

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL EN COLOMBIA

JANETH ALICIA CASANOVA ESCOBAR
CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL AREVALO
JULIÁN TRUJILLO LEMOS
EDGAR ANTONIO VILLAMARIN SOLARTE

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE
POSGRADO VIRTUAL DERECHO PROBATORIO PENAL
SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN II
TÚQUERRES - NARIÑO
2014

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL EN COLOMBIA

JANETH ALICIA CASANOVA ESCOBAR
CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL AREVALO
JULIÁN TRUJILLO LEMOS
EDGAR ANTONIO VILLAMARIN SOLARTE

Presentado a:
Dr. CARLOS ALBERTO MOJICA ARIAQUE

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE
POSGRADO VIRTUAL DERECHO PROBATORIO PENAL
SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN II
TÚQUERRES - NARIÑO
2014

NOTA DE ACEPTACIÓN

FIRMA DEL PRESIDENTE DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

Túquerres, Febrero de 2014

RESUMEN

COMO AFECTA AL MODELO DE ENJUICIAMIENTO PENAL ACUSATORIO REGULADO POR LA LEY 906 DE 2004 EN COLOMBIA, Y A LA BUSQUEDA DE LA VERDAD, LA POSIBILIDAD RESTRINGIDA DE LOS JUECES PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO.

La prueba de oficio está proscrita de acuerdo al art. 361 de la ley 906 de 2004, especialmente en la etapa del juicio, ello puede constituir un avance en el desarrollo de la filosofía del sistema penal con tendencia acusatorio, como quiera que el sistema es adversarial, y si el juez interviene decretando pruebas, implicaría un desequilibrio de las partes, por ello se puede afirmar que la permisión en la etapa preliminar es un retroceso, en tanto en otros países, y muchos doctrinantes consideran, que este poder-límite, debe circunscribirse a la filosofía del sistema acusatorio.

CONTENIDO

	Pág
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	7
1 PROBLEMA	11
2. OBJETIVOS	12
2.1 OBJETIVO GENERAL	12
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	12
3. REFORMA DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO.	13
3.1 CONTENIDO DOGMÁTICO DE LA LEY 906 DE 2004- ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002.	14
3.2 EL MARCO CONCEPTUAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.	14
3.3 “MARCO CONCEPTUAL ESPECIAL EN EL NUEVO CODIGO.	21
3.4 LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO.	25
4. PRINCIPIOS ESPECIFICAMENTE PROBATORIOS DEL C.P.P.LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY 906 DE 2004.	26
4.1 LIBERTAD DE PRUEBA	26
4.2 LA CARGA DE LA PRUEBA	27
4.3 IMPARCIALIDAD	27
4.4 INMEDIACIÓN Y DIRECCIÓN DEL JUEZ EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA	27
4.5 CONTRADICCIÓN	29

4.6 EQUILIBRIO DE CARGAS ENTRE LAS PARTES. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS ANTE LA LEY PENAL	29
5. EL JUEZ DIRECTOR DEL PROCESO- LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY 906 DE 2004.	30
5.1 LA PRUEBA DE OFICIO EN CONTROL DE GARANTIAS- ART. 361 DEL C.P.P.	66
5.2 LA PRUEBA DE OFICIO EN LA ETAPA DE JUCIO EN COLOMBIA- LEY 906 DE 2004.	69
5.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.	70
5.4 LA PRUEBA DE OFICIO EN EL DERECHO COMPARADO:	72
5.5 LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY 600 DE 2004.	76
6. LA BUSQUEDA DE LA VERDAD.	79
7. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES.	83
7.1 EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE CONDUCTAS PUNIBLES, FORTALECE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD.	89
8. CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	102

INTRODUCCIÓN

Muchos doctrinantes del derecho penal, refieren que la prueba cumple una función social, humana, individual y jurídica, ésta última, para que sea posible conocer cómo sucedieron los hechos y aplicar la norma, en ese sentido, la prueba viene acompañada de un segundo componente valorativo que realiza específicamente el Juez al momento de fallar o decidir un asunto en controversia, en este tópico la verdad procesal no es ajena al tema probatorio, ya que el mismo toma importancia antes de que se ponga en movimiento el aparato estatal de la justicia, razón por la cual el Estado, a través del ente acusador, a quien se ha confiado la titularidad de la acción penal, se le exige el manejo de una carga procesal y probatoria consistente en acreditar que el supuesto fáctico, se subsume en la norma que se pretende aplicar, y a la defensa en igualdad de cargas, que pruebe lo contrario.

En el presente trabajo abordaremos el tema de la verdad procesal a la que se llega, previa valoración de la prueba partiendo de un marco jurídico-doctrinal, para ahondar en un análisis del rol del Juez en el sistema, la posibilidad y restricciones frente al decreto pruebas de oficio, para concluir que el decreto de pruebas de oficio en la etapa del Juicio, no es posible para no afectar el balance de cargas entre los sujetos procesales, en tanto que el sistema es eminentemente adversarial, empero cuando la defensa asume una actitud pasiva como estrategia, y se presentan falencias en la investigación por parte de Fiscalía, se sacrifica la verdad, que es el objetivo fundamental del proceso penal con tendencia acusatoria, con las características propias que se han pretendido introducir en Colombia.

De acuerdo con el problema planteado, la investigación se adecuó a los propósitos de la investigación de tipo no experimental, descriptiva y correlacional en función a los objetivos definidos, empelando una serie de instrumentos y técnicas de

investigación, así definimos en primer lugar el problema, dando un título sugerente al mismo, elaborando una bibliografía y un marco teórico. Después de ello nos centramos en estudiar el contenido normativo respecto del tema, así como el desarrollo jurisprudencial y las posiciones doctrinarias respecto de la prueba de oficio en la Ley 906 de 2004, y las implicaciones que tiene la restricción de practicarla en la etapa de juicio, de cara a la verdad que buscamos en el proceso penal, Fue menester para ello entrar a analizar los conceptos sobre verdad procesal, formal real y principio. De igual manera analizamos el tema en punto al derecho comparado; siendo que nuestra investigación en básica, nos entronizamos en lo que del tema se establece en las leyes, principios y teorías al respecto.

Los instrumentos de recolección de información a fin de tener un conocimiento más amplia de la realidad problemática, dada la naturaleza de nuestro estudio, se circunscribieron a la recopilación documental, fueron de mucha utilidad las fichas bibliográficas.

Igual devino necesario analizar las experiencias de cada uno de los Despachos en que los integrantes del grupo trabajamos, ello es en un Juzgado Penal Municipal, uno del Circuito y la Fiscalía Seccional del Municipio de Túquerres.

Analizando la información llegamos a establecer la posición crítica que tenemos frente al tema de la verdad procesal, y a de las facultades que tienen los jueces de decretar pruebas de oficio en el procedimiento penal. Una vez la discutimos, nos aventuramos a adherirnos a la posición de que se debe abolir la posibilidad de practicar pruebas de oficio en el procedimiento de ley 906 de 2004 para conservar la igualdad de cargas y de armas de las partes en este sistema adversarial, porque lo que se debe buscar es la verdad real, en su límite mas próximo a la verdad que le presentan las partes al funcionario judicial.

El estudio del tema propuesto es importante, no solo por que ha sido poco explorado y los pronunciamientos jurisprudenciales, se limitan a precisar que no es posible decretar pruebas de oficio en el procedimiento penal en la etapa de Juicio, que se gobierna bajo el esquema de la ley 906 de 2.004. No obstante conviene analizar en que etapas del proceso se pueden decretar la pruebas de oficio, sin que ello implique des- balancear las cargas.

Se ha observado como en las audiencias preliminares, los señores Jueces de Control de Garantías tímidamente hacen uso de esta facultad, quizá con el criterio de que remediarían falencias originadas en la premura con que deben hacerse las diligencias.

También debe decirse que no es posible decretar y practicar todas las pruebas que se pudieran pensar bajo la óptica de la libertad probatoria, y ello es así porque la limitación del tiempo y los factores externos de metodología y carencia de medios y recursos para su práctica, no lo permiten, como quiera que se exige la concentración de las audiencias preliminares, dentro de un lapso corto en el cual se debe acudir a un Juez de Garantías, con las consecuencias adversas que implica el vencimiento de los términos legales.

De otra parte, el decreto de pruebas de oficio en la etapa del Juicio, no es posible para no afectar el balance de cargas entre los sujetos procesales, en tanto que el sistema es eminentemente adversarial, empero cuando la defensa asume una actitud pasiva como estrategia, y se presentan falencias en la investigación, se sacrifica la verdad, que es el objetivo fundamental del proceso penal con tendencia acusatoria que nos rige en Colombia, dentro del sistema.

Por ello y en tanto llama la atención el hecho de que la ley de infancia y adolescencia conceda al Juez amplias facultades para decretar pruebas de oficio,

no obstante remitirnos a que en ese trámite, se observen las normas del procedimiento penal de ley 906 de 2004, haremos un breve paralelo al respecto.

