió el juramento “bajo cuya gravedad y penas prometió decir la verdad, y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir”, lo que ajusta la pertinente exigencia de su legalidad y seriedad. Para remate, al final del acta suscriben quienes en ese acto intervinieron, lo que permite inferir el lleno de las exigencias previas y concomitantes propias para la validez intrínseca del acto. Es más: se ha puesto en evidencia que las partes tuvieron la ocasión desde el aporte de la prueba, de haber pedido aquellas corroboraciones o medios complementarios que hubieran confirmado o desestimado la autenticidad de la copia allegada, incluída la opción de solicitar de nuevo su agregación al expediente.

Afirma luego el censor que la legalidad de la copia se enerva porque quien la suscribe no es el Secretario del Fiscal sino un técnico judicial quien utiliza un sello que tampoco le pertenece a esa Secretaría sino a un auxiliar de Fiscal III, lo que le lleva a reputar el escrito por no autenticado, ya que a ese funcionario no le era dable asumir tales funciones, crítica que el Procurador reafirma con remisión a las disposiciones del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, por principio de integración.

Para empezar la réplica de esta última objeción, estima la Sala pertinente recordar que la autenticidad del documento la define la propia ley en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el art. 1-115 del Decreto 2282 de 1989) al advertir que ella se da en un documento “cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”, añadiendo que el documento público “se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad”, la que en el caso presente jamás resultó anunciada ni mucho menos formalizada.

Por otra parte, se hace forzoso responder a la Delegada que

de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el 1-117 del Decreto 2282 antecitado), también reciben valor probatorio de originales las copias autorizadas por “secretario de oficina judicial, previa orden del juez”. De allí en adelante, lo que se requería era la aducción o solicitud oportuna de ese medio demostrativo y la respuesta afirmativa del juez otorgándole aceptación para el proceso en el que se pretenda hacer valer, aspectos que como queda visto se realizaron en el último debate probatorio, habilitando la publicidad del documento y su oportuna controversia, previa la iniciación de los debates orales de las partes -se insiste-.

Ahora bien. Que quien suscribe los duplicados no se haya identificado como Secretario sino como Técnico Judicial tampoco constituye para la Sala defecto que de por tierra con la legalidad del medio controvertido o anule su valor demostrativo. Sobre este aspecto precisa recordar que al iniciar la Fiscalía General el ejercicio de sus funciones constitucionales, y en desarrollo de las atribuciones que le adscribía el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, el Fiscal General de la Nación expidió la Resolución 000064 de junio 30 de 1992 que en su artículo segundo señaló como deberes del “Profesional Universitario Judicial o del Técnico Judicial jefe de secretaría común” la de “12. Expedir fotocopias de documentos procesales, con destino diferente a las partes, y autenticarlas, siempre y cuando hayan sido autorizadas por el fiscal delegado que tenga asignado el proceso o por el fiscal coordinador”.

Luego, si alguna duda mortificaba a los sujetos procesales respecto de la legitimidad de estos documentos tras su admisión en el curso del debate por parte de la presidenta de la audiencia, tenían la oportunidad -no empleada- que les abría el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “La parte contra quien se aduzca copia de un documento, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia auténtica expedida con anterioridad a aquella ... mediante inspección judicial dentro de la oportunidad para practicar

pruebas”, ocasión que les brindaba la práctica de un acto complejo y de aporte probatorio como era la diligencia de audiencia.

Esa versión rendida por la señora Salas Marquez, llegó entonces al proceso en la oportunidad para la cual había sido decretada, y por vía de un traslado que suplía a último momento el incumplimiento de la testigo convocada, sin que la Sala encuentre que con su aporte se hayan desconocido las formas propias del debido proceso de ley, ni mucho menos enervado el derecho de defensa, porque sus titulares, previamente advertidos del requerimiento de esa versión como necesaria al proceso, gozaron de la ocasión de conocerla y discutirla en el acto público de juzgamiento, por excelencia idóneo para su controversia.

Si el contenido en sí de la versión proviene de un tercero presencial que por su inmediación al sitio de los hechos pudo enterarse de lo sucedido mientras se daba su decurso, y por lo mismo identificar al grupo de los agresores y entre ellos al heridor mortal de Pedro Manuel Herrera, señalando como tal al acusado ROCHA FUENTES, la decisión condenatoria tendrá que mantenerse, con más razón si esa versión de oídas rendida ante el instructor por Carlos Gándara que bien se dijo, sola se hacía deficiente, de complemento le daba su aval a la vecina, pues su versión del caso era la misma que habían divulgado otros, presenciales también de la tragedia.

Conclúyese, pues, en que el error de derecho que se pregonaba en la demanda no se acredita, y el cargo, por consiguiente, no prospera.

En defecto de lo anterior casará en todo caso la Sala el fallo recurrido de manera parcial y oficiosa, en cuanto atañe con la extensión de la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, porque al

fijarse en la primera instancia en una duración igual a la de la pena principal (17 años), sobrepasó en mucho el límite legal de los diez años impuesto en el artículo 44 del Código Penal, al cual tendrá que regresar mediante la corrección que autorizan en este sede los artículos 228 y 229-1 del código de Procedimiento Penal.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: Desestimar la demanda de casación formulada por el señor defensor del procesado JOSE ANTONIO ROCHA FUENTES, y

SEGUNDO: CASAR parcial y oficiosamente el fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en contra del acusado JOSE ANTONIO ROCHA FUENTES, en el sentido de reducir a diez (10) años el término de la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta como accesoria por el delito de homicidio, y dejándolo inmodificado en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria