

**LA PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO  
COLOMBIANO**

MARISOL GIRALDO SEPÚLVEDA

Asesor

CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE

Magíster

Proyecto de trabajo de grado para optar al título de  
Especialista en Derecho Probatorio Penal

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE DE MEDELLÍN  
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN  
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO PROBATORIO PENAL  
MEDELLÍN

2014

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
1. HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES	10
1.1 LAS PRUEBAS JUDICIALES EN GRECIA Y ROMA	11
2. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO	14
2.1 EN LA LEY 600 DEL AÑO 2.000	14
2.2 EN LA LEY 906 DE 2004	17
2.2.1 La prueba testimonial	21
2.2.2 La prueba de referencia.	22
2.2.3 La prueba pericial.	24
3. LAS PRUEBAS DE OFICIO	27
3.1 EN EL PROCESO CIVIL	27
3.2 EN EL PROCESO LABORAL	30
3.3 EN EL PROCESO PENAL	32
4. PROHIBICIÓN DE LAS PRUEBAS DE OFICIO EN LA LEY 906 DE 2004	37
4.1 EN LAS AUDIENCIAS DE CONTROL DE GARANTÍAS.	42
5. INTERROGATORIOS COMPLEMENTARIOS POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO	45
6. CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFIA	59

## INTRODUCCIÓN

¿En el modelo de enjuiciamiento de corte acusatorio adoptado por Colombia a partir de la Ley 906 de 2004, permitir que el Juez de conocimiento pueda hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, podría afectar el debido proceso si se le da por una mala práctica judicial el tratamiento de una prueba de oficio?.

Como se tiene por sabido, el Acto Legislativo 03 del año 2002 modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política Colombiana para permitir la entrada en vigencia de un nuevo modelo de enjuiciamiento de corte acusatorio, desarrollado por la Ley 906 de 2004, que tiene como principios rectores que lo caracterizan principalmente, la igualdad, imparcialidad, legalidad, oralidad, lealtad, contradicción, inmediación, concentración, publicidad, entre otros.

El nuevo esquema procesal es adversarial de partes, que lo son principalmente: a) el acusado y b) el fiscal; el cual impone la separación de roles en la actuación, es pues el fiscal quien investiga y dirige el procedimiento o efectúa el plan metodológico para que sea desarrollado por la Policía Judicial para lograr el cometido de llevar a la judicialización aquellas conductas que tengan el carácter de punibles, de tal suerte que este además imputa y acusa. Al ente investigador le quitaron las funciones jurisdiccionales para que no realice actos que le son propios sólo a los jueces de la república, pero tampoco pueden estos, (los jueces) inmiscuirse en los que le son atribuidos a los Fiscales; por su parte el acusado y su defensor, quienes buscan demostrar la inocencia, usualmente desarrollando un programa dirigido a controvertir la pruebas de la Fiscalía; el Ministerio Público y la víctima.

La acusación nace pues de la Fiscalía, a quien le corresponde llevar al juicio los elementos materiales probatorios y evidencia física para soportar la ocurrencia de

un hecho punible y la responsabilidad del encartado, para que el Juez de conocimiento de la mano con los principios de inmediación y de oralidad, pueda tomar una decisión final.

Le está vedado o prohibido pues al Juez de conocimiento, decretar la práctica de pruebas de oficio (art. 361 del C.P.P.), como garantía de imparcialidad que rige este sistema, pero peso a ello, las malas prácticas judiciales han llevado a los Jueces de la república a inmiscuirse más allá de lo permitido en el debate probatorio, cuando bajo la excusa de la posibilidad, que el Juez y el Ministerio Público puedan complementar el interrogatorio del testigo en el proceso, para un mejor entendimiento del caso, invaden el rol del Fiscal o del Defensor cuando ante una mala examinación del testigo en el interrogatorio, conainterrogatorio y redirecto, efectúa las preguntas que le competían formular a cada una de estas, acto que a todas luces es contrario al debido proceso, a pesar que la Honorable Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-144 de 2010 encontró legítima esta facultad, una vez terminados los interrogatorios de las partes.

Permitir preguntas complementarias bajo el disfraz de pretender un mejor entendimiento del caso, afecta el debido proceso porque el modelo de enjuiciamiento le impone a cada parte cumplir su rol y dar el manejo adecuado a las pruebas para lograr su cometido, la Fiscalía una condena, la defensa la absolución, y ante la negligencia, incuria o desidia de la parte, no puede el Juez, en el mejor de los casos, entrar a enmendar sus yerros, y en el peor, formular preguntas que no resulten verdaderamente complementarias si no de oficio, para tratar de edificar su propia teoría del caso.

Es que si las partes no hacen bien su trabajo en el juicio, especialmente la Fiscalía, la consecuencia no puede ser otra que se le nieguen las pretensiones y se absuelva al acusado; salvo eso sí, que nos encontremos ante un caso que

obligue al Juez a actuar para proteger derechos y garantías fundamentales de quien se encuentra deficientemente representado.

Por lo anterior, considero que existente dos posibilidades frente a la facultad de efectuar preguntas complementarias por el Juez:

- 1) Se elimine por completo la posibilidad que el Juez interrogue para una mejor comprensión del asunto, dado que desvertebra el modelo acusatorio, porque de alguna manera se afecta su imparcialidad y por ende atenta contra el debido proceso.
- 2) Continúe vigente la potestad, pero debidamente reglada para que los Jueces no la utilicen a su gusto y arbitrio.

Esta monografía de grado busca esencialmente exponer la problemática que se viene presentando al interior de la Administración de Justicia, producto del equivocado manejo que se le ha dado por parte del Juez de conocimiento a la facultad excepcional otorgada por el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, de formular preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, que afecta la estructura adversarial del Sistema Penal Acusatorio y de paso el debido proceso Constitucional.

Así mismo se pretende demostrar que en un sistema de partes, sólo estas pueden aportar pruebas y participar en la práctica de las mismas ante el Juez de conocimiento, quien debe mantener una posición neutral; de lo contrario se afecta el principio rector de imparcialidad que señala el artículo 5º de la Ley 906 de 2004. Del mismo modo explicar que cuando el legislador permitió al Juez, sólo de manera excepcional, formular preguntas complementarias para un mejor entendimiento del caso, estas deben ir encaminadas exclusivamente a

complementar los interrogatorios formulados por las partes, no a suplantar el papel de estas para establecer “su verdad”.

Igualmente exponer que a 9 años de la implementación del Sistema Penal Acusatorio en el territorio nacional, las malas prácticas judiciales por parte de algunos Jueces de la república, han hecho que la posibilidad de formular preguntas complementarias conferida por el artículo 397 de la Ley 906 de 2004, se convierta en un escenario para que el operador judicial vaya más allá de lo permitido y asuma el rol que deficientemente ejecuto una de las partes en divergencia, afectando su imparcialidad y por ende el debido proceso.

Por último sugerir que la facultad excepcional del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal sea regulada por el legislador, al punto que sólo se permitan preguntas complementarias cuando el tema fue abordado por la parte en el interrogatorio o conainterrogatorio, pero por alguna razón, no entendido y respondido integralmente por el testigo.

Lo anterior teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, el Juez en ningún caso podrá decretar la práctica de pruebas de oficio, para garantizar el principio de imparcialidad y la igualdad de armas, como elementos bacilares del Sistema Penal Acusatorio; no obstante la Honorable Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-396 DE 2007 estableció que dicha posibilidad no le ha sido vedada a los Jueces que cumplen función de control de garantías constitucionales, pero sí a los de conocimiento; ello de cara a evitar que los vacíos probatorios de las partes sean llenados por el Juez, afectando su imparcialidad y de paso la igualdad de armas.

Con todo, se tiene permitido al Juez de conocimiento que tenga participación activa en el interrogatorio que se surta en el juicio oral, una vez finalizadas las intervenciones de las partes, efectuando preguntas complementarias para un cabal entendimiento del caso; posibilidad que viene siendo utilizada de manera

poco adecuada por los Jueces de conocimiento, que en realidad, en un gran número de casos, no formulan preguntas complementarias o relacionadas con las inicialmente efectuadas por Fiscal o Defensa, sino aquellas que conforme su especial visión que del asunto surja.

Diferentes tratadistas del derecho penal Colombiano han establecido que permitir que un Juez de conocimiento practique pruebas de oficio afecta el debido proceso, especialmente en este esquema de enjuiciamiento que es acusatorio que le señala a las partes un rol determinado en la actuación penal, sin que pueda ni deba confundirse o invadirse.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al rol que tiene las partes en el Sistema Penal Acusatorio, y como el Juez de conocimiento no puede invadir los espacios de estas; por ejemplo dentro del radicado 29.994 del 15 de julio de 2008, precisó:

*“La forma acusatoria del procedimiento exige de la ley una división tajante de las tareas que al Estado le corresponden en el procedimiento judicial, por vía de la adopción de un sistema de persecución penal pública: Al Ministerio Público -Fiscalía- debe serle encomendada toda la tarea relativa a la persecución penal estatal (función requirente) y a los jueces les corresponde la decisión de los casos llevados ante ellos por el acusador (función jurisdiccional). La responsabilidad de ambos organismos también varía: el primero no responderá por el control de los jueces según el origen de su nacimiento, sino antes bien, por la eficiencia y efectividad de la aplicación de la ley penal (persecución penal); los jueces, en cambio, no serán responsables, como hasta ahora, como inquisidores, comprometidos a hallar la verdad para aplicar la ley, sino, tan solamente, por su función de custodiar el respecto debido a los derechos y garantías individuales y por la aplicación de la ley al caso sometido a su decisión. En esta diferenciación tajante entre acusador y*

*juez, que provoca, en los delitos de persecución pública, una diferenciación formal, pero nítida entre las dos tareas que, en el procedimiento penal, le corresponden al Estado, requerir y decidir, confiándolas a órganos diferentes, consiste buena parte de aquello que se concibe como PRINCIPIO ACUSATORIO en el derecho procesal penal y como IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES en el Derecho de la organización judicial”.*

En pronunciamientos del 14 de agosto de 2013, radicado 41.345, fallos 69.478 del 24 de septiembre y 70.392 del 13 de noviembre, ambos del 2013, recalco como los Jueces deben evitar completar la labor de las partes, pues su injerencia puede afectar el debido proceso.

Pese al aval dado a los Jueces de conocimiento por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-144 de 2010 para que efectuaran preguntas complementarias, nadie se ha percatado ni dicho de manera clara y contundente, es esta posibilidad sin regla alguna, puede constituir una prueba oficiosa, cuando por la mala práctica judicial el interrogatorio es sobre un tema que debió ser evacuado por la parte interesada, pues no puede el Juez completar el trabajo que dejó de hacer Fiscal o Defensa en el Juicio oral, más aún cuando el Juez formula preguntas que ni siquiera se relacionan con las inicialmente planteadas.