Por lo anterior, cabe preguntarse y muchos han cuestionado si ello constituye un avance o un retroceso en los paradigmas del sistema penal acusatorio que pretendemos desarrollar en nuestro país, sin desconocer que no es un sistema puro, y que se ha ajustado a la política criminal y las particulares condiciones del nuestro pueblo en permanentes conflictos, para lo cual analizaremos los principios y finalidades del proceso y de la pena, concluyendo que debería ampliarse la restricción de la prueba de oficio incluso en la ley de infancia y adolescencia, muy a pesar de las implicaciones que ello tiene para las investigaciones de menores infractores por la responsabilidad y garantías que debe ofrecer un Estado Social de Derecho como el nuestro.

1 PROBLEMA

La prueba de oficio está proscrita de acuerdo al art. 361 de la ley 906 de 2004, especialmente en la etapa del juicio, ello puede constituir un avance en el desarrollo de la filosofía del sistema penal con tendencia acusatorio, como quiera que el sistema es adversarial, y si el juez interviene decretando pruebas, implicaría un desequilibrio de las partes; así mismo, se puede afirmar que la permisión en la etapa preliminar es un retroceso, en tanto en otros países, y muchos doctrinantes consideran, que este poder-límite, debe limitarse al máximo por la filosofía del sistema acusatorio. En consecuencia se hace necesario analizar si este tópico constituye un avance o un retroceso en el sistema.

Y respecto de la búsqueda de la verdad, la restricción del decreto de prueba de oficio que se impone al funcionario judicial, afecta en la consecución de la verdad real, objetivo de la investigación penal, cuando hay deficiencia en la investigación y la actitud de la defensa es pasiva por estrategia o por defecto.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer como afecta al modelo de enjuiciamiento penal acusatorio regulado por la ley 906 de 2004 en Colombia, a la búsqueda de la verdad, y a la posibilidad de los jueces para decretar pruebas de oficio.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Equiparar las principales posturas y la problemática existente en la doctrina sobre el derecho procesal penal colombiano gobernado por la ley 600 de 2004, sobre la prueba de oficio.
- Definir si la prueba de oficio en la ley 906 de 2004, constituye un avance o un retroceso en el desarrollo del sistema penal con tendencia acusatoria.
- Identificar los criterios sobre la prueba de oficio en la ley 906 de 2004 respecto de la búsqueda de la verdad.

3. REFORMA DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO.

El acto legislativo 03 de 2002 adoptó un sistema de tendencia acusatoria, sin que pueda afirmarse que se trata de un sistema acusatorio puro¹, así lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-396 de 2007.

La reforma penal que involucra la ley 906 de 2004 contempla las normas de procedimiento que deben regir el proceso para Bogotá y el Eje Cafetero a partir del 1º de Enero de 2005 y en forma gradual en los años posteriores a todo el territorio nacional. En Nariño empieza a regir el 1 de Enero de 2007. Al igual, se expidió la ley 937 de 2004 que modifica el artículo 38 de la ley 906 de 2004. Da a los jueces penales del circuito y penales municipales la atribución de conocer y decretar la extinción de la sanción penal por prescripción en los procesos de su competencia. El 30 de Diciembre, se sanciona la ley 938 que contiene las normas del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. Así mismo se expidió la ley 941 por la cual se organizó el Sistema Nacional de Defensoría Pública, con la finalidad de proveer el acceso de los ciudadanos, a la administración de la justicia penal.

El código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006) por su parte, incorporó normas especiales sobre el Sistema Penal para Adolescentes que complementan el sistema acusatorio para los menores infractores de la ley penal.

¹Sentencia C-396/07

3.1 CONTENIDO DOGMÁTICO DE LA LEY 906 DE 2004- ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002.

Para el desarrollo de esta parte del trabajo, consideramos pertinente recoger lo propuesto por el Dr. Jesús Orlando Gómez López, en su obra “Tratado de Derecho Penal”, en efecto lo desarrolló así:

3.2 EL MARCO CONCEPTUAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El Código Penal no tomó partido exclusivo en cuanto a las diferentes concepciones dogmáticas del delito, adopta soluciones de diversas corrientes del pensamiento penal, pero de manera especial la finalista,² : acercó la teoría del delito al reconocimiento y protección de los derechos humanos, en materia de error de tipo y de prohibición sigue los lineamientos de la concepción finalista; en la teoría de la pena atribuye a estas funciones antagónicas e irreconciliables, retribución y reinserción social³, el dolo es definido siguiendo la línea naturalista del finalismo, pues el Art. 22 dispone que “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización...”; la definición del dolo eventual quedó realmente “al azar”, definió correctamente el problema de la autoría de quien actúa como miembro u órgano de representación de una persona jurídica, faltó precisión en los delitos de omisión impropios con relación a las actividades riesgosas emprendidas por varias personas.

También la culpa es definida siguiendo la sistemática finalista, como una infracción al deber objetivo de cuidado (art. 23 C.P.), y posibilitando su inclusión en el tipo penal. Una construcción propia del finalismo es la inclusión del dolo y de la culpa como

² PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. La reforma al sistema penal. 1999, pág. 26.

³ *Ibíd.* 15.

elementos del tipo penal, por lo mismo dolo y culpa son dos formas de comportamiento que dan origen a dos tipos diferentes; el nuevo Código siguió esta postulación, porque estableció en el artículo 21 que el dolo, la culpa y la preterintención como modalidades de conducta punible, por lo mismo un error que excluya el dolo o la culpa excluye la tipicidad, por lo que el error de tipo es como en el finalismo un motivo de atipicidad⁴

En cuanto a la definición del delito, el artículo 9 siguiendo la concepción tripartita ya adoptada en la codificación de 1980, estableció:

Art. 9.- Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable: la causalidad por si sola, no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Por su parte los artículos 10,11 y 12 de la nueva codificación determinan los elementos tradicionales del concepto de delito, o sea la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. La tipicidad es la definición de manera inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales del tipo penal; la antijuridicidad es un desvalor jurídico sobre la conducta que lesiona o pone en peligro sin justa causa el bien tutelado en la ley penal, en tanto la culpabilidad no aparece definida, limitándose el artículo 12 a requerir el requisito de culpabilidad y a declarar erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Si el dolo es conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y querer su realización (dolo natural según el art. 22), significaría que ya el desvalor del resultado no es el único elemento a valorar para la antijuridicidad, sino que junto al desvalor del

⁴ Procuraduría General de la Nación. La reforma al sistema penal. 1999, pág. 26, 27.

resultado se incorpora el desvalor del acto, posición esta asumida por el finalismo clásico.

En el plano de la culpabilidad, en la exposición de motivos se concibió como un juicio de reproche⁵ siguiendo la construcción normativa del finalismo, pero más propiamente en el terreno del error vencible de prohibición, se cambió la sistemática del artículo 40 del Código Penal de 1980, que asimilaba el error de tipo y el error de prohibición vencibles sancionándolos por delito culposo si existía tipo culposo, en caso contrario se excluía toda responsabilidad; el artículo-lo 32 del nuevo Código, por el contrario, establece que el error vencible de prohibición no excluye la responsabilidad sino que rebaja la pena hasta en la mitad (No. 11, art. 32 C.P.).

Como ya se dijo, el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y, el querer su realización constituye el dolo, por lo mismo un error invencible sobre la existencia de dichos elementos constituye un error de tipo que excluye la tipicidad (art. 22 C.P.) y no ya la culpabilidad como en el Código de 1980 art. 40. Si el error de tipo resulta vencible, la conducta será punible cuando la ley la hubiera previsto como culposa, en caso contrario el hecho queda impune (art. 32 No. 10 C.P.)

Se ha advertido que el artículo 9 del Código al disponer que ...La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado..., estaría introduciendo la "creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo, como elementos generales de la imputación" y se "está aceptando la moderna categoría de la imputación objetiva, según la cual para la imputación de la conducta no basta con la determinación de una relación de causalidad entre el comportamiento y la producción de un resultado. Se exige un presupuesto más: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización

⁵ Proyecto de Código Penal. Ponencia para primer debate Cámara de Representantes. *Gaceta del Congreso*. No. 432, Noviembre 11 de 1999, pág. 4.

Las dos normas anteriores permiten introducir elementos del nuevo sistema penal: el funcionalismo. En efecto, esta tendencia se caracteriza por la interpretación de las categorías dogmáticas de acuerdo con los fines del derecho penal, y por la renormativización de los conceptos. Es decir, por un abandono de los substratos naturalistas en la teoría del delito (la causalidad), para construir la teoría del delito sobre criterios estrictamente normativos, como la teoría del riesgo y las posiciones de garante"⁶.

En la Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal, ante el Congreso el señor Fiscal General de la Nación: "Se orientó el proyecto, principalmente, por no encasillar la normatividad en alguna corriente dogmática en especial. Reflejo de ello es la no división en capítulos y utilización de expresiones constitutivas de camisa de fuerza. La idea general es que la doctrina y la jurisprudencia perfilen la ubicación y permitan flexiblemente la adecuación de la interpretación a la evolución de modernas corrientes. Como se anotó, se prefiere la denominación conducta punible a la de hecho punible, pues con ello se resalta la adopción en toda su extensión de un derecho penal de acto.