Para sustentar la situación que se viene presentando con la mala práctica judicial que conlleva a que los Jueces de conocimiento estén asumiendo el rol que le corresponde a las partes en torno a la prueba testimonial que se practica a través del interrogatorio en el Juicio oral, se ha consultado un número significativo de defensores públicos y fiscales del circuito judicial de Florencia, Caquetá, que ha referido como detectan que en los asuntos a su cargo, algunos Jueces de conocimiento se ha metido más allá de lo permitido en el caso, bajo la disimulada figura de preguntas complementarias, cuando en realidad se trata de despejar las dudas que las partes no lograron dilucidar.



Para evitar esta molesta situación que se está presentando en los procesos penales tramitados bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004, es necesario efectuar modificaciones en torno a las pruebas de oficio y permitir la intervención frontal del Juez en el proceso, como lo hacen países como Panamá, permitiendo señalar que el modelo sería acusatorio mixto; o por lo contrario excluir de tajo cualquier intervención del Juez, incluso eliminar las preguntas complementarias, para que el modelo sea acusatorio completo.

Este trabajo de investigación sobre las pruebas de oficio en el modelo de enjuiciamiento de la ley 906 de 2004, lo desarrollaré en dos aspectos: i.) Teórico: que abarcará el desarrollo histórico de las pruebas penales en el proceso penal Colombiano, recogido en la doctrina y la jurisprudencia; y ii) Práctico, dado que se efectuará entrevistas a Jueces, fiscales, abogados de víctimas y defensores litigantes, para medir el conocimiento que tienen sobre las pruebas de oficio y el manejo que se le da a las mismas de cara al proceso penal acusatorio.

inicialmente recopilare material sobre el tema, como por ejemplo los autores de las obras referidas en la bibliografía, las sentencias de la Honorable Corte Constitucional Colombiana, así como también las de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; para ello se acudiré materialmente a los libros o textos sobre pruebas con los que cuento, con los que no a través de bibliotecas, se revisaran las páginas oficiales de las Cortes arriba señaladas en torno a su relatoría, ello con el fin de poder conocer las posturas que existen sobre el tema.

## 1. HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

Desde los comienzos mismos de la humanidad, el proceso ha sido una herramienta eficaz para la solución pacífica de los conflictos de índole civil, penal, laboral, agrario, de familia y demás, utilizando como instrumentos disuasivos para lograrlo, según el momento histórico, las sanciones de tipo religioso, moral, económico, simbólico, y físico a través de afectación de la integridad física por amputación de un miembro o parte, la muerte, y finalmente con la pérdida de la libertad por esclavitud o privación de ella.

Si ello no fuera así, la humanidad desde sus orígenes no hubiese podido evolucionar y surgir hasta la sociedad actual como consecuencia del caos originado en la falta de resolución de sus conflictos de una manera eficaz y civilizada.

Pero el proceso, entendido como instrumento para la solución de los conflictos de todo tipo que se presentan en una sociedad determinada, necesita para nutrir las decisiones que pongan fin a la contienda de las pruebas, las cuales han evolucionado históricamente, así como también la participación del Juez.

El maestro Hernando Devis Echandia en su libro “Breve Historia de las Pruebas Judiciales” Tomo I, distinguió cinco fases en la evolución de las pruebas, y por obvias razones, la participación que han tenido los Jueces, tema que ha sido decantado así:

- a). Fase étnica o primitiva: Corresponde a las sociedades en formación, donde sólo existía un sistema procesal rudimentario, basado en el empirismo de las impresiones personales, que debió presentar características muy diferentes en cada lugar, y que no obedecía a un sistema probatorio judicial propiamente dicho.

b) Fase religiosa o mística: Tomada del antiguo derecho germánico y después del derecho canónico.

c) Fase legal o de la tarifa legal: Sometió a la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, que fue un avance en su época.

d) Fase sentimental o de la íntima convicción moral: Se originó en la Revolución Francesa, como contrapartida a la tarifa legal, y que sostiene la absoluta libertad de valoración de la prueba; aplicándose primero al proceso penal y después al proceso civil, y

e) Fase científica o moderna: La que impera actualmente en los códigos procesales modernos.

## **1.1 LAS PRUEBAS JUDICIALES EN GRECIA Y ROMA**

Decía el maestro Devis Echandia que en materia de régimen probatorio poco es lo que se sabe de la Grecia antigua, pero que Aristóteles en el estudio que en su *Retórica* hizo de la prueba se encuentra una concepción lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos de otro orden, que el gran filósofo examina la prueba por sus aspectos intrínseco y extrínseco, la clasifica en propia e impropia, artificial y no artificial, y considera que la principal está constituida por el silogismo (*entinema*) y la inducción. Que en cuanto a su forma, en Grecia imperó la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general rigió el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y solo en casos especiales se le permitía al Juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio. Recalca que los medios principales de prueba fueron la testimonial, la documental y el juramento. Indica que lo más notable fue que existió la crítica lógica y razonada de la prueba, sin que al parecer rigiera una tarifa legal que determinara de antemano su valor.

En cuanto a la antigua Roma refirió que esta sufrió una evolución análoga a la que presentó el proceso y la administración de justicia, en la que se pueden distinguir las siguientes etapas:

- a) Antiguo proceso romano o “*per legis actiones*”: El Juez tenía carácter de árbitro, casi de funcionario privado, con absoluta libertad de apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes; el testimonio fue la prueba casi exclusiva, más tarde se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el Juez, e igualmente lo indicios. No existían reglas especiales sobre la prueba, e imperaba el sistema de la libre apreciación. Ya en los tiempos de la República era el pueblo quien juzgaba reunido en centurias o por tribus, lo que excluía la posibilidad que existieran reglas especiales, e incluso, una apreciación jurídica de la prueba. Los jueces de las *questiones perpetue* era, así mismo, jueces populares que resolvían de acuerdo con su especial convicción.
- b) Del procedimiento “*extra ordinem*”: El Juez deja de ser árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia. Aquí se le dieron al Juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba. Luego vino un retroceso, restarle al Juez facultades para la valoración probatoria y entronizar un sistema de tarifa legal que regulaba su valor. Dejó de existir la libre valoración que caracterizó el periodo anterior, y fueron fijados previamente los temas de prueba que debían considerarse demostrados sin medio alguno especial (nacimiento de las presunciones *iuris*), se le dio mayor importancia a la prueba documental, la testimonial se mantuvo.
- c) Período *justiniano*: Regulación legal de las pruebas, sistema mixto, con preponderancia legal. Se sentaron reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces, y se conoció el principio del

contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos, que debía ser conocido por ambas partes. Al demandado se le otorgaba un eficaz sistema de defensa y el derecho a excepcionar.

Recalca que si bien la tendencia moderna procura devolverle al Juez la libertad de apreciación razonada y científica de las pruebas y darle facultades inquisitivas para producirlas, en busca de la verdad real, tanto en el proceso civil como en el penal, ese modo de pensar no fue ajeno a la tradición romana.

Como puede verse, el proceso, las pruebas y la administración de justicia han evolucionado como la sociedad y la humanidad misma, y sin lugar a duda el papel que se le ha señalado al Juez de igual manera, de simple árbitro o tercero imparcial a sujeto activo de la relación jurídico-procesal en torno a la valoración y práctica de las pruebas.

## **2. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

Nuestro país durante su historia ha pasado por diferentes cambios, la administración de justicia, el proceso y las pruebas, no son ajenos a ello. Antes de la expedición de la Ley 906 de 2004 el modelo de enjuiciamiento que dominaba el entorno jurídico penal era de tendencia inquisitiva, tal como se puede advertir de los códigos recogidos en los decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991, como de la Ley 600 de 2000. Veamos cómo ha sido esa evolución:

### **2.1 EN LA LEY 600 DEL AÑO 2.000**

Este es un rito procesal que cobijó los hechos que tuvieron ocurrencia hasta las 23 horas y 59 segundo del 31 de diciembre de 2004, que se caracterizaba por ser de corte inquisitivo, eminentemente escrito, donde el fiscal investigaba y acusaba, poseía funciones jurisdiccionales propias y además para efectos de la vinculación del encartado al proceso le correspondía a este, así como definir su situación jurídica. La investigación era integral, pues por mandato del artículo 20 de la referida normatividad el funcionario judicial tenía la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado.

El fiscal contaba con un equipo de policial judicial integrado por la Policía Nacional, DIJIN, SIJIN, DAS, CTI y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por ello tenía a su servicio Investigadores y Peritos en Dactiloscopia, Grafología Forense, Balística Forense, Topografía, Informática Forense, Química Forense, Fotografía Judicial, Auditoría Forense, Medicina Forense, Odontología Forense, Psicología Judicial, Psiquiatría Forense, Antropología, entre otras disciplinas para la investigación y la práctica de las pruebas que consideraba pertinentes. Contrario sensu, la defensa no contaba con ningún equipo y no podía utilizar el de la Fiscalía.

En materia probatoria se caracterizaba entonces este sistema en que solo el Estado podía practicar y obtener pruebas; sólo tenía valor y validez los informes y dictámenes que el Estado recolectaba a través de la Fiscalía General de la Nación y la Policía Judicial, realizaba, practicaba y presentaba ante el Juez las pruebas recaudadas durante la investigación y éste a su vez debía fallar con fundamento en ellas. Había pues permanencia de la prueba.

Como se puede notar, sólo el Estado tenía el recurso humano, logístico y técnico para practicar las pruebas, no le estaba permitido al sector privado intervenir en el proceso o en la práctica de pruebas o realización de dictámenes periciales, por lo tanto carecía la defensa de equipo técnico para que le colabore en la valoración y análisis pericial o en la práctica de diligencias probatorias para controvertir los informes, dictámenes y pruebas presentadas al Juez por Fiscal, de tal suerte que cuando el abogado Defensor no estaba de acuerdo con una prueba técnica o científica practicada por un miembro del equipo bajo la dirección y coordinación del Fiscal, para controvertirla debía acudir al mismo Fiscal, para solicitarle que ordenara su revisión, pero esta era realizada inexcusablemente por parte de otro funcionario que también estaba bajo su dirección y coordinación como el anterior. Lo propio ocurría frente al Juez de conocimiento.

Entonces al defensor le tocaba, resignadamente admitir lo que los operadores de la prueba (Policía Judicial) informan en sus Dictámenes e Informes por porque el medio de policía judicial era exclusivo del y para el Estado, sumado a que no existían otros organismos o personas en el sector privado que le pudieran prestar la asesoría técnico-científica necesaria.

Entonces sólo lo que el Estado decía a través del Policía Judicial, Perito o Fiscal tenía valor frente a la ley y frente al Juez, lo que implicaba una situación bastante desventajosa para los procesados, dada la falta de garantías procesales por la

precaria situación de la defensa frente al poder organizacional y económico del Estado.

En el modelo de enjuiciamiento de la Ley 600 de 2.000 tanto en la etapa de instrucción como en la de juzgamiento se pueden solicitar y practicar pruebas, sólo que en la última de ellas se cuenta con un término perentorio de 15 días hábiles para hacerlo, tal como lo señala el artículo 400, inciso segundo de la mencionada normatividad.

Ya en materia de pruebas se tiene que por mandato del artículo 232 de la ley procesal penal del 2.000. *“Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.”*

*No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”* y son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio, además por expresa orden del artículo 234 de la mencionada disposición, se le exige al funcionario judicial buscar la verdad real; y para ello *“...debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia.”*

Esta misma disposición claramente señala que en asuntos regidos por la Ley 600 de 2000, la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde directamente a la Fiscalía General de la Nación, además señala que el juez podrá decretar pruebas de oficio, potestad que igualmente es regulada por el artículo 401 de la misma disposición.

Y es que sobre esta potestad que tenía el Juez de conocimiento en el régimen procesal penal anterior se ha dicho: *“Por consiguiente, el juez podrá decretar pruebas*



*de oficio en la audiencia de juzgamiento respecto de las que se puedan derivar de las practicadas en la audiencia, ordenadas en virtud del artículo 400 del C.P.P., o en razón del traslado subsiguiente a la variación de la calificación jurídica efectuada por el fiscal a iniciativa propia o por sugerencia del juez (Art. 404.1) y finalmente, cuando concluido este período probatorio, estime que hay prueba sobreviniente, necesaria para el esclarecimiento de los hechos objeto de juzgamiento. (Art. 409 ya citado)*

*“Para concluir el examen de los aspectos anunciados, la prueba sobreviniente, como la misma expresión lo señala, es aquella que se deriva de otra, cuya viabilidad y conocimiento emerge de la práctica de otra, cuya existencia no era conocida o de la cual no resultaba posible establecer su conducencia, procedencia o necesidad”.<sup>1</sup>*

Así entonces como al Juez de la causa en el sistema ritual penal del 2000 se le imponía la carga o responsabilidad de encontrar la verdad real, era necesario investirlo de plenos poderes para lograrlo, entre ellos la facultad oficiosa de decretar y practicar pruebas de oficio.

## **2.2 EN LA LEY 906 DE 2004**

Este modelo de enjuiciamiento empezó a regir en el territorio patrio a partir de las 0 horas del 01 de enero de 2005 y se fue implementando gradualmente. En la actualidad coexiste con las normas procesales de la Ley 600 de 2.000.

Se caracteriza este tipo de juzgamiento porque es eminentemente oral y el rol de las partes está debidamente definido, por ser de corte acusatorio, aunque no puro como el de otras latitudes, donde el fiscal es una parte más sin funciones jurisdiccionales propias. La vinculación del encartado al proceso le corresponde a un Juez de Control de Garantías y resolver la situación jurídica al Juez de conocimiento.

---

<sup>1</sup> Cfr. Proveído de 25 de agosto de 2004. Radicación 22692. En similar sentido, sentencia de 3 de noviembre de 2004. Radiación 21715.

Es un sistema adversarial de partes que lo integran la Fiscalía, el acusado y su defensa, que se encuentran en igualdad de condiciones y tienen las mismas posibilidades en materia investigativa y probatoria, al punto que el rol del fiscal es asesorar y guiar la investigación, recolectar pruebas, aducir e incorporar las pruebas al proceso y acusar al procesado; la defensa también puede recolectar pruebas, presentar pruebas, controvertir las pruebas y defender a su cliente.

Tanto defensa como fiscalía tiene la posibilidad de contar con un equipo técnico de apoyo como Investigadores y Peritos en Dactiloscopia, Grafología Forense, Balística Forense, Topografía, Informática Forense, Química Forense, Fotografía Judicial, Auditoría Forense, Medicina Forense, Odontología Forense, Psicología Judicial, Psiquiatría Forense, Antropología.

En materia probatoria la defensa y el imputado mismo pueden conocer y controvertir las pruebas, y de conformidad con el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, interrogar en audiencia a los testigos y hacer comparecer a peritos o testigos que puedan arrojar luz sobre los hechos investigados, si es necesario a través de la coerción para traerlos; además buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa o solicitar a la policía judicial que lo haga, hacer entrevistas y utilizar las técnicas de la criminalística para obtener información útil a su defensa, obtener declaración jurada, solicitar al juez práctica de pruebas anticipadas, ejercer cadena de custodia( 267, 268, 271, 272 , 273 ) Presentar informes de peritos de su confianza, que rendirán informe acreditando idoneidad con certificación.

Es claro además que en la Ley 906 de 2004 solo se pueden tener por pruebas aquellas se práctica en presencia del Juez de Conocimiento, atendiendo el principio de inmediación, antes sólo se cuenta con elementos materiales probatorios y evidencias física.

Por virtud del artículo 372 de estatuto procesal penal, la finalidad de las pruebas es llevar al juez al conocimiento, más allá de duda razonable, sobre los hechos y circunstancias material del proceso y los relacionado con la responsabilidad del procesado, como autor o participe del delito, no existiendo tarifa legal, pues los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico, con tal que no viole los derechos humanos.

Los medios de conocimiento para condenar surgen de la prueba, la pericial, documental, de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no vaya en contra del ordenamiento jurídico; además para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas que previamente hayan sido debatidas en el respectivo juicio oral.

Aquí se destacan los principios de concentración, inmediación, contradicción, publicidad, entre otros, y principalmente el de imparcialidad que le impone al Juez que en ningún caso podrá decretar la práctica de pruebas de oficio, por ser esta una de las características bacilares del debido proceso constitucional; advirtiendo eso sí, que dicha posibilidad no fueron despojados los Jueces de Control de Garantías Constitucionales debido a que su actividad va encaminada a la eficacia de la investigación y la preservación de derechos y libertades constitucionales, como quedó debidamente explicado por la Honorable Corte Constitucional Colombiana así:

*“La prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de*

*control judicial. A esa conclusión se llega después de adelantar el análisis sistemático y teleológico de la norma acusada. Nótese, que no sólo la ubicación de la norma demandada en el contexto normativo significa que la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria, sino también que la ausencia de regulación al respecto en las etapas anteriores al juicio, muestran que la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual, mientras se ubica en la etapa de contradicción entre las partes, en la fase del proceso en la que se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquella que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal.”<sup>2</sup>*

En efecto, el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 prohibió expresamente al Juez de conocimiento ordenar la práctica de pruebas de oficio, limitando su papel al de interrogar a los testigos de las partes, una vez culmine el interrogatorio cruzado, para efectuar preguntas complementarias que busquen dar un mejor entendimiento al caso, como lo manda el artículo 397 del Código de Procedimiento penal. Sobre este tema dedicaré un capítulo especial, de ahí que no se ahonde tanto en el presente.

Para una mejor comprensión de los medios de prueba con los que se cuenta en el sistema penal acusatorio, a continuación se mencionaran y explicaran brevemente algunas de ellas:

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-396-07

### 2.2.1 La prueba testimonial

En el libro LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO de Luis Fernando Bedoya Sierra, editado por la Fiscalía General de la Nación y la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, se señaló que ha de entenderse la prueba testimonial como *“la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga.”*<sup>3</sup>

Y que por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en alusión al mismo tema, ha reiterado: *“por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso.”*<sup>4</sup>

El testimonio es pues una de las principales herramientas con las que cuenta el Juez de conocimiento para tener un acercamiento con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de un hecho de relevancia penal, y por ende la posibilidad de llegar a un mayor grado de certeza sobre lo que deba decidir.

Todas las personas están obligar a rendir testimonio bajo la gravedad del juramento en el juicio oral, para su comparecencia de debe acudir a un a medios coercitivos como la conducción; el interrogatorio a los testigos se deberá efectuar en el orden sugerido por quien los solicitó eso sí, comenzando con los de la acusación y por último los de la defensa.

El artículo 391 de la Ley 906 de 2004 señala el interrogatorio cruzado de los testigos, empezando con el cuestionario de la parte que solicitó la prueba,

---

<sup>3</sup> MARTINEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano, Bogotá: Editorial Temis, pág. 408.

<sup>4</sup> Providencia del 19 de julio de 1991, reiterada en sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468

conocido como directo, y luego la que no lo hizo, este se conoce como contrainterrogatorio. Luego de las respuestas del testigo, se podrá efectuar el redirecto, sobre la base de las respuestas emitidas.

El papel del Juez gira inicialmente en torno a la resolución de las objeciones que se propongan por la parte que no está realizando el interrogatorio o el Ministerio Público, y una vez terminado el interrogatorio al testigo el Juez o el Ministerio Público podrán excepcionalmente formular preguntas complementarias para un mejor entendimiento del caso.

### **2.2.2 La prueba de referencia.**

Señala el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 que:

*“se considera como prueba de referencia toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.*

Sobre el tema la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó: *“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).*

*Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (I) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (II) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (III) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (IV) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”. En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).*

*Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (I) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (II) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (III) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (IV) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”.*

Por su parte el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal dispone que “únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) *Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
  - b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.*
  - c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.*
  - d) *Ha fallecido.*
- También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.*

De algún modo las pruebas de referencia pese a sus restricciones tiene importancia, el legislador claramente reseñó que conforme a las exigencias del artículo 381 del Código Procesal Pena, para condenar se requiere conocimiento más allá de toda duda, con fundamento en las pruebas practicadas y debatidas en el respectivo juicio oral, sin que la sentencia, en caso de ser de carácter condenatorio, se pueda fundar exclusivamente en pruebas de referencia, dado que las mismas, no cumplen con los principios de inmediación y contradicción en vista que la fuente de información original no es llevada al juicio y su dicho se conoce a través de un tercero o testigo de referencia.

### **2.2.3 La prueba pericial.**

Se entiende como prueba pericial los resultados de las valoraciones técnicas efectuadas por profesionales de las diferentes áreas del conocimiento, en torno a un tema concreto objeto de estudio y relevancia penal, y presentado al Juez para una mejor comprensión del caso.