Sobre la orientación filosófica del Código se dijo en la Ponencia para Segundo Debate ante el Senado: En un Estado Social de Derecho, y este es su norte, el imperativo es realizar en forma programática un orden justo. Tal orden significa igualdad de oportunidades para participar en las ventajas del desarrollo económico y social. De modo que, en esta dirección, todo el orden jurídico, incluido la ley penal, debe orientarse en ese sentido.

⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. La reforma al sistema penal. 1999, pág. 33, posición en especial del Doctor Luis Eduardo Montealegre L.

"Por esto, al redactarse un nuevo Código Penal en el ámbito de la nueva Constitución es necesario partir de que la incidencia social de los comportamientos humanos debe gravitar en la definición de las conductas prohibidas.

"El imperativo de asegurar la realización del orden justo, enfrentando todos los comportamientos contrarios a ese propósito político cardinal del nuevo régimen, implica que, dentro del propio marco de la Constitución, y así lo dicen sus normas, se reconozcan y hagan efectivas las protecciones que deben tutelar la dignidad y la libertad individuales, ya que al tenor de los dos primeros artículos de dicho estatuto, se coloca como base del Estado y de su régimen, la dignidad de la persona y se justifica el poder del Estado en cuanto está al servicio de esos valores".

"Esto es, que nuestro régimen de derecho social no se puede interpretar en una sola dirección. A la hora de la verdad, si bien se mira, también en este campo, como sucede en el área económica y de la cultura, es un régimen mixto desde el punto de vista doctrinario que permite conjugar simultáneamente principios garantistas con disposiciones que hacen prevalecer el interés social. (...)

"Queremos decir, pues, que este proyecto de Código no es unidireccional. No ha sido concebido como un pensamiento de escuela, lo que quiere es armonizar, integrando, las orientaciones constitucionales que apuntan ya en el sentido garantista como se denomina la tendencia liberal, como a las nuevas orientaciones axiológicas de un Estado Social de Derecho.

El legislador no puede ignorar las unas ni las otras. Traicionaría el espíritu de la Constitución y la intención reformadora de 1991, encuadrando el Código en la tradicional concepción del Estado de derecho, a secas, preocupado exclusivamente por la garantía de los intereses individuales. El proyecto, entonces, tiene que ser sintético, en el sentido de encontrar fórmulas integradoras de las dos tendencias establecidas paralelamente en la ley fundamental, ya que lo

contrario podría ser tachadas defraude a la Constitución y es poner sus disposiciones a tachas de inconstitucionalidad⁷.

Y en la Ponencia para Primer Debate ante la Cámara de Representantes se dijo: ...Sin afiliar su contenido a escuela alguna, recoge la discusión contemporánea en torno a la estructura del hecho punible y a las consecuencias de la misma, dando cabal tratamiento a esta problemática, pero siempre dentro de los imperativos de la norma superior. La tipicidad, la antijuridicidad material, la culpabilidad, pero esencialmente las consecuencias, es decir, la sistemática de las penas, son desarrolladas con especial apego a los presupuestos del Estado Social de Derecho, en donde el hombre, como fundamento de su existencia, debe ser considerado en punto de sus derechos, y sólo susceptible de reacción punitiva en caso extremo, y siempre con celoso manejo de la forma como se hace.

El punto de partida del concepto del delito en la nueva legislación penal colombiana es entonces el acto humano, término que se prefirió al de "hecho punible" utilizado en la anterior legislación; diferentes normas, artículos 6, 8,9,10,11, 12, 14, 15, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 27, etc., entre otras, se refieren al delito como acto o conducta humana; todo delito o contravención es esencial y básicamente una conducta jurídicamente desvalorada y sometida a sanción penal⁸.

Aunque se utiliza la clásica definición del delito como una conducta típica, antijurídica y culpable en el art. 9, no obstante como en el Código de 1980, el nuevo Código; a nivel de la culpabilidad, separa la responsabilidad del inimputable el cual requiere de culpabilidad para la imposición de una pena, de la responsabilidad del inimputable que conlleva una medida de seguridad que no puede ser a título de responsabilidad objetiva. Ocurre en este aspecto similar situación que con el Código de 1980, o sea

⁷ Senado de la República. Ponencia para segundo debate. *Gaceta del Congreso*. Año VIII, No. 63, viernes 23 de Abril de 1999, pago. 10.

⁸ Ponencia para segundo debate. Cámara de Representantes. *Gaceta del Congreso*, No. 510, Diciembre 3 de 1999, pág. 2.

que existe una teoría del delito con culpabilidad y una teoría del delito con culpabilidad deficitaria o mínima, pues el inimputable está sujeto a una sanción penal (art. 9 C.P.) consistente en una medida de seguridad, la cual sólo podría imponerse establecida la tipicidad y la antijuridicidad, se constata la inexistencia de causas de ausencia de responsabilidad (inc. 2 art. 9).”⁹

El referido es el carácter dogmático de la ley 906 de 2004, como también el citado autor Gómez López, se ha referido a un marco conceptual especial, así:

⁹ GÓMEZ López Jesús Orlando, “TRATADO DE DERECHO PENAL” Parte General Tomo II, Ediciones doctrina y Ley, Bogotá Colombia, 2001, paginas 107 a 112.

3.3 “MARCO CONCEPTUAL ESPECIAL EN EL NUEVO CODIGO.

Entre los aspectos propios y específicos del nuevo Código se tiene pese a que la codificación penal no hizo adhesión a corriente doctrinal en particular, existen dispositivos que marcan tendencias selectivas hacia ciertas corrientes de opinión. En la nueva Legislación, las penas y medidas de seguridad, tienen el carácter de sanciones penales, (Art. 3 C.P.), en donde las penas cumplirán la función de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social, y protección del condenado, (Art. 4), mientras que las medidas de seguridad, tienen como función la protección, curación tutela y rehabilitación.

Así, al atribuirse a las medidas de seguridad esta naturaleza de sanciones penales, se determinó que el inimputable delinque considerándose su acto como un delito, y que sometido a una sanción especial, (la medida de seguridad), luego que el mismo cometa delito debe existir un nivel mínimo de culpabilidad en cuanto a él, (umbral mínimo), tal como lo dispone el Art. 9, en donde se requiere que para que para que la conducta del mencionado sea punible, debe ser típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad, así la conducta típica e injusta del inimputable, llega a ser punible cuando no hay causas de exculpación.

De igual manera para la nueva Legislación, el dolo y al culpa son formas de conducta (Arts. 21, 22 y 23 C.P.), ubicables en el tipo penal, (Art. 10 C.P), ya que el mismo define de manera inequívoca y clara las características de la conducta punible, teniendo que la causalidad por si misma no basta para la imputación jurídica del resultado, con lo que se abandona el simple sistema causalista.

La antijuridicidad se define como la conducta que pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por la Ley, optando por un concepto material de injusto, dándosele además un contenido social, (Art. 7, 56 del C.P.), a su vez, el injusto se

define como la real lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ello se produce sin justa causa, y socialmente apreciados los hechos. Para los Ponentes del nuevo Código, en la Cámara, la teoría del injusto se construye a partir del contenido del Art. 16 de la Carta Política, contemplándose el derecho a un status activo que solo puede ser limitado cuando se afecten los derechos de los demás y el orden jurídico, no por meras consideraciones morales o perfeccionistas del hombre, contrario a otras Constituciones (Alemana y Española).

Considerando que es un derecho fundamental, el derecho que indique alguna restricción, también tiene que referenciarse constitucionalmente en el plexo de los derechos, principios, o valores constitucionales. La construcción del injusto debe tener un componente objetivo para su estructuración, sin descartar criterios subjetivos, lo cual ubica lo ubica por el sendero del desvalor como aspecto sobresaliente. Así mismo no puede estar fundado en la mera infracción a un deber, empero resulta claro que ante el contenido social del modelo de Estado acogido ello no puede resultar ajeno a su construcción.

De lo extractado llegamos a que en el nuevo código se enfatiza el derecho Penal de acto, en el que se responsabiliza al delincuente por el acto, y la culpabilidad entonces es apreciada como un juicio individual de reproche formulada como se decía en la Ponencia para Primer debate de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, “A partir de los conocimientos y capacidades concretos del sujeto, que de la mano de un conocimiento, de que se actúa en contra del derecho – a la manera del ego- permiten verificar que la persona se encontraba en condiciones de motivarse conforme a la norma y no lo hizo”¹⁰

Por manera que se aprecia la culpabilidad como juicio de reproche que se hace al autor del injusto por no haber obrado conforme a la norma estando en condiciones

¹⁰ Ponencia Primer Debate de la Cámara de Representantes.

de conocimiento y ámbito de libertad para motivarse según las exigencias del derecho, pero habiéndose introducido el reconocimiento de circunstancias de ignorancia, marginalidad y pobreza extremas, en el Art. 56 del C.P., se concluye que se optó por una concepción social de culpabilidad”¹¹.

Ahora bien, este autor deduce que se elevó a rango constitucional la autocontención de la persona en el ejercicio de sus derechos, según lo que se consagró en el Art. 95-1 del C.P.