También se ha dicho: *“La prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de la experiencia que el juez no posee o no puede poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate”*.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> CLIMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999



Y que: *“una prueba de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales de los jueces, porque en definitiva, y como medio probatorio, ayuda a constatar la realidad no captable directamente por los sentidos, en manifiesto contraste con la prueba testifical o la de inspección ocular (o reconocimiento judicial)”*.<sup>6</sup>. Igualmente se dice que: *“Cuando conocimiento científico, técnico o especializado sea de ayuda para el juzgador entender la evidencia o determinar un hecho en controversia, un testigo capacitado como perito en relación con la materia sobre la cual va a declarar podrá testificar en forma de opiniones o de otra manera”*<sup>7</sup>

Pero los dictámenes periciales o experticias que se pretende ingresar como evidencia física deben ingresar al juicio con el cumplimiento de las reglas relacionadas con el testimonio, esto es que deben ser introducidos con su respectivo testigo de acreditación, esto es quien lo elaboro y pueda sustentar su contenido y resultado para así cumplir con los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

#### **2.2.4 Los elementos materiales probatorios y evidencia física.**

La ley 906 de 2004 no tiene una definición de elementos materiales probatorios y evidencia física, como tampoco elaboró una relación taxativa de que los comprenden, sin embargo se puede entender que se trata de las huellas, rastros, documentos, evidencias, o medios utilizados en la ejecución de un hecho punible o los vestigios que de este quedan, los cuales pueden ser físicamente recogidos, embalados, rotulados y sometidos a cadena de custodia por la policía judicial donde fueron encontrados, esto es, en una diligencia de allanamiento y registro, obtenidos a través de una interceptación de comunicaciones, búsqueda selectiva en base de datos, toma de muestras al indiciado o a la víctima, fluidos corporales,

---

<sup>6</sup> Tribunal Supremo Español, sentencia del 28 de octubre de 1997.

<sup>7</sup> CHIESA APONTE, Ernesto. Op.cit. pág. 331.

videos de seguimientos a personas, grabaciones magnetofónicas, entre otras, por citar unos ejemplos.

Rebajado a un lenguaje más sencillo y de fácil comprensión, los elementos materiales probatorios y la evidencia física son las llamadas por varios autores como pruebas reales o evidencia material de un hecho, vestigios de un hecho o conducta, que serán convertidos en prueba cuando sean sometidos a la contradicción en el juicio oral en presencia del Juez de conocimiento. Elemento material probatorio o evidencia física será entonces toda cosa u objeto que directa o indirectamente pueda aportar información acerca de uno o varios aspectos estructurales del delito o de la identidad del acusado, es decir, la cosa u objeto que por si solo tenga la cualidad demostrativa o probatoria de las circunstancias en que ocurrió un delito. Esto constituye la fuente primaria de la información que le es aportada al juez, que no proviene de un testigo o de un elemento, con excepción de lo referente al testigo de acreditación o a los testigos peritos que lo analizan.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, Las Pruebas en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación, Bogotá - 2008

### 3. LAS PRUEBAS DE OFICIO

*“La prueba de oficio constituye una herramienta auxiliar del juzgador, instituida por el derecho procesal moderno, para practicar aquellas diligencias que considere necesarias, por motivaciones de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento.”<sup>9</sup>*

También se ha dicho, que las pruebas de oficio son un instrumentos procesal de alto valor otorgado a los jueces por las normas procesales para hallar la verdad material, que es la que debe orientar las decisiones que pongan fin a litigios de todo tipo sometidos a su consideración, atenuando el principio dispositivo que rige la mayor parte de las etapas procesales, ni reemplazando ni supliendo las cargas propias de las partes que integran la relación jurídico-procesal del caso.

Es pues la prueba de oficio un instrumento procesal de gran utilidad para el Juez o Tribunal de causas de todo orden, para alcanzar la realización efectiva de los fines para los cuales ha sido instituido.

#### 3.1 EN EL PROCESO CIVIL

Tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el Código General del Proceso los poderes del Juez están diseminados y encaminados a poner fin a los litigios que se suscitan entre las partes, con una sentencia que se ajuste a las necesidades de las partes y que atienda los objetivos de la justicia de dar efectividad a los derechos reconocidos por la ley sustancia; de ahí que se señale al Juez como debe interpretar las normas procesales, veamos:

*“INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es*

---

<sup>9</sup><http://www.grupoevos.com/revistajuridicapanama/articulos201005/prueba-oficio.htm>.

*la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.”*

Y para lograr la efectividad de esos derechos sustanciales de las partes se le ha impuesto al Juzgador unos deberes, que prescriben:

*“ARTÍCULO 42. DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del juez:*

*1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.*

*2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.*

*3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.*

***4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.***

*5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.”<sup>10</sup>*

---

<sup>10</sup> Código General del Proceso.

Tal como se desprende de lo destacado en el proceso civil el Juez tiene dentro de sus deberes utilizar los poderes en materia del decreto de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes que no hayan quedado debidamente dilucidados, sin que esto pueda entenderse que desplaza a las partes de las cargas que materia probatoria les compete para enervar sus pretensiones y lograr una sentencia que atienda sus intereses.

*“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

***No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.***

*Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.*

*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”<sup>11</sup>*

Como se puede ver, el Juez puede decretar pruebas de oficio hasta antes de fallar el caso cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las

---

<sup>11</sup> Código General del Proceso

aseveraciones de las partes. No puede decretar como prueba de oficio el Juez aquellas declaraciones de testigos que no hayan sido relacionados o mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal.

*“ARTÍCULO 169. PRUEBA DE OFICIO YA PETICIÓN DE PARTE. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.*

*Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.”*

La oportunidad para practicar las pruebas de oficio siempre será hasta antes de fallar el proceso, y las decretadas por el Juez pueden ser debidamente controvertidas por las partes de tal suerte que con ellas no se viola ningún derecho ni garantía procesal.

*“ARTÍCULO 170. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBA DE OFICIO. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.*

*Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.”<sup>12</sup>*

### **3.2 EN EL PROCESO LABORAL**

El derecho laboral tampoco es ajeno a que el Juez tenga facultades oficiosas para decretar pruebas que permiten tomar determinaciones que garanticen los

---

<sup>12</sup> Código General del Proceso.

derechos de las personas relacionadas en una actividad económica laboral, por ello el artículo 48 del estatuto procesal del trabajo le impone al Juzgador que al asumir la dirección del proceso adopte las medidas que resulten necesarias para garantizar el respeto de los derechos de las partes y el equilibrio entre estas. Dentro de esos poderes de ordenación e instrucción otorgados al funcionario judicial encontramos la facultad oficiosa de decretar pruebas, a consta de cualquiera de las partes, o de ambas, la práctica de todas aquellas que resulten indispensables para el esclarecimiento de los hechos objeto del litigio.

*“ARTICULO 54. PRUEBAS DE OFICIO. Además de las pruebas pedidas, el Juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su proceso sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.”<sup>13</sup>*

Ya desde antaño viene refiriéndose la Honorable Corte Constitucional Colombiana sobre la facultad oficiosa del Juez para decretar pruebas, sin que se afecte el debido proceso y derecho de defensa de las partes, habiéndolo hecho en la sentencia que se pronunció sobre la demanda contra el inciso segundo del artículo 83 del Código de Procedimiento Laboral, señalando que:

*“...3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de*

---

<sup>13</sup> Código de Procedimiento Laboral.

*esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.*

*3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas.*

*En materia laboral el artículo 25 del C.P.T. dispone como requisito esencial de la demanda hacer "una relación de los medios de prueba que el actor pretenda hacer valer para establecer la verdad de sus afirmaciones", y el artículo 31 del mencionado Código señala para el demandado que la oportunidad de solicitar pruebas en la contestación de la demanda. Ello, sin perjuicio de la facultad oficiosa del juez para decretar pruebas."<sup>14</sup>*

### **3.3 EN EL PROCESO PENAL**

En los regímenes procesales anteriores a la Ley 906 de 2004 al Juez no se le tenía limitada la facultad de decretar pruebas de oficio; es que en el rito procesal de la Ley 600 del 2000 el Juez podía decretar pruebas en la audiencia de juzgamiento cuando surgían como consecuencia o derivadas de las practicadas

---

<sup>14</sup> Sentencia C-1270-00, M.P. Antonio Barrera Carbonell, Corte Constitucional Colombiana.



en la audiencia como se desprende del artículo 400 de la mencionada normatividad, pero eso sí cuando se presentaban circunstancias que así lo ameritaban o imponían, como por ejemplo había variación a la calificación jurídica, o cuando concluido el periodo probatorio, se presentaba pruebas sobrevinientes, que resultaban indispensables para esclarecer los hechos del proceso, más aún porque en atención al principio de investigación integral al Juez de la causa se le compelió encontrar la verdad real como fuera, de ahí también la facultad oficiosa de decretar y practicar pruebas de oficio.

Es que jurisprudencialmente se tiene por sabido que la facultad de practicar pruebas de oficio es una facultad y deber de los Jueces en la jurisdicción ordinaria y en la contenciosa administrativa, dado que ellas sirven como garantía de una debida administración de justicia.

La Honorable Corte Constitucional Colombiana en una acción constitucional de tutela decidió amparar los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia a un ciudadano al que se le había inadmitido una acción de revisión por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuando con ella pretendía demostrar que su nombre e identidad habían sido usurpados, y condenado sin que se hiciera una debida y plena identificación del autor de los hechos, por la falta de haberse decretado y practicado unas pruebas, que también pudieron ser de oficio por el Juzgador para esclarecer la verdad procesal.

*“...La entidad judicial demandada debió desplegar su accionar, con la finalidad de precisar algunos datos que faltaron en la diligencia de reconocimiento que la denunciante y víctima hizo del capturado directamente en las instalaciones de la DIJIN, que reiteró en un oficio que dirigió el 2 de abril de 2009 al Juzgado Noveno de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y en declaración rendida el 6 del mencionado mes y año ante ese mismo*

*despacho judicial, cuando manifestó que no era la persona con la que había sostenido negocios e incurrido en la estafa, tendiente a su identificación e individualización, que involucra aspectos como su fisonomía, estado civil, grupo familiar, que permiten su diferenciación con el resto de las personas de la sociedad. La circunstancia indicada podía aclararse o precisarse, si la entidad judicial demandada hubiere cumplido con su deber oficioso de la práctica de la prueba respectiva o accedido a decretarla –en razón a que en la Ley 600 de 2000 no está prohibida, norma aplicable para el 21 de agosto de 2004, fecha en la que sucedieron los hechos materia del proceso penal- como se lo solicitó el actor en el recurso de reposición, en el sentido de que se señalara fecha y hora para que la denunciante y víctima deponga sobre todo cuanto le conste respecto de los hechos sobrevivientes y que se llevara a cabo la diligencia de reconocimiento en fila de personas para determinar si el actor fue o no quien incurrió en la conducta punible.”<sup>15</sup>*

Ya en proceso surtidos bajo el imperio de la Ley 906 de 2004 es claro que al Juez de conocimiento se le despojó de la facultad de decretar la práctica de pruebas de oficio, todo de cara a no afectar el nuevo esquema de juzgamiento que fue diseñado en forma de partes adversarias en igualdad de condiciones y con un tercero imparcial como Juzgador. Sobre este esquema se refirió la Corte Constitucional Colombiana en una sentencia que estudió la inconstitucional del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal Colombiano por omisión legislativa al excluir a las víctimas en la participación directa en la práctica de la prueba testimonial en la etapa del juicio, precisando:

*“...En lo referente a la estructura general del proceso, el diseño adoptado por el Legislador se divide en dos grandes fases: (i) la investigación, encaminada a determinar si hay méritos para acusar. La lleva a cabo la Fiscalía y en ella se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte del funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo;*

---

<sup>15</sup> Sentencia T-950-11, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio, Corte Constitucional Colombiana.

*constituye una preparación para el juicio; y (ii) la fase de juzgamiento, con clara preponderancia bajo el nuevo sistema, caracterizada como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales. Durante esta etapa (a) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (b) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (c) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado”*

*“...La Corte ha destacado las especificidades del sistema penal colombiano y ha precisado que la víctima no tiene la condición de parte sino de interviniente especial, de donde la naturaleza adversarial especialmente notoria en la etapa del juicio, reduce significativamente su facultad de participación directa, pues su intervención alteraría los rasgos estructurales del sistema penal y por esa vía menoscabaría otros derechos o principios como el de igualdad de armas. No obstante, la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen del Fiscal. El conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, éste podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral, pero solo el fiscal tendrá voz en la audiencia. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004. Así, el derecho de intervención de las víctimas no se ve drásticamente afectado puesto que pueden canalizar su derecho de intervención en el juicio no solamente a través de una vocería*

*conjunta, sino mediante la intervención del propio Fiscal, tal como lo ha señalado la Corte en anteriores oportunidades, refiriéndose al aspecto probatorio y de argumentación.”<sup>16</sup>*

Como se puede ver, lo único que le quedó permitido al Juez de conocimiento es la realización de preguntas complementarias para un mejor entendimiento del caso, pero nunca la activa participación en el proceso decretando y practicando pruebas de oficio.

Ya en materia de la función de control de garantías quedó suficientemente claro que dicha posibilidad no le fue prohibida al Juez dada su función constitucional de garante de derechos fundamentales, como lo decantó claramente la sentencia C-396 de 2007 que más adelante retomaremos.

---

<sup>16</sup> Sentencia C-260-11, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio

#### 4. PROHIBICIÓN DE LAS PRUEBAS DE OFICIO EN LA LEY 906 DE 2004

Como se ha venido mencionado a lo largo del presente documento, el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal Colombiano vigente prohibió al Juez de conocimiento decretar la práctica de pruebas de oficio, como garantía de imparcialidad ante el proceso, dicha prohibición no cobija al Ministerio Público que por virtud del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, puede pedir alguna prueba relevante que las partes hubiesen omitido solicitar.

Es que la imparcialidad del Juez es uno de los requisitos del debido proceso, que exige de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, un Juez o Tribunal Competente y el respeto irrestricto de las formas propias de cada juicio, que para el caso del Sistema Penal Acusatorio implica las garantías de igualdad de las partes y la imparcialidad del Juez, dado que el Juez imparcial da un trato igual a las partes e intervinientes, atendiendo así mismo el derecho de igualdad constitucional.

*“ARTÍCULO 4o. IGUALDAD. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.*

*El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.*

*ARTÍCULO 5o. IMPARCIALIDAD. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.”*

Cuando se habla de imparcialidad, muchos autores y juristas coinciden en afirmar que esta es “... *la ausencia de perjuicio o de interés subjetivo del juez en que el conflicto se solucione de determinada manera.*”<sup>17</sup>

De lo anterior se puede colegir que cuando se busca que el Juez no tenga ningún tipo de participación en el tema *probandi*, es porque se requiere que su función sea imparcial, de ahí que se quiso en el sistema penal acusatorio que el funcionario judicial no tuviera una participación activa probatoriamente hablando, no obstante se exige de este establecer con objetividad la verdad y la justicia, sin que ello implique sustituir a las partes en su obligación de probar los supuestos de hecho esbozados. Es que no puede hablarse de una decisión justa, cuando esta nace de la decisión de un juez que en el proceso abandonó su papel de tercero imparcial y se convierte en parte, al involucrarse en el proceso.

El legislador, sabio por excelencia, quiso evitar en el nuevo sistema penal acusatorio que el Juez bajo la figura excepcional del decreto de pruebas de oficio, sustituyera a una de las partes en su deber procesal, de ahí la prohibición, pues obrar de forma contraria hace que el juez esté parcializando y al hacerlo rompe el equilibrio propio del proceso, puesto que cuando el juez ordena y práctica una prueba dentro de la *Litis* necesariamente tiene que favorecer a una de las partes e ir en detrimento de la otra, actuando así en contra de los postulados propios del debido proceso.

Pero a pesar de la importancia de esta prohibición, por vía jurisprudencial se ha permitido la intromisión del Juez en asuntos que no son en realidad de verdad de su competencia. Para citar un caso basta con recordar que la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la patria en proveído del radicado 24468

---

<sup>17</sup> SHARMAN, Jeffrey. Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington D.C. 1999. p. 3.

del 30 de marzo de 2006, con ponencia del Honorable Magistrado Edgar Lombana Trujillo refirió lo siguiente:

*“Gravita en torno del principio de imparcialidad, muy caro a los sistemas con tendencia acusatoria, que el Juez no tenga facultades probatorias autónomas, puesto que, si tuviese atribución para decretar pruebas de oficio, se daría al traste con uno de los pilares fundamentales de ese régimen de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento, que es emblemático de las democracias contemporáneas, con el fin de evitar que el Juez predisponga el rumbo del proceso, y por ende anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio.”*

Y pese a advertir la importancia de no permitir que el Juez decrete pruebas de oficio por el atentado contra la estructura de nuestro modelo de enjuiciamiento, más adelante señaló:

*“En el marco constitucional Colombiano, sin embargo, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio no puede considerarse absoluta, como se analiza en el siguiente acápite.”*

Ello porque a juicio de la Corporación el Juez no puede ser entendido como un mero espectador del proceso sino que debe buscar el cumplimiento de la justicia material, como exigencia que nace de los mismos contenidos constitucionales, entre ellos el parágrafo de la Constitución Política Colombiana que tiene fuerza vinculante. Al respecto concluyó:

*“Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley*

*906 de 2004, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables.*

*Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.”*

En realidad de verdad, no puede perderse de vista que los Jueces de la República no pueden jugar el papel del simples árbitros en los procesos penales, no obstante cuando el país decidió adoptar un modelo de enjuiciamiento de corte oral consideró de trascendental importancia no permitir que tuviera un papel activo en materia probatoria, luego considerar que dicha prohibición no es absoluta por virtud de la Constitución Política Colombiana cuando es precisamente la norma superior la que manda el respeto al debido proceso que encarna la igualdad de las partes y la imparcialidad del Juez.

No se quiere dejar de reconocer que a las víctimas de un delito se les debe garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación, dado su condición de debilidad manifiesta frente a la comisión de un hecho punible y sus consecuencias de toda índole, no obstante es la misma Carta Magna que en los numerales 1°, 6° y 7° del artículo 250, advierten la necesidad de brindarles protección y asistencia, así como garantizar el restablecimiento del derecho y reparación integral, pero por intermedio de la Fiscalía General de la Nación no de los Jueces de la República.

Resulta contrario a la misma Constitución Colombiana pretender que los Jueces de la República por atender los derechos de las víctimas, que puedan haber



quedado afectados en un proceso por la falta de actividad, diligencia, preparación o compromiso del representante de la Fiscalía General de la Nación, asuma el rol de parte y decrete oficiosamente pruebas que sin duda alguna van a atentar contra los intereses del procesado y su defensa, cuando el artículo 2° de la Carta, estatuye como fines esenciales del estado, entre otros, el de garantizar la efectividad de los derechos, y añadiendo que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, entre los que se encuentran el derecho de defensa y debido proceso del procesado, que no pueden ser cercenados por el Juez bajo ninguna excusa. Es que permitir que el Juez de Conocimiento asuma la representación de los intereses de la víctima bajo el amparo de la constitución y los tratados de derecho internacional que regulan la materia, integrados a través del bloque de constitucionalidad, es tanto como arrear contra los del procesado que también son protegidos por estos.

El panorama sería aterrador, ya no estaría el procesado, enfrentándose a la carga probatoria de la Fiscalía General de la Nación, la víctima, el defensor de la víctima, dado que la carga de introducir las de la víctima radica en la misma Fiscalía; y el Ministerio Público sino que ahora también a la del Juez de Conocimiento, es decir cinco (05) contra uno (01), lo que implicaría un retroceso en la Justicia Colombiana, de ahí que se entienda porque el legislador estableció la prohibición de la intromisión del Juez en el proceso a través de las pruebas de oficio.

Entonces el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales; y la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); son predicables tanto del acusado como de la víctima, y no se puede romper este esquema por el Juez bajo ninguna excusa.

Recuérdese además que las víctimas en caso que el delegado de la Fiscalía General de la Nación falle no quedan del todo desprotegidas, ello porque al Ministerio Público se le confirió atribuciones muy importantes en este modelo de enjuiciamiento al punto que puede pedir alguna prueba que se omita por las partes, así como efectuar preguntas complementarias para un mejor entendimiento del caso, tema sobre el cual me referiré más adelante; aunado a que la reparación pecuniaria puede intentarse por la jurisdicción ordinaria civil, independiente de las resultas del proceso penal.

#### **4.1 EN LAS AUDIENCIAS DE CONTROL DE GARANTÍAS.**

A pesar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del radicado 24.468 que hemos venido citando, señaló: “*Para garantizar el cumplimiento del principio de imparcialidad, previsto en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, ningún precepto de ese Código confiere a los jueces iniciativa en materia probatoria, en el sentido de decretar oficiosamente la práctica de los medios de conocimiento que estimen convenientes. Y esta exclusión aplica a los jueces de control de garantías y a los jueces de conocimiento.*”; es evidente que por la inmadurez del sistema mismo dada la fecha en que se profirió la providencia (30-03-06), no se advertía aún que las audiencias ante los Jueces de Control de Garantías no pueden ser entendidas como las del juicio oral pese a ser igualmente orales y exigir en ellas la aplicación de los mismos principios que rigen la etapa de conocimiento.