La parte dogmática del código, también fue analizada de manera importante por el doctor Yesid Ramírez Bastidas, en su libro “Sistema Acusatorio Colombiano”, en el que dilucida que: “la actuación procesal en su etapa de audiencias preliminares tiene visos de reserva por ejemplo en las audiencias de control de legalidad, de allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y cosas, y su desarrollo deber tener autorización judicial previa.

Las demás actuaciones de investigación, y la etapa de juicio son de carácter público siempre regidas por los principios de dignidad humana, igualdad, en estrecha relación con el principio de la proporcionalidad en el sentido de que toda medida que vulnere un derecho fundamental, al resultar desproporcionada, implica un trato desigual.

Así mismo se integran los principios y derechos de igualdad, de imparcialidad, de objetividad que obligan al operador judicial a seguir criterios de necesidad, ponderación, legalidad y concreción para evitar excesos contrarios a la función pública, en todo caso el principio rector es el de la legalidad del que se deriva el debido proceso que debe desarrollarse con celeridad y favorabilidad.

¹¹Idem, págs 112 - 115.

El debido proceso es no solo ajustado a las reglas generales, a la Carta Política, al bloque de Constitucionalidad y a las Leyes en general sino a un debido proceso probatorio para cuya garantía se ha consagrado la exclusión de la prueba ilícita.

Este es un procedimiento eminentemente oral en cuyo trámite deben respetarse los derechos fundamentales de las Partes e intervinientes y hacer prevalecer el derecho sustancial en busca de la verdad y la eficacia en el ejercicio de la Justicia, en donde el procesado gozará de una defensa independiente y técnica y un trámite procesal sin dilaciones injustificadas que se desarrolla en audiencias públicas.

El Estatuto Procesal Penal reafirma el principio de la libertad y establece con carácter excepcional la privación preventiva de la libertad, normas estas a interpretar restrictivamente con aplicación enmarcada por criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad frente a los contenidos constitucionales (Arts. 2 y 295), con la finalidad- necesidad de evitar la obstrucción de la Justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas o para el cumplimiento de la pena, Arts. (250 Const. Pol., y 2 y 296).

En las democracias modernas solamente el Juez ostenta la facultad de limitar o restringir la libertad física de las personas ya que es precisamente la autoridad Judicial la encargada de impartir Justicia previo el trámite de un procedimiento con el lleno de las garantías procesales que la Constitución ordena.¹²

¹² RAMIREZ, Yesid, "Sistema Acusatorio Colombiano"; Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, págs 140 a 158.

3.4 LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO.

EL ARTÍCULO 361 del C.P.P. consagra: PROHIBICIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

La Corte Constitucional, ha declarado este Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-396-07 de 23 de Mayo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Expuso la Corte en la parte considerativa de la sentencia:

"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."...

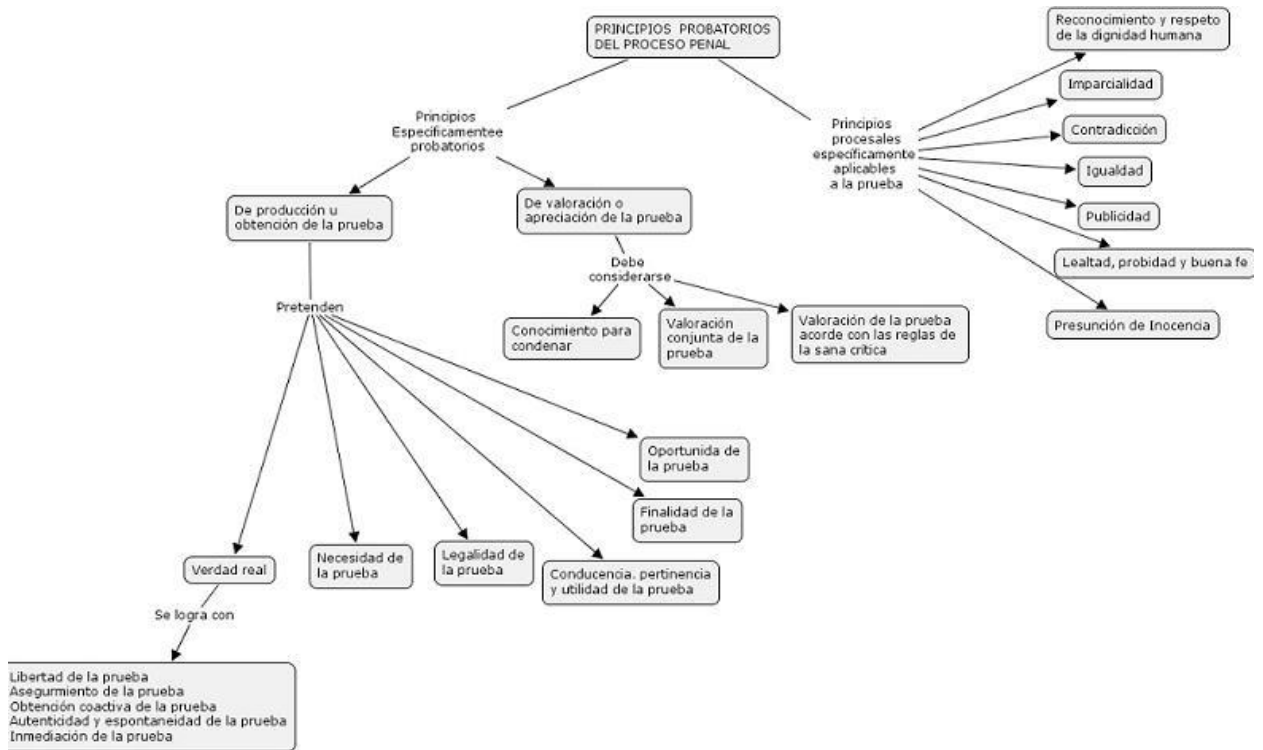
"Así las cosas, la simple ubicación de la norma demandada en el sistema jurídico procesal penal permitiría concluir que el intervencionismo probatorio está prohibido, en forma categórica, solamente para el juez de conocimiento, quien tiene a su cargo la dirección y manejo del debate probatorio entre las partes y, no para el juez de control de garantías; sin embargo, la interpretación teleológica de la norma también conduce a la misma conclusión."

No obstante respecto de la búsqueda de la verdad, se puede concluir que la restricción del decreto de prueba de oficio que se impone al funcionario judicial, afecta en la consecución de la verdad real, objetivo de la investigación penal, cuando hay deficiencia en la investigación y la actitud de la defensa es pasiva por estrategia o por defecto.

4. PRINCIPIOS ESPECIFICAMENTE PROBATORIOS DEL C.P.P.LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY 906 DE 2004.

Dentro de las directrices que rigen el Procedimiento Penal hay unas que conciernen directamente al tema de la prueba. Los llamaremos principios “**específicamente probatorios**”. Entre los que atañen a la **producción** tenemos:

Cuadro 1. Principios específicamente probatorios.



Fuente: Ésta investigación

4.1 LIBERTAD DE PRUEBA

Tanto desde el punto de vista del objeto como de los medios. Si se quiere obtener la verdad real, debe haber libertad para buscarla.

De conformidad con lo establecido en el Art. 373 del C. de P. Penal la posibilidad de probar todo aquello que sea relevante para el proceso, toda vez que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se pueden probar por cualquiera de los medios establecidos en el estatuto procesal penal o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos.

4.2 LA CARGA DE LA PRUEBA

Instituida en el propio interés del sujeto, quien puede o no cumplirlo, asumiendo las consecuencias del incumplimiento. “Es una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no a parezcan probados tales hechos.”

4.3 IMPARCIALIDAD

Se predica del deber que tiene el juez de ser objetivo y buscar la verdad sin parcializarse en pro de la víctima o el procesado. Esta garantía es sobremanera propia de un Estado Social y de Derecho y obra en concordancia con los principios generales y demás principios específicamente probatorios, guarda relación con lo contemplado en el artículo 39 del estatuto adjetivo que rige la materia.

4.4 INMEDIACIÓN Y DIRECCIÓN DEL JUEZ EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

Deseable el contacto directo entre el juez y la fuente de la prueba. Arts. 16 y 379 del C. de P. Penal. En el juicio únicamente se estimara como prueba la que haya

sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

Para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su efectiva contradicción, es indispensable que sea el juez quien de manera inmediata la dirija.

El principio contribuye a la autenticidad, seriedad, oportunidad, pertinencia y validez de la prueba, pues de lo contrario el debate se convertiría en una lucha privada. En los procedimientos orales se cumple mejor la inmediación.

La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de confesión, testimonios e inspecciones.

También significa que el juez no debe permanecer inactivo ni hacer el papel de simple receptor de pruebas, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes y para ordenar oficiosamente otras.

Jeremías Bentham: “La inmediación hace aconsejable que el juez instructor sea quien dicte sentencia de fondo”.

Francesco Carnelutti: ““La prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos del juez se halle el hecho a probar”.

Nicola Framarino: “ Para que la voz de las pruebas llegue sin alteración al ánimo del juez, es menester que ellas se presenten de manera inmediata al juzgador, a fin de que éste pueda examinarlas directamente y no a través de la indecisa penumbra de las impresiones de otras personas, o de las equívocas expresiones de otras cosas”.

4.5 CONTRADICCIÓN

Plasmada por el artículo 15 del C. de P. Penal, se materializa en el derecho que tienen las partes de conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada. Para garantizar este derecho y en el evento de formular acusación, la Fiscalía General de la Nación debe, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado. Este principio se reitera en el Art. 378 de la misma normatividad.

4.6 EQUILIBRIO DE CARGAS ENTRE LAS PARTES. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS ANTE LA LEY PENAL

(Art. 13 C.N. y 4 C. P.P. y 7 del C. P.); es de los derechos fundamentales de mayor desarrollo; es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal (igualdad de armas) y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.¹³.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia No. C 599 de 2005 declaró exequible la parte en cursiva.

5. EL JUEZ DIRECTOR DEL PROCESO- LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY 906 DE 2004.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha señalado que existe vía de hecho por defecto fáctico, cuando el Juez estando obligado por la Constitución en el caso concreto a decretar pruebas de oficio para garantizar el acceso a la justicia entendido como derecho a obtener una decisión material de fondo, pero se abstiene de hacerlo aduciendo motivos formales excesivos.

La alta Corporación en cita en la sentencia T-654 de 2009, sobre la materia enseñó:

La Constitución consagra el derecho de toda persona de “acceder a la administración de justicia” (art. 229). De acuerdo con un entendimiento formal y estrecho, la Constitución en este precepto contempla un derecho de mero acceso a la justicia, que se concreta en el derecho a presentar una demanda y a que esta le sea admitida. Según esta interpretación, el ámbito de protección del derecho de acceso a la administración de justicia se agota tan pronto el juez admite la demanda. Sin embargo, en virtud del principio de unidad de la Constitución, ninguna disposición de las que aparecen en el texto de la Carta debe leerse aisladamente. Cada norma constitucional debe ser interpretada en función del todo, para evitar que algunas de sus partes se vean sacrificadas injustificadamente.¹⁴ Porque si bien en ocasiones concretas puede haber un conflicto entre normas constitucionales aplicables, un imperativo de transparencia y sinceridad en la aplicación del Derecho obliga a las autoridades públicas y, en especial, al juez, a poner de manifiesto todos los argumentos que concurren a

¹⁴ Cfr., Konrad Hesse: “La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48.

favor o en contra de determinada solución del problema de suerte que si ha de preferir algunos de ellos en detrimento de los otros, lo haga argumentadamente.

En ese sentido, debe recordarse que entre los fines esenciales del Estado están los de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y de “asegurar (...) la vigencia de un orden justo” (art. 2º, C.P.). Si esas son finalidades esenciales del Estado, todos los derechos relacionados con el proceso judicial deben ser leídos en función de la garantía eficaz de los derechos sustanciales, porque de lo contrario esas aspiraciones serían letra muerta a pesar de que, según la Carta, son esenciales. Ese entendimiento es concordante con el artículo 229 de la Carta, que a la letra dispone que en las actuaciones de la justicia “prevalecerá el derecho sustancial”.

En ese contexto, el derecho de acceso a la administración de justicia aparece, ciertamente, como el derecho formal a acceder a la justicia, pero además a acceder a una justicia que busque, en la mayor medida posible, proveer una decisión de fondo para el asunto presentado.¹⁵ Así, una violación del derecho a acceder a la administración de justicia se presenta no sólo cuando al actor se le dificulta o imposibilita tal acceso, sino también cuando la administración de justicia le permite acceder, pero no evalúa sus pretensiones o las evalúa tan sólo en apariencia, pues acaba tomando en realidad una decisión con base en consideraciones superficiales o de carácter excesivamente formal, que no tienen valor instrumental en la garantía de otros derechos fundamentales, en un caso en que es posible adoptar una decisión diferente con fundamento en una interpretación orientada a la protección efectiva de los derechos fundamentales.¹⁶

¹⁵ Sentencia T-134 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶ Sentencia T-264 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ella al resolver una tutela contra sentencia, la Corte manifestó que “el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia comporta la garantía de la obtención de una respuesta de fondo por parte de los jueces, quienes, a su vez, se hallan obligados a evitar a toda costa fallos que, basados en obstáculos formales, impidan la vigencia del derecho material o de los derechos subjetivos. Esto ocurre tanto en los fallos que son inhibitorios de forma manifiesta como en aquellos que lo son de forma implícita, es decir, bajo la apariencia de un pronunciamiento de mérito”.

Establecido lo anterior, el punto siguiente consiste en determinar si un juez puede legítimamente negar las pretensiones en un proceso electoral, bajo el argumento de que el demandante no aportó documentos con el adecuado valor probatorio, pese a que con los documentos aportados al proceso en copia simple podía avizorar la aparente violación de derechos sustanciales, y a que podía protegerlos si ordenaba de oficio el aporte de los documentos auténticos. En caso de estimar que esa omisión es constitutiva de un defecto fáctico, debe la Corte establecer si es violatorio de un derecho fundamental y si éste puede ser protegido por el juez de tutela.

Para empezar, debe indicarse que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una autoridad judicial incurre en defecto fáctico cuando “a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas”.¹⁷ Ahora bien, la verificación de este defecto en una providencia judicial depende esencialmente del contexto constitucional, legal y fáctico del proceso.

Es necesario tener en cuenta, por una parte, el contexto constitucional. Porque debe resaltarse que no en toda clase de procesos judiciales el juez está obligado, en virtud de un mandato constitucional, a decretar pruebas de oficio. Por ejemplo, de acuerdo con la actual configuración constitucional del proceso penal, en Colombia la Carta no obliga al juez de conocimiento a decretar pruebas de oficio en ningún supuesto.¹⁸ En cambio, cuando la autoridad actúa como juez de tutela

¹⁷ Sentencia T-417 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Dice a la letra la Sentencia: “esta deficiencia probatoria no sólo se presenta cuando el funcionario sustanciador: i) niega, ignora o no valora arbitrariamente las pruebas debida y oportunamente solicitadas por las partes, sino también cuando, ii) a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas”. Cfr., además, la Sentencia T-949 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁸ En este sentido, véase la Sentencia C-396 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual la Corte encontró que el legislador no estaba obligado por la Constitución a prohibir el decreto de pruebas de oficio o a obligar a los jueces de conocimiento a decretarlas. Por lo tanto, concluyó que “si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia

incluso en segunda instancia, debe tener en cuenta que la Constitución le confiere una función especial en la garantía activa de los derechos fundamentales.¹⁹ De modo que, en ese ámbito –ha dicho la Corte– “la práctica de pruebas para el juez constitucional no es sólo una potestad judicial (art. 179 del Código de Procedimiento Civil y artículos 19, 21 y 32 del Decreto 2591 de 1991) sino que es un deber inherente a la función judicial, pues la decisión con fuerza de cosa juzgada, exige una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto planteado”.²⁰

Pero, para concretar el deber constitucional del juez de decretar pruebas de oficio, no basta con verificar si hay o no una disposición expresa de la Constitución en ese sentido. También es necesario considerar el contexto legal, pues si bien la Constitución es a primera vista indiferente ante ese asunto, no lo es cuando el legislador adopta una decisión puntual a ese respecto. Así, retomando nuevamente el ejemplo del proceso penal, cuando el legislador adopta la decisión de proscribir el decreto oficioso de pruebas por el juez de conocimiento, la Constitución de inmediato proscribire una actuación judicial expresamente orientada en ese sentido, ya que toda persona tiene el derecho fundamental a ser procesada con observancia de la “plenitud de las formas propias de cada juicio” (art. 29, C.P.).²¹

preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria”.

¹⁹ Sobre el deber de juez de tutela para decretar pruebas de oficio, aún en segunda instancia, se pronunció la Corte en el Auto 206 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

²⁰ Así lo expresó la Corte en la Sentencia T-864 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero y lo reiteró en la Sentencia T-498 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, al estudiar una tutela que había sido negada por el juez de instancia, bajo el argumento de que no fue anexada la documentación que acreditaba la necesidad de una menor de edad de recibir un tratamiento para su tumor cerebral. Véase, además, la Sentencia T-197 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez, en la cual la Corte revocó la providencia de un juez de tutela, para el cual debía negarse o declararse improcedente la acción de tutela, debido a que no estaba probada la condición de indefensión de una mujer con setenta y un años, de lo cual derivó que no estaban dadas las condiciones para la procedencia de la agencia oficiosa. La Corte advirtió que si el juez no ejercía sus poderes probatorios de oficio, no podía descargar las consecuencias desfavorables de la inactividad en el titular de derechos fundamentales.

²¹ Sentencia C-396 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En este orden de consideraciones, quedaría por analizar qué ocurre si en abstracto la Constitución no especifica puntual y detalladamente un deber del juez de decretar pruebas de oficio, pero la ley le confiere a éste la facultad de hacerlo cuando las considere útiles. En ese caso, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que, si bien el deber del juez de decretar pruebas de oficio no está enunciado puntualmente y en abstracto en la Constitución o en la ley, en determinados casos concretos es posible advertir que la Constitución obliga al juez a decretar esas pruebas de oficio. La fuente específica de ese deber sería, entonces, la fuerza normativa de los derechos fundamentales, que en ocasiones demandan una participación activa del juez en su defensa y protección efectiva. De allí que, además del contexto constitucional y legal, es necesario evaluar el contexto fáctico para concretar el deber del juez de decretar pruebas de oficio ”.