Dada la función constitucional que ejecutan los Jueces de Control de Garantías, y que sus actuaciones y decisiones tienen que ver con la vigilancia del irrestricto cumplimiento a los contenidos constitucionales, se ha permitido que estos funcionarios tengan libertades probatorias oficiosas, y se estableció en la Sentencia C-396-07 que la prohibición del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal sólo se aplica a las audiencias preparatoria y de juicio oral, no a las preliminares donde los Jueces dedican su actividad central en la

preservación de la eficacia de los derechos y libertades individuales; al respecto expuso:

*“A juicio de esta Sala, la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial.”*

Así mismo determinó que lo que se busca con prohibir el decreto de pruebas de oficio es evitar que en la fase de contradicción de las pruebas el Juez con su intervención no afecte el principio de igualdad de armas, cosa que no podría hacer el Juez de garantías que sólo buscar hacer prevalecer derechos y libertades en las audiencias preliminares. Del mismo modo refiere que:

*“En efecto, en varias oportunidades esta Corporación ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el “garante de los derechos constitucionales y ... supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”<sup>18</sup>. De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto, puede decretar pruebas de oficio cuando considere estrictamente indispensable para desarrollar su labor. De hecho, no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para averiguar la veracidad de lo*

---

<sup>18</sup> Sentencia C-210 de 2007. En el mismo sentido, sentencias C-591 de 2005 y C-873 de 2003, entre otras.

*ocurrido o para preparar la acusación o la absolución del indiciado, se trata de permitirle al juez instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal.”*

Huelga entonces concluir que a los Jueces de Control del Garantías Constitucionales no se le puede imponer las restricciones del artículo 361 del C.P.P., como si a los de Conocimiento.

## 5. INTERROGATORIOS COMPLEMENTARIOS POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO

*“ARTÍCULO 397. INTERROGATORIO POR EL JUEZ. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o conainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.”<sup>19</sup>*

Como se desprende de la norma arriba transcrita, sólo excepcionalmente, el Juez podrá intervenir en el interrogatorio o conainterrogatorio que formulen las partes, cuando ello se torna necesario para que el testigo responda la pregunta formulada o que lo haga de una forma más clara, precisa y de fácil comprensión.

Así mismo señala la referida disposición que una vez se den por terminados los interrogatorios y conainterrogatorios que formulen las partes, tanto el Ministerio Público como el Juez podrán hacer preguntas complementarias para un mejor entendimiento del caso, sin embargo esta facultad excepcional y claramente definida viene siendo desbordada y desconfigurada por los jueces en el juicio oral, afectando con ello el principio de imparcialidad que debe cobijar su actividad judicial.

Cuando en el juicio oral el Juez interviene en los interrogatorios más allá de pretender que testigo responda una pregunta o lo haga de forma más clara, o cuando terminados estos interviene para hacer preguntas más allá de ser complementarias sino nuevas, encaminadas a despejar sus propias dudas, afecta su imparcialidad y de paso la igualdad de las partes, por ende el debido proceso.

---

<sup>19</sup> Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Este tipo de actividad del Juez se ha convertido sigilosa y disimuladamente en una actuación de oficio, disfrazada bajo el *nomen iuris* de preguntas complementarias.

La actividad del Juez de la causa debe estar perfilada en la imparcialidad y no en la adopción del rol de parte, sobre este tópico se ha dicho:

*“Frente a lo planteado por la recurrente, es necesario precisar que uno es el rol del juez en un sistema inquisitivo y otro muy distinto en el sistema adversarial propio de un proceso de corte acusatorio, con las particularidades que posee el nuestro.*

*En el sistema inquisitivo, el juez tiene la obligación de descubrir la verdad mediante la directa intervención en la producción de la prueba; por esta razón se encuentra investido de amplias facultades para una actividad probatoria oficiosa, frente a la cual el impulso probatorio de las partes resulta marginal.*

*Por el contrario, en un sistema de corte acusatorio, el carácter adversarial hace que la obtención de la verdad se materialice en un contexto dialéctico, en el cual las dos partes enfrentadas ofrecen a un tercero imparcial e “imparcial”, las pruebas que sustentan su teoría, y ese tercero llega a una conclusión, absolutoria o condenatoria.*

*Por este mismo carácter dialéctico de la búsqueda de la verdad, el juez como tercero que ha de elaborar la síntesis que se recoge en la sentencia, debe observar distancia y ecuanimidad con relación a cada una de las partes enfrentadas.”<sup>20</sup>*

Así el rol del Juez en el nuevo sistema penal acusatorio que introdujo la Ley 906 de 2004 le impone tener un especial cuidado de no ejecutar una actividad probatoria de oficio bajo el disfraz de preguntas complementarias, pues de no ser

---

<sup>20</sup> Radicado 32.868 del 10-03-19, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, Sala Penal Corte Suprema de Justicia

así restaría credibilidad y confianza en la sentencia que profiera, además de quedar el juicio viciado de nulidad como ha ocurrido en algunas oportunidades. La Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada dentro del radicado 32.868 explicó que la posibilidad que tiene el Juez de intervenir en la dirección de los interrogatorios es excepcional y va encaminada es a lograr que el testigo conteste una pregunta o lo haga de una forma más clara, jamás iniciar un interrogatorio directo y mucho menos elevar preguntas que no se relacionen con las que solicitó la parte que pidió el testimonio. En este sentido la Corte señaló:

*“En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.*

*“La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, ...”<sup>21</sup>*

Si bien nuestro actual modelo de enjuiciamiento resulta ser de un diseño bastante exótico, por ser una mezcla que no le permite emerger como un acusatorio puro,

---

<sup>21</sup> Sentencia 29.415

ello no es óbice para exigir que el rol del Juez sea de cara al cumplimiento de los contenidos constitucionales y no permitir que se rompa el equilibrio de las partes en el proceso, con el uso de una actividad probatoria oficiosa encubierta como a menudo viene sucediendo por las malas prácticas judiciales de las que se viene doliendo defensores y fiscales a lo largo y ancho del territorio nacional.

Véase como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana por esta mala y reiterada practica de los jueces decidió declara la nulidad de un Juicio oral llevado a cabo en un Juzgado Penal del Circuito de Bello (Antioquia), al constatar una irregularidad que socava las bases sustanciales del debido proceso inherentes a la sistemática implementada a través de la Ley 906 de 2004, al haberse excedido en el interrogatorio de unos testigos bajo la excusa de querer complementar o entender mejor el caso:

*“Resulta también trascendente para la desfiguración del carácter adversarial inherente al sistema acusatorio implementado con la Ley 906 de 2004, y redundante en el desconocimiento del principio del juez imparcial, el hecho de que una vez las partes concluyeron los respectivos interrogatorio y contrainterrogatorio, en todos los casos, el juez sometió a los testigos a un nuevo y extenso cuestionario, con preguntas que lejos están de dirigirse a complementar o facilitar el cabal entendimiento del asunto, sino mas bien orientadas a concretar la predisposición psicológica que el funcionario de primer grado se formó por los continuos enfrentamientos con el defensor debido a su forma de interrogar.”<sup>22</sup>*

Y es que esta mala práctica judicial de los Jueces de enmascarar una actividad probatoria de oficio y por ende imparcial no sólo viene haciendo carrera en el territorio patrio sino también en países que han implementado un sistema penal del corte acusatorio como Chile. A continuación traeré a colación una sentencia

---

<sup>22</sup> Rad.29.415 del 04-02-09, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, Sala Penal Corte Suprema de Justicia.



proferida por la Corte Suprema de Justicia Chilena en la que decretó la nulidad de un juicio oral porque estimó que el interrogatorio complementario efectuado por uno de los jueces colegiados (3) pasó de lo aclaratorio a un nuevo cúmulo de preguntas que de tener que hacerse correspondería a la Fiscalía, generando con ello una afectación a la imparcialidad del Juez y por ende atentatorio del debido proceso como garantía constitucional.

“Santiago, 1 de septiembre de 2009.-

**VISTOS:**

Por resolución de tres de junio del presente año, extendida en la causa RUC N° 0710026300-3, RIT N° 33-2009, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, integrado por los jueces titulares señor Gonzalo Bustos García, que lo presidió, así como por doña María Paz González González y don Oscar Ruiz Paredes, este último encargado de su redacción, se castigó a José Felizmer Rivas González, cédula de identidad N° 8.618.249-1, de cuarenta y nueve años de edad, casado, operador de maquinaria, domiciliado en Sector Confluencia s/n de Quinchamalí, a sufrir ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes y las que se especifican con arreglo al artículo 372 del Código Penal, así como a enterar las costas del pleito, por su responsabilidad de autor del delito consumado de violación de la menor Evelyn G.R.T., perpetrado en fecha indeterminada en el período comprendido entre noviembre de dos mil seis a diciembre de dos mil siete, en el sector Confluencia, localidad de Quinchamalí, comuna de Chillán.

En contra de este laudo, la abogada de la Defensoría Penal Pública, doña Gilda Martínez Alfaro, en representación del convicto Rivas González, dedujo de fojas 18 a 30, recurso de nulidad asilado en los artículos 373, letra a), y 374, letra e), del Código Procesal Penal, que interpone de manera subsidiaria.

Declarado admisible el arbitrio a fojas 39, se fijó día para la audiencia, la que tuvo lugar el doce de agosto recién pasado, una vez rendida la prueba ofrecida en el otrosí de fojas 18 a 30 y oídos los intervinientes, se levantó el acta que rola a fojas 43, y quedaron los autos para fallo.

**CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que por el recurso entablado se han invocado en forma subsidiaria las causales de las letras a) del artículo 373 y e) del artículo 374 del Código Procesal Penal. Aquella -como principal-, referida al caso en que en cualquier fase del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren conculcado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile en vigencia; en tanto que por la otra – como subsidiaria-, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos del artículo 342, letra c), esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que

fundamentaren dichas reflexiones de acuerdo con el artículo 297, referido a la valoración de los medios de prueba en que descansen sus conclusiones.