Concluyéndose además que: ”....es cierto que el juez tiene una autonomía para decidir cuándo existen puntos oscuros o dudosos. Sin embargo, si hay puntos oscuros o dudosos en un caso, él está obligado a decretar pruebas de oficio. Pero, aún más, si está en duda que determinado acto puede amenazar o violar derechos fundamentales, el juez está obligado a decretarlas. En ese caso, no puede permanecer estático. Su libertad se reduce a determinar cuáles y cuántas pruebas debe decretar; no a decidir si debe decretarlas. Porque en definitiva no es en abstracto que puede hablarse de los deberes del juez de decretar pruebas de forma oficiosa, sino sólo en el contexto fáctico de cada caso concreto ”.

El artículo 401 de la Ley 600 de 2000, determinaba que en la audiencia preparatoria el: “El juez podrá decretar pruebas de oficio” .

Esta norma guardaba consonancia con la estructura de proceso penal que regía bajo el imperio de la ley 600, en el cual estaba latente el principio de permanencia de la prueba, es decir que una vez le llegaba al Juez de conocimiento el proceso, este entraba en contacto con la prueba y podía

determinar ab initio su utilidad o deficiencia – en este sentido se argumenta que el juez ya no era neutral -.

¿Será que la verdad que se pretendía buscar bajo la égida de la prenombrada ley es disímil a la que se busca en la ley 906 de 2004?

Para desatar este interrogante debemos hacer las siguientes manifestaciones:

El tratadista Argentino Eduardo Jauchen, en su libro Tratado de Derecho Procesal Penal, en lo que atañe al sistema acusatorio y el principio adversarial sostiene:

El sistema de enjuiciamiento inquisitivo se caracterizaba esencialmente por concentrar los poderes de investigar, acusar y juzgar en una misma persona (el inquisidor), quien como delegado del poder (Monarca o Príncipe) ejercía la jurisdicción en una plenitud desmedida y monopolizante de todos los extremos del procedimiento. Con ello se confundían en la misma persona, las instituciones procesales de acción y jurisdicción lo que representaba por antonomasia la negación absoluta de la imparcialidad como elemento inherente a la administración de justicia. El ciudadano acusado carecía de derechos y era solo un objeto de persecución, a quien incluso se podía someter a tormentos a fin de procurar su confesión, la cual acreditaba sin más el hecho. El procedimiento se caracterizaba por ser secreto y escrito, en el cual no existía la posibilidad de debate o contradicción sobre los argumentos ni las pruebas. El inquisidor actuaba de oficio, investigando e incorporando pruebas. Y ponderaba la viabilidad del castigo con base en una tabulación prefijada del valor que a cada elemento probatorio debía otorgársele según lo establecía la normativa preexistente, de manera que estaba sujeto a lo que las disposiciones regulaban sin tener margen para su interpretación personal, era el denominado sistema de pruebas legales o tabuladas.

En cambio, el sistema acusatorio se caracteriza por el *nemo iudex sine actore* y *ne procedati iudex ex officio*, o sea, en separar las instituciones procesales de la acción con la de la jurisdicción. La jurisdicción es el poder de juzgar, debiendo solo estar reservada a los jueces letrados o jurados con la dirección de un juez letrado, y para cumplir esa misión en el proceso deben mantener una posición equidistante de las partes y distante del objeto del mismo, o sea, imparciales, lo cual se logra cuando solo cumplen durante el enjuiciamiento una actividad expectante sobre la actividad de las partes, quienes son las únicas autorizadas para introducir las pruebas, estándole vedado al tribunal hacerlo de oficio pues ello vulneraría la imparcialidad que debe conservar hasta el momento que finalmente debe decidir sobre el producto del debate de las partes. El tribunal ejerce la jurisdicción así, solo como arbitro, ajeno a la contienda de las partes. Esto es posible en tanto la persecución penal como investigación y prosecución de la acción también le está absolutamente vedada, pudiendo solo ejercerla un sujeto ajeno al tribunal: acusador del Estado (fiscales) o privados (querellantes) según sea el sistema que se adopte. Este exclusivo poder para promover la acción en manos de un acusador ajeno al tribunal es precisamente el fundamento de su denominación como sistema opuesto al inquisitivo (acusatorio). También las diferencias que lo caracterizan radican que en el acusatorio el ciudadano imputado no es más un mero objeto de persecución sino parte en el proceso, y por lo tanto sujeto de derechos. Ellos se realizan por vía de otra característica propia consistente en que el procedimiento se lleva a cabo mediante una previa investigación a fin de ponderar si existen pruebas suficientes que ameriten llevar al imputado a juicio, y este, el juicio es en su caso el eje fundamental del proceso, etapa que se realiza en forma pública, oral, continuada y con posibilidad absoluta del pleno y directo contradictorio entre las partes en inmediación ante el tribunal. La decisión del tribunal no está sujeta a valorar la prueba conforme a normas que prefijen su valor sino a la libre o íntima convicción según sea que se juzgue por medio de tribunales letrados o de jurados legos respectivamente.

Como se advierte, el acusatorio es el único sistema de juzgamiento que tanto filosófica como normativamente se erige como acorde al debido proceso penal. Lo primero porque solo de este modo es posible, separando los poderes de acción y jurisdicción, que el tribunal o jurado, sean imparciales en abstracto, cualidad esencial e inherente al acto humano de hacer justicia. Lo segundo, porque la garantía de la imparcialidad esta normativamente impuesta por las constituciones y los tratados internacionales.

Cabe advertir que si bien se suelen utilizar los términos acusatorio y adversarial como si fuesen sinónimos, no es tan así. El género que caracteriza el sistema es la imposibilidad de que el tribunal pueda actuar de oficio sino solo cuando exclusivamente fuese activado por la petición de la parte acusadora (acusatorio). Lo adversarial es un elemento inherente del sistema acusatorio, un desprendimiento del principio de contradicción. Por otro lado, si bien en el debido proceso el contradictorio debe imperar durante todas sus etapas, en tanto posibilidad de contralor de lo actuado, no es posible ejercerlo de igual modo durante la investigación por su propia naturaleza, que durante el juicio. En suma, la contradicción adversarial plena es la que se realiza durante la etapa del juicio.

Si conforme lo exigen la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el juicio penal debe ser público y frente a un tribunal independiente e imparcial, la única forma de cumplir con esas exigencias impuestas por los Tratados Internacionales y por la Constitución Nacional, es que el juicio sea oral y esquematizado bajo un sistema acusatorio y adversarial puro. Pues no puede haber publicidad sin oralidad, ni imparcialidad sino solo cuando el procedimiento es solo adversarial y por lo tanto quitándole al tribunal toda facultad para: actuar de oficio en la promoción de la causa, en la incorporación de la prueba, y en el interrogatorio y conainterrogatorio de los testigos y peritos.

En el proceso penal moderno la producción de la prueba es un método con el propósito de que cada parte demuestre las afirmaciones sobre su versión del caso y pueda al mismo tiempo debilitar o invalidar las pruebas con la que la contraparte intenta demostrar su versión, para que el final el tribunal, mediante razonamientos, análisis y reflexiones sobre lo que a presenciado de tal producción, pueda resolver con el mayor grado posible de certeza la tesis acusatoria que lo provoca, para lo cual es necesario que el tribunal conozca profundamente los hechos y sus circunstancias.

El sistema de pruebas en la época actual, es un método de razonamiento que indica cómo se debe proceder para investigar, acusar y juzgar a una persona. Dentro de este proceder como debate oral, debe necesariamente ser contradictorio o de discusión dialéctica. El debate oral debe estar presente durante todo el proceso, fundamentalmente la prueba se debe presentar oralmente en el juicio, en audiencia pública, en forma directa y personal por todas aquellas personas que deban declarar; esta inmediación prohíbe que esa actividad pueda sustituirse por la lectura de actas de sus declaraciones anteriores en la que ni los jueces y quizás ni las partes estuvieron presente. Pero con respecto a las partes no basta con que hayan estado presentes en esos actos anteriores de investigación, pues en ellos no tienen las facultades de controlar y contradecir ampliamente su producción.

Este proceso penal, impone abandonar todo modelo penal inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter adversarial, restableciendo la imparcialidad del tribunal, lo que necesariamente trae consigo el conainterrogatorio como vía principal para materializar el principio de contradicción, dar confiabilidad a la prueba y controlar la veracidad de testigos y peritos. Pues solo mediante el conainterrogatorio directo, libre, amplio y pleno es posible verificar la confiabilidad y credibilidad de sus declaraciones, de modo que

pasadas por este filtro, queden descartadas o aceptadas en cuanto a su eficacia acreditante. Con la denominación de acusatorio-adversarial se individualiza el rol de los actores en el juicio, ya que el fiscal o acusador público ejerce la potestad persecutoria, y la defensa técnica se opone la pretensión punitiva del Ministerio Público.

El sistema adversarial, permite el interrogatorio directo, el contrainterrogatorio, el re-directo y el re-contrainterrogatorio, como mecanismos por excelencia de producción de prueba en el juicio oral. Estas figuras están sujetas a ciertas reglas, procurando asegurar la espontaneidad del testimonio y su veracidad en función de la oportunidad de contradicción. El Juez es el receptor imparcial del producto de todas las pruebas incorporadas durante el debate; pero también cumple la función de árbitro, en tanto decide las cuestiones preliminares de conducencia, pertinencia, abundancia, acreditación, autenticación, producción y exhibición de las pruebas.

A los jueces les debe interesar que la contraparte realice cabalmente su rol, para resolver con las mejores garantías el caso concreto. Pues es información obtenida de primera calidad, pues la confrontación, como derecho de defensa, permite también que el juez pueda aceptar una información que ha sido debidamente procesada y puesta a prueba. Previamente la trasladará a la contraparte para que sea quien logre desmentirla o desvirtuarla utilizando toda su capacidad para contradecirla, a través del contraexamen. Esto es lo que se denomina proceso de depuración de la información, que solo se logra con un contraexamen o contrainterrogatorio en un juicio oral, público y contradictorio

Decimos que el sistema es adversarial, porque el juzgamiento discurre bajo el principio de contradicción exclusivamente entre el fiscal y el defensor. Las partes deben diseñar su planteo del caso, desarrollar un conjunto de destrezas, aportar pruebas, realizar interrogatorios y alegar sobre todo lo incorporado al juicio. El juez

tiene un rol relativamente pasivo, actúa solo con base al principio de justicia rogada, interviene para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa.

Sin embargo, el debate oral no debe ser interpretado en sentido negativo como discordia, sino por el contrario de manera constructiva, como camino hacia una solución. En la controversia se exponen hipótesis opuestas que son objeto de una libre discusión, y ello favorece la búsqueda de la verdad. La oralidad tiene la ventaja de que pone a las partes frente a frente para que le hablen directamente al juzgador, sin intermediarios (principio de inmediación). A su vez, el tribunal percibe de forma personal y directa la práctica de la prueba, observa y escucha con análisis crítico las intervenciones opuestas de las partes. La controversia es también útil para las partes en conflicto, ya que permite conocer otros puntos de vista y así, en su caso, rectificar los propios.

En el juicio adversarial, el debate se torna necesario, pues al motivar su decisión, el tribunal expresa sus razones y fundamentos que habrá de extraerlos luego de destilar el producto útil que ha quedado de la confrontación. Por ello tal motivación exige someter el derecho y la prueba a controversia. Así tenemos que cada una de las partes al desarrollar sus tesis se convierten en colaboradores del tribunal en tanto al defender cada una de ellas la versión de su planteo del caso y refutar el de la contraria, le aportan ideas y elementos para que pueda decidir con la mayor aproximación posible a la verdad luego de valorar los contrapesos de la balanza.

En el sistema adversarial la actuación está orientada por la idea del debate, de contradicción, de lucha de partes contrarias, con intereses adversos. Es un diálogo abierto entre los intervinientes del proceso, sujeto a acciones y reacciones, quienes armados de la razón luchan por el predominio de su tesis. Se caracteriza por ser bilateral y lo rige el principio de contradicción. Tiene como aspecto esencial

una cuestión litigiosa entre partes que sostienen posiciones contrapuestas con sendos argumentos afirmativos y negativos y recíprocamente, buscando cada una la imposición de sus postulaciones, pero de modo pacífico y civilizado, por medio de la razón y no de fuerza. La contradicción es una de las características humanas del proceso penal moderno.

Las partes pueden discrepar acerca de la existencia o inexistencia de los hechos, de la valoración de las pruebas, de la selección de la norma o puede suceder que a pesar de que estén de acuerdo en dicha selección, diverjan en los métodos o teoría escogidos para interpretar la norma jurídica.

Por ello es relevante la forma en que se estructure desde el inicio el planteo del caso; pues será la brújula del litigante, el mapa sobre el que se ha diseñado el transcurso del proceso. Es el planteamiento que el fiscal y el abogado defensor hacen sobre los hechos penalmente importantes, los fundamentos jurídicos que lo apoyan y las pruebas que los sustentan. Es la visión estratégica para afrontar el juicio oral.

Las partes de un discurso jurídico deben tener como objeto rebatir las posiciones que asumen las partes contrarias o funcionarios en un proceso. Es ahí donde predomina en el juicio el principio de contradicción que implica cargas y deberes para cada uno de los litigantes, por cuanto comprende la defensa en igualdad de oportunidades y derechos.

La argumentación judicial tiene un objetivo genérico y uno o varios objetivos concretos, que al ser realizados permiten construir lógicamente el discurso. El objetivo genérico es persuadir y convencer al tribunal. Persuadir, significa ganar la adhesión a la tesis o planteo del caso que se afirma, es lo que se desea que el tribunal crea y decida. El objetivo u objetivos concretos versan sobre lo que de manera específica se desea que el tribunal comprenda, haga y decida. Con la

incorporación de las pruebas propias, el contraexamen de las pruebas de su adversario y los discursos persuasivos, cada una de las partes plantea una hipótesis y la argumentación con el fin de instalar en la mente del tribunal su versión como la única que se corresponde con la realidad de los hechos que son objeto del proceso y que le resultan favorables para vencer en la contienda ”.

¿La pregunta formulada en antes esta íntimamente ligada con el interrogante relacionado con cuál es el conocimiento para que condenar que se exige al Juez dentro de nuestra legislación procesal penal ?

En el artículo 250 de la Constitución original de 1991, se consagró como un deber de la Fiscalía General de la Nación, el principio de investigación integral, lo cual fue consignado como norma rectora, obligatoria y prevalente, tal como se desprendía de los artículos 20 y 24 de la Ley 600 de 2000.

La jurisprudencia nacional sobre esta materia advirtió en su oportunidad que este principio estaba íntimamente ligado con el de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba y con el de oficiosidad, según el cual el operador judicial, sea este fiscal o juez, en la determinación de la verdad real, cuya búsqueda, le encomendaba el artículo 234 del estatuto adjetivo penal en cita, estando obligados a ordenar se incorporen los medios de convicción que le permitan llegar al conocimiento certero de lo que era objeto del debate en el proceso, dilucidándose con igual cuidado los aspectos favorables como los desfavorables al procesado.

En la sentencia C- 1194 de 2005, la H. Corte Constitucional, expuso:

”En efecto, de acuerdo con el sistema de investigación que viene desmontándose, acogido por el constituyente de 1991 y que todavía rige en los territorios en los que no ha entrado en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio, la Fiscalía está

obligada a desplegar una instrucción integral respecto del hecho delictivo. El método de investigación integral -de estirpe alemana-²² compromete al ente de instrucción en la investigación de los elementos de convicción favorables que pudieran absolver de responsabilidad al procesado, así como de los desfavorables que pudieran perjudicarlo. El artículo 250 constitucional establecía dicha obligación en los siguientes términos: “[I]a Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten”.

La metodología de la instrucción integral –que obliga a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable- encaja convenientemente en el sistema judicial de corte inquisitivo, pues, en aquél, la Fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales en la medida en que resuelve aspectos vinculados con la situación jurídica de los derechos fundamentales del procesado, incluyendo el de su libertad personal. En el sistema procesal penal aplicado en Colombia hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía no es un contrincante del debate jurídico, sino un funcionario con poderes autónomos de decisión que, en ejercicio de los mismos, tiene la posibilidad de afectar derechos fundamentales.

Por su parte, frente a la obligación constitucional que recaía sobre la Fiscalía y que la obligaba a actuar diligentemente en la obtención de las pruebas exculpatorias del procesado, éste podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa. Por ello, resultaba concordante con esa lógica que si la Fiscalía podía

22 Ordenanza Procesal Penal alemana, esolío 160, II. Cfr Claus Roxin. Derecho Procesal Penal (Buenos Aires: del Puerto, 2000) p. 53. Citado por Jaime Enrique Granados Peña y Mildred Hartmann Arboleda en “la función del descubrimiento de la prueba en el nuevo sistema acusatorio colombiano”. Revista de la Defensoría Pública de Colombia, N°2 La Defensa.

resolver autónomamente, por ejemplo, la preclusión de la investigación, y el procesado pudiera permanecer inactivo en el proceso, existiera una norma que obligara al ente de instrucción a investigar también lo que resulte favorable al procesado.

En el sistema penal de tendencia acusatoria, por el contrario, la Fiscalía no ejerce funciones jurisdiccionales –las que podrían reputarse como tales están sujetas a la aprobación del juez de garantías-, y su competencia se circunscribe al recaudo del material de convicción necesario para formular la acusación contra el imputado ”:

La ley 600 de 2000, no contemplaba como principios probatorios los de inmediación y concentración probatoria, toda vez que regía el principio de permanencia de prueba, lo que implica que , las pruebas practicadas por la Fiscalía durante la investigación preliminar o la instrucción son válidas también en la etapa de juzgamiento, sin necesidad de repetirlas, siendo válido utilizarlas utilizarse para desvirtuar la presunción de inocencia .