SEGUNDO: Que por lo que toca a la motivación principal del libelo en análisis, se denuncia la vulneración del debido proceso, constitucionalmente protegido en el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, y singularmente uno de sus requisitos mínimos, consistente en el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, el que fue desconocido durante el desarrollo del juicio oral e influyó en lo resuelto, con quebrantamiento de los artículos 1°, 4°, inciso segundo del 5° y 19, N° 3°, incisos 4° y 5°, de la Carta Magna, 1° del Código Procesal Penal, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

TERCERO: Que, en lo que concierne a la forma en que se produjo semejante inobservancia, se censura desde luego la interrogación efectuada a la víctima del ilícito, porque la magistrada Sra. González realizó una serie de preguntas sugestivas y de manera reiterada, citando en su recurso dos de ellas: “a)...y dijiste que cosa respecto de él (el papá)...que te había hecho qué?, a lo que la menor responde que la había violado; y b) ...o sea, tu dijiste que tú papá te había forzado a tener relaciones sexuales con él?., a lo que la víctima responde que si.”). Más adelante, idéntico reparo se dirige contra la misma actividad realizada por la ya mencionada jurisdicente, en relación a la perito sicóloga Mariela Arriagada Brito, y resalta tres preguntas, que fueron: 1.-“ ¿Cuándo se entrevistó con Ud., esta niña ya se había retractado de su denuncia, luego me imagino yo que la entrevista siguió en ese pié, de decir...de exculpar a quien había culpado en un primer momento, si o no?, a lo que la perito contesta que si”. 2.-“ ...y si bien le entendí, la retractación es parte de un proceso de quienes sufren estas experiencias de violentación sexual? A lo que la perito respondió afirmativamente.”; y 3.-“...entonces el resultado de los test, más los antecedentes, tanto de la carpeta de investigación como la del centro en que Ud. Trabaja, la llevan a concluir que es muy probable que los hechos denunciados sean ciertos? Esa es su conclusión? La perito contesta que esa es su conclusión.”

CUARTO: Que lo expuesto implicó en concepto de la recurrente que la referida juez manifestara su dictamen sobre cuestión pendiente, lo que provocó una falta a su deber de neutralidad; y peor aún, tuvo consecuencias en el veredicto inculpatario final, prueba de ello es que se indicó expresamente en el motivo 10°, letra i), que precisamente de la pericia efectuada por la sicóloga, se llegó a la conclusión que existe una alta probabilidad sobre la existencia de los ilícitos sexuales vivenciados por la informada.

En seguida y siempre en lo atinente a la misma causal principal esgrimida, como nueva manifestación de la contravención al debido proceso y en especial el derecho a ser juzgado por un tribunal ecuánime, destaca los tiempos de interrogación utilizados por la juez, los que superaron con largueza los manejados por los intervinientes, e implica que no se trató de preguntas aclaratorias sino que constituyeron nuevos interrogatorios, no autorizados por la ley.

QUINTO: Que se reprocha haber violentado el derecho del enjuiciado a ser juzgado por un tribunal imparcial, lo que se colige del actuar de la sentenciadora durante el proceso, y de la propia decisión que se fundamentó en virtud de la información obtenida de la perito a través de las preguntas efectuadas, por lo que pide anular la sentencia y el juicio oral, ordenando retrotraer la causa al estadio procesal respectiva, a fin que el tribunal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral fijando día y hora al efecto.

SEXTO: Que en lo que atañe a la letra e) del artículo 374, en consonancia con el 342, letra c), y vinculados a su vez con el artículo 297, todos del Código Procesal Penal, al omitirse por el edicto recurrido una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al imputado, así como de la valoración de los medios de prueba que soportan dichas conclusiones.

SÉPTIMO: Que la crítica se construye a partir de cuatro aspectos; uno, consistente en la defectuosa fundamentación respecto de la fecha de ocurrencia de los hechos establecidos, lo que queda graficado en el motivo 19° de la resolución impugnada, en donde se sostiene que el hecho habría acontecido en: “fecha indeterminada en el período comprendido entre noviembre de 2006 y diciembre de 2007”, aseveración que carece de asidero probatorio y subraya los dichos de los médicos Cox y Pinto, quienes examinaron a la víctima el once de diciembre de dos mil siete, y el cinco de marzo de dos mil ocho, respectivamente, y precisan que presentaba señales de haber tenido relaciones sexuales no recientes, sin especificar datas precisas.

También se plantea la deficiente fundamentación acerca de la participación del encausado, que se refleja en el motivo 10° del veredicto condenatorio, en el cual se explica que la ofendida sindicó a tres autores diferentes, pero el edicto no pormenorizó la prueba en que se asienta el cargo, limitándose a efectuar un desglose genérico. A continuación, se detalla el contradictorio relato de la ofendida, del cual se concluye que proporcionó tres versiones distintas pues denuncia a su padre, pero después, a un pololo llamado Juan, y finalmente, a su tío Leonel, lo que le resta total validez a su testimonio e introduce una duda razonable sobre la real participación del encartado en los hechos averiguados.

OCTAVO: Que, como postrer asunto anexo con la motivación subsidiaria, se alega la falta de fundamentación clara, lógica y completa de todos los hechos, prejuicios que no pueden ser sostén y una tacha de oficio, lo que se produce en el motivo 15°, al decir que: “...los dichos de los testigos carecen de la necesaria imparcialidad por tratarse de una hija, la cónyuge y la cuñada del acusado, respectivamente, por lo que es dable suponer que quieran favorecerlo.” Lo anterior significó –en opinión de la compareciente-, valorar la prueba de acuerdo a la reglas del Código de Procedimiento Penal, volviendo al sistema de tachas, en circunstancias que el artículo 309 del Código Procesal Penal eliminó los testigos inhábiles, por lo que la actuación delatada no precisa cuáles fueron las razones en cuya virtud se les restó total validez a esos atestados.

Para terminar se consigna que el nuevo sistema ordena la libertad probatoria y de valoración, con las tres limitantes del artículo 297 del Código Procesal Penal, cita al efecto los artículos 1°, 4°, 5° y 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Magna, y distingue el contenido del artículo 36 del texto adjetivo, respecto de la obligación de fundamentar las resoluciones, y el 340, inciso segundo, relativo a que la convicción debe apoyarse en la prueba producida en el transcurso del litigio, procediendo luego a efectuarse un análisis de toda la prueba y su valoración crítica, pero en ningún caso construirla a partir del mero arbitrio o voluntad de quien la forma.

Se impetra en definitiva, anular la sentencia y el juicio oral, solicita que se acoja su recurso, ordenándose retrotraer la litis a la etapa procesal que en derecho corresponda, para que un tribunal no inhabilitado disponga la realización de un nuevo juicio oral, fijando día y hora al efecto.

NOVENO: Que, como cuestión previa principal, es útil dejar en claro que tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este máximo tribunal en los ingresos N°. 4954-08 y el N°. 1414-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.

En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa

DÉCIMO: Que de lo razonado queda de relieve la restricción de cualquier iniciativa consistente en incorporar pruebas de cargo o descargo de forma oficiosa por el tribunal, que no debe confundirse con la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal expresamente habilita a los jueces del tribunal oral, atinente a que sus miembros puedan formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos, toda vez que el supuesto de la norma es que la prueba testimonial o pericial respectiva, ya fue presentada por uno de los intervinientes en la controversia, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde, y por otro lado sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de ejecutado el examen y contra examen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla -como ya se ha tenido oportunidad de advertir, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre como coto, que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellas.

UNDÉCIMO: Que, en la situación sub lite, esta Corte, luego de escuchar atentamente la prueba de audio ofrecida por la oponente y oída la intervención de la juez Sra. María Paz González González, integrante del Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, algunos de cuyos trozos se reprodujeron en el recurso mismo, es dable concluir de forma manifiesta que consistió -al menos respecto de la víctima y la perito Mariela Arriagada Brito- en un nuevo interrogatorio, asemejándose al examen que la ley sólo franquea al Ministerio Público, al querellante particular o a la Defensoría Penal en su caso, apreciándose de su desarrollo una serie de interrogantes que comienza a

formular la magistrada a la menor afectada, inquiriendo las razones que habrían generado la intervención de su profesora, luego por sus estados de ánimo, para a continuación solicitar detalles acerca de sus responsabilidades familiares asumidas en su entorno así como sobre sus integrantes.

Posteriormente procede, a partir de diversas aseveraciones, a obtener sólo confirmaciones respecto de presupuestos que son elaborados exclusivamente por la propia juez. Peor aún, llega incluso a preguntar derechamente a la muchacha el motivo por el cual le imputó a su propio padre la autoría del hecho pesquisado, para seguir preguntando por el significado para ella del concepto violación, rematando su respuesta con un “muy bien”.

En otros pasajes la advierte acerca de la trascendencia en cuanto a la dignidad y libertad de terceros, sobre lo cual declara y que no se persigue tan solo reparar su pena; en otras responde por la testigo a modo de afirmaciones que la menor no entrega, formulándolas en su lugar, haciendo caso omiso de la objeción promovida que ni siquiera resolvió como en derecho correspondía, prosiguiendo con el interrogatorio.

En orden a un tal “Juan”, le pregunta derechamente y añade, tras inquirir si tuvo con él relaciones sexuales, antes de la contestación, lo que sigue: “... aquí no corre la vergüenza Evelyn tienes que hablar no más...”; a continuación le solicita las fechas de la denuncia, incluso agrega diversas expresiones tales como: “...volvamos, tenemos claro que tu papá te había violado, ¿no es verdad?...”, ¿cómo se te ocurrió echarle la culpa a tu papá si tú tenías tanta gente a la cual echarle la culpa?, etc.

En lo que pertenece a la perito Arriagada, se repiten los vicios ya detectados con la afectada, puesto que se aprecian numerosos asertos inculpatorios o diversos presupuestos que desarrolla autónomamente la juez Sra. González, que después son presentadas a la testigo para obtener de ella sólo afirmaciones o negaciones. En un momento la testigo le señala expresamente a la jurisdicente que con la nueva información que le entrega, tocante al traslado de la víctima a la casa de su madre en condiciones precarias, aspecto que es utilizado por la profesional para reafirmar conclusiones anteriores en el sentido que la niña no tendría ganancias secundarias; y por último, la propia magistrada concluye, expresando que de los resultados de los tests, los antecedentes de la carpeta investigativa como la del Centro en que labora la psicóloga la llevan a deducir que es muy probable que los hechos denunciados sean ciertos, a lo que la testigo responde afirmativamente, y que es recogido en los basamentos octavo, letra d) y décimo, letra i), como fundamentos de la condena.

De lo constatado, aparece de manifiesto que la intervención reseñada no se ajustó a los supuestos del artículo 329 del Código Procesal Penal, pues no fueron dirigidas a aclarar aspectos puntuales entregados por la ofendida y la perito psicóloga Arriagada Brito, en orden a la efectividad de la agresión sexual y la eventual participación del inculpado, por lo que puede sostenerse que eso significó en los hechos la producción de prueba por parte del tribunal, dado que, como ya se dijo, ella no fue introducida por los contendientes, y la actividad desplegada por la jueza cuestionada no se ciñó precisamente a aclarar, que según el Diccionario de la Lengua Española significa “Disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”, ni procedió a hacer perceptible, manifiesto, inteligible, aquellos temas ya indicados, sino que se propuso derechamente obtenerlos por sí misma, para así apoyar su decisión condenatoria, aspectos que sin duda van más allá de la claridad del examen y contraexamen de las deponentes ya individualizadas, conclusión que permite que el presente reclamo pueda prosperar.

DUODÉCIMO: Que, en abono de las formulaciones que se vienen develando, cabe precisar que la objeción de la defensa del único imputado es real, porque el tipo de interrogaciones practicadas se alejan totalmente de los términos que contiene y faculta el artículo 329 del Código Procesal Penal, incidencia que, además, aparece zanjada incorrectamente por la señora juez oral, ya que de acuerdo al artículo 291 del estatuto recién citado, todos los fallos que se emiten en el juicio oral deben ser dictados y fundamentados verbalmente por el mismo tribunal, y no sólo –como ocurrió en la especie-, por una de sus integrantes, lo que no fue debidamente corregido por el Juez Presidente, a quien en uso del artículo 292 del mismo cuerpo legal, le compete dirigir el debate, ordenando la rendición de las pruebas, exigiendo el cumplimiento de las formalidades que correspondan y moderar la discusión.

DÉCIMO TERCERO: Que esta Corte -en cuanto a la garantía constitucional del debido proceso-, como ya se anticipó, condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, desde luego a la existencia de un órgano dotado de la prerrogativa de conocer y juzgar una causa civil o criminal, en los términos del artículo 73 de la Carta Magna y, en seguida, a que el pronunciamiento sea corolario de un proceso previo, que en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una fase indagatoria que no se aparte de las normas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente en las audiencias realizadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que las dudas del tribunal oral deben ser satisfechas por las partes, en este proceso, fiscal y/o querellante en su caso, y defensor. Ellos deben poner en conocimiento de los jueces todos sus argumentos y plantear los hechos de forma acabada y suficiente para que queden bien informados sobre aquello que ha sido sometido a su conocimiento, de suerte que de subsistir cualquier dificultad o de haberse verificado alguna inexactitud, el tribunal pregunta a los mismos comparecientes en la audiencia, sobre lo que le ha resultado oscuro o desconocido.

Esta fórmula de llevar adelante la audiencia, es una manifestación del principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal y que constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria.

Es este último, también, el motivo por el cual se ha asegurado a los intervinientes el derecho a ejercer sus facultades con tiempo y con los medios adecuados. El Ministerio Público dispone de un plazo para investigar y para reunir todos los elementos necesarios para comprobar el hecho ilícito, así como la participación del delincuente e incluso, para determinar la existencia de circunstancias especiales que puedan atenuar, modificar o eximir su responsabilidad. A su turno, la defensa tiene garantizado el tiempo y los medios, como el Ministerio Público e igualmente, el derecho para acceder a todos los medios de prueba reunidos durante la indagación, con el preciso objeto de controvertirlos, refutarlos, o simplemente explicarlos. Esta defensa que ha sido circunscrita en este procedimiento a los abogados habilitados, para garantizar su experiencia, debe ser eficaz y técnica, razones todas por las cuales no se ve cuál podría ser la necesidad de dotar al tribunal, además, de atribuciones probatorias o “para mejor acierto” de lo que se somete a su conocimiento.

En este entendido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, en el que no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido que son las preguntas aclaratorias, sino que lo que hace en realidad es suplir eventuales insuficiencias en la información lograda transmitir por el persecutor y/o de la defensa, de suerte que se entromete en el debido desarrollo del proceso,

transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad, y en algunos pasajes derechamente manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente, lo que no puede ser tolerado.

DÉCIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, conviene recalcar que a partir del principio de “igualdad de posiciones” en el juicio, que integra la noción de “racional y justo procedimiento”, la actuación de la Juez Oral Sra. González González, implicó un favorecimiento indebido a la pretensión del Ministerio Público en el litigio, interviniente sobre quien recae la carga de procurarse sus elementos de prueba y presentarse con ellos a la audiencia respectiva, para que luego, producto de su examen, habiliten al tribunal adquirir, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible materia de la acusación y que en él hubiere correspondido al encausado una participación culpable y penada por la ley.

DÉCIMO SEXTO: Que la igualdad de las partes es una garantía que debe proyectarse al interior del proceso penal, traduciéndose en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, por lo que estamos ante una infracción de esta naturaleza cuando se sitúa a las partes a una situación de desigualdad o se impida la aplicación efectiva del principio de contradicción. Este relevante rol incumbe al tribunal oral, quien deberá velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el enjuiciado y la parte acusadora, representada por el fiscal y/o querellante particular, durante el desarrollo del juicio oral.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, por consiguiente, el persecutor penal es el exclusivo motor del proceso criminal en vigencia, de manera que resulta agravante para la igualdad de posiciones de los litigantes que el tribunal concurra a suplir o corregir deficiencias en esa actividad, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, como la incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien soporta ese peso; y emerge una especie de “subsidio procesal” brindado por la juez en beneficio de las posiciones del Ministerio Público, conducta que resulta totalmente fuera de lugar en el contexto de estos procedimientos.

DÉCIMO OCTAVO: Que en este escenario el hechor fue puesto en una posición desfavorable o desventajosa, afectando el debido proceso, ya que por la irregular actuación de la Juez Oral se vio privado de la posibilidad de obtener en el ejercicio de sus derechos como interviniente -que debe estar en absoluta igualdad de posiciones frente a su oponente y por otro lado el tribunal asumir una postura de total ecuanimidad-, una decisión jurisdiccional favorable, y experimentó así, el perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal, con quebranto de las normas relativas a la garantía ya aludida consagrada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Constitución Política de la República, entonces resulta forzoso concluir que el edicto recaído en el procedimiento irregular en análisis es nulo.

DÉCIMO NOVENO: Que, como se ha analizado hasta aquí, fluye la certeza que el Tribunal Oral de Chillán, al permitir el interrogatorio de la magistrada Sra. González González, cometió una violación de las garantías constitucionales que aseguran al agente el derecho a defensa y su debido proceso, y de paso contaminó al resto del tribunal, tiñendo sus conclusiones para ajustarlas a una decisión de condena obtenida por uno de sus integrantes, sin que pueda determinarse que prueba fue de las partes y cuál fue la obtenida por el tribunal, la que en definitiva consiguió destruir la

presunción de inocencia, ambigüedad que configura la causal propuesta en forma principal por el articulista de autos.

VIGÉSIMO: Que si bien el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, exige que el atropello de derechos o garantías sea sustancial, no debe olvidarse que el establecimiento del debido proceso en la Constitución Política de la República, encuentra su correlato en el artículo 160 del Código Procesal Penal, cuando presume de derecho la existencia del perjuicio, si la anomalía ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Carta Magna, o en las demás leyes de la República.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que el respeto a los derechos fundamentales y a la legitimidad del procedimiento, vértebra del proceso entero, tal como lo pone de manifiesto la propia existencia del recurso de nulidad y la extensión de sus causales. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el vicio revelado por la compareciente, aparece pues revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal, sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código procedimental criminal, que sólo es reparable por la declaración de nulidad del juicio oral y del laudo objetado, debido a que por esta única vía podrá producirse legalmente la realización de un juicio oral respetando el debido proceso, que confiera garantías a los contendientes y es menester retrotraer la causa a la etapa de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral ante tribunal no inhabilitado que corresponda.

En virtud de lo razonado precedentemente, el tribunal no se pronunciará sobre los otros hechos constitutivos de la causal formulada, como tampoco, de la motivación de nulidad subsidiariamente instaurada, por ser innecesario.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 5º, inciso segundo, y 19, N° 3º, de la Constitución Política de la República y 159, 160, 359, 372, 373, letra a), 384 y 385 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad formalizado por la Defensora Penal Gilda Martínez Alfaro, en lo principal del libelo de fojas 18 a 30, en representación del procesado José Felizmer Rivas González, en contra de la sentencia de tres de junio de dos mil nueve, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, la que aparece transcrita de fojas 1 a 17 del cuaderno respectivo, y se declara que se anula dicho fallo y el juicio oral de que es objeto bajo el RUC N° 0710026300-3, RIT N° 33-2009, debiendo la causa retrotraerse al estado de celebrarse una nueva audiencia, ante el tribunal oral en lo penal competente y no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.  
Redacción del Ministro señor Rodríguez.  
Rol N° 4164-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Secretaria Suplente de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.



En Santiago, a uno de septiembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.”

## 6. CONCLUSIONES

El respeto del debido proceso es sumamente importante, debido a que este principio es un verdadero garante de los derechos fundamentales y constitucionales así como de los bienes jurídicos.

De otra parte, pese a que el sistema penal acusatorio introducido al país a partir de la Ley 906 de 2004 no es puro, el rol del juez debe mantenerse de cara al cumplimiento de caros principios constitucionales como la igualdad, el debido proceso y la imparcialidad, aplicable tanto a las víctimas como al acusado, no inmiscuyéndose en la actividad probatoria que le compete a las partes.

Se hace necesario introducir una reforma al Código de Procedimiento Penal Colombiano dirigida a regular la actividad probatoria de oficio del Juez, de cara a que se ajuste a los contenidos constitucionales y garantice de verdad la imparcialidad y por lo tanto la justicia.

Así mismo se requiere legislar en materia procesal, en el sentido de procurar encontrar una solución al problema de cara a la obtención de la verdad y la justicia, cuando las partes han dejado de hacer su trabajo y no aportan pruebas realmente relevantes al proceso, dado a que al juez como garante del debido proceso, constituido entre otras por la imparcialidad, no se le puede imponer esa carga.

## BIBLIOGRAFIA

ALVARADO VELLOSO, A., La prueba judicial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Volumen 2. Puerto Rico, Tercer Mundo Limitada, Ediciones, 1991

CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho probatorio y pruebas penales. Bogotá: Legis, 2008.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Madrid, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2.000.

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BEDOLLA SIERRA, Luis Fernando. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano. Bogota: Fiscalía General de la Nación, 2008.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-260-11.htm>. Consultada el 04 de mayo de 2014.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-144-10.htm>. Consultada el 04 de mayo de 2014.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-396-07.htm>. Consultada el 04 de mayo de 2014

<http://www.senado.gov.co/el-senado/normatividad/constitucion-politica>. Consultada el 04 de mayo de 2014.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html). Consultada el 05 de mayo de 2014.