La permanencia de prueba en materia de testigos implicaba que si estos ya habían rendido su versión en la investigación previa o durante la instrucción, no era imprescindible su presencia en la audiencia de juzgamiento, salvo que los sujetos procesales no hayan tenido la posibilidad jurídica de controvertir.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo advierte de la siguiente forma:

“desde primigenios estadios de la instrucción, e incluso al momento de verificarse la investigación previa, se recojan los elementos suasorios suficientes para [...] no sólo

imponer medida de aseguramiento, sino acusar al encartado o proferir condena en disfavor suyo”²³.

La jurisprudencia penal ha venido señalando que el sistema mixto reglado en la Ley 600 de 2000, consagra un principio de progresividad, es decir que el proceso penal a medida de su desarrollo, refleja varios grados de conocimiento: la posibilidad, la probabilidad o la certeza; además, los elementos de convicción recabados durante las preliminares fases del proceso pueden servir para soportar una sentencia condenatoria, dado el principio de permanencia de prueba.

Dentro de este sistema mixto, la prueba practicada dentro del juicio oral - incluyendo la que el juez ha decretado de oficio para evitar impunidad, el error judicial o superar las dudas – para buscar la verdad material, debe ser contrastada, examinada y valorada con la prueba que vocación de permanencia se hizo acopió en el desarrollo de ese principio de progresividad al que hemos hecho alusión.

Al no operar dentro de la Ley 600 de 2000 el principio de inmediación, era dable proferir sentencia por un juez diferente al que practicó la audiencia de juzgamiento, ya que opera el principio de permanencia de prueba.

Lo anterior permite concluir que dentro del sistema penal desarrollado en la codificación adjetiva en cita, no existía la consagración de la tarifa legal negativa, siendo dable, bajo el principio de libertad probatoria, reglado en su artículo, a voces de la Sala Penal de la Corte: condenar, o mejor, demostrar la tipicidad del delito y consecuente responsabilidad del procesado, a partir exclusivamente de una o varias pruebas de referencia.

²³ Sentencia de 25 de abril de 2007, radicación 27062.

Bajo esta consideración, la Corte y en lo que tiene que ver con los efectos probatorios del testimonio de referencia, bajo el contexto de la Ley 600 de 200, ha señalado que su "examen opera dentro de los criterios generales de la prueba y específicos del testimonio, con las aristas que lo diferencian del directo, demandando no sólo de valoración individual, que permita significar el grado de credibilidad que se le otorga, sino dentro del plexo probatorio conjunto, a fin de determinar si compagina con los otros elementos suasorios o es repudiado por éstos " :

"El testimonio de oídas, indirecto, de referencia o ex auditu, per se, no puede ser desechado en el estudio conjunto de la prueba. Es posible de análisis y, por ende, objeto de la sana crítica judicial con fundamento en las leyes científicas, las reglas de la experiencia y los principios lógicos. Merece, entonces, el mismo examen que el directo. La Sala ha sido enfática sobre el punto. Por ejemplo, ha dicho que:

"Si bien es cierto el testigo de oídas lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos...y que generalmente ese concreto elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar con pruebas caracterizadas por su originalidad, que son las 'inmediatas', tampoco implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar en cada caso particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si se ha de tener en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presencié el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real

acercamiento al hecho que se pretende verificar (sentencia de 2ª. instancia, 29 de abril de 1999, M. P. Carlos E. Mejía Escobar)”²⁴.

Para la Sala Penal de la Corte, dentro del sistema mixto de la Ley 600, el testimonio de oídas, es plenamente válido, debiéndose analizarse dentro de los lineamientos previstos en su artículo 277, es decir que: ”Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”

Dentro del Radico 8.391 la Sala Penal de la Corte, respecto a la sana crítica expuso:

“En términos elementales, la sana crítica es el estudio de la prueba esencialmente con base en las indicaciones de la lógica y en las pautas trazadas por la ciencia y la experiencia²⁵. Es el análisis liberal, racional, cualitativo, que hace el funcionario judicial, mediante el cual puede llegar a la certeza o convicción positiva o negativa frente a la responsabilidad del procesado²⁶. Es, en fin, el estudio que conforma el norte del juzgador, “pues son la ponderación, la lógica misma y las reglas de la experiencia los fundamentos que debe tener en cuenta para demeritar o ensalzar determinada probanza no solo en cuanto a sí misma sino en relación con sus homólogos del devenir procesal”²⁷.

²⁴ SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2001, radicación 15286.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 21 de abril de 1998, radicado 12.812.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 2 de noviembre de 1993, radicado 7.423.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 10 de noviembre de 1993, radicado 8.205.

Cuando el Servidor de la justicia decide global y libremente pero centrado en la lógica, en la experiencia, en la ciencia, en la razón y en la ponderación, sigue la ruta de la sana crítica y, por tanto, sus conclusiones no pueden ser destruidas con la simple oposición hipotética que se haga a las conclusiones a las que arriba. Si fuera así, “se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los tribunales”²⁸.

Dentro de la Ley 600 de 2000, se consagró como normas rectoras el principio de que la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código; el de la finalidad del procedimiento, según el cual en la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial y buscarán su efectividad; la Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, esto es, el compromiso de los funcionarios judiciales en la búsqueda de la determinación de la verdad real, por lo que deben 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.

Dentro de un esquema de permanencia de la prueba, del juez de conocimiento con facultades para decretar prueba de oficio, la repetición en la audiencia de juicio de aquellas pruebas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir, la posibilidad del juez de participar activamente en la formación de la prueba durante el juicio y de variar la calificación jurídica provisional, lo que se pretende buscar es la VERDAD REAL, que en términos de FERRAJOLI, constituye el presupuesto del funcionamiento correcto del procedimiento penal en un Estado de derecho, amén de que la función judicial

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 10 de noviembre de 1993, radicado 8.391.

es una actividad cognoscitiva, en la cual las elecciones y las decisiones están justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos, "pero siempre referidos, como en cualquier forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva." Bajo este orden de ideas, en la Ley 600 del año 2000, el deber ser era la búsqueda de la verdad real, condicionamiento este referido a que la prueba necesaria para condenar debía producir en el fallador la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

El deber ser, de búsqueda de la verdad real de que habla La ley 600 solo pueden entenderse, si se tiene en cuenta que para FERRAJOLI, la verdad estaría calificada en el plano semántico como correspondencia solo por lo que sabemos y solo de forma aproximativa, precisándose que los dos criterios son necesarios en un plano sintáctico y un plano pragmático con miras a establecer la verdad.

En consecuencia el conocimiento para condenar exigido dentro de la Ley 600 de 2000, no es aquel que coincida perfectamente con la realidad - lo cual sería un imposible categórico bajo cualquier sistema - sino aquel que lleve al juez a un grado de certeza, es decir sobre los hechos y la responsabilidad penal del procesado, que con fundamento en las pruebas recabadas en audiencia y por fuera de ella, dado el principio de permanencia de la misma, llega a saber algo sin posibilidad de equivocarse, habiendo decantado con las reglas de la sana crítica las dudas que pueden aparecer.

Ese conocimiento para condenar, como se lo expuso en antes, puede derivarse inclusive de pruebas de referencia, de la confesión del sindicado como fundamento de la sentencia condenatoria, de la prueba que oficiosamente decretó el Juez, de la construcción indiciaria, en un claro ejercicio de una actividad reflexiva del operador judicial y no como el resultado de la prueba como una actividad transitiva de las partes al juez, como lo distinguido la Corte.

En lo que atañe al sistema penal acusatorio, debemos manifestar que el constituyente derivado por medio del Acto Legislativo N° 03 de 2002, adopta en Colombia el denominado principio con tendencia acusatoria, ni “típico ni puro”, bajo un principio adversarial modulado, con lo cual a voces de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no deja de “ser un proceso de “partes”, una de las cuales representa al Estado y se encuentra encarnada por la Fiscalía General de la Nación, cuyo objetivo es desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a su adversario, la otra “parte”, que es el imputado o acusado”, por lo que la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 1194 de 2005, ha sostenido respecto del Fiscal que “ pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial”.

En la sentencia C-591 de 2005, la Corte señala:

”En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e intermediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en a pruebas pacticadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales ”.

Con la Ley 906 de 2004, se abandona el principio de permanencia de la prueba, amén de que el centro de gravedad del procedimiento será el juicio oral, por lo que de la norma rectora contenida en el artículo 16 del estatuto citado, se consagra una Tarifa Legal Negativa, ya que como desarrollo del principio de inmediación se tiene que en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

Por lo que la Corte Constitucional sobre este principio en la sentencia citada en párrafos precedentes ha señalado que : ” el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquellaposibilidad “que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal”²⁹. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin³⁰, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de

²⁹GERDPFEIFFER, Libro homenaje a Bemann, Munich, 1997, citado por O.J. Guerrero, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2005.

³⁰CLAUS, Roxin, Derecho procesal penal, Buenos Aires, 2000, p. 395.

prueba en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales”³¹ ”

A diferencia de lo que ocurría bajo la sombra de la Ley 600 de 2000, en la Ley 906 de 2004, y con fundamento en el principio de inmediación : El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

En anterior trabajo se plasmaba que respecto al principio de inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba, es dable señalar que la jurisprudencia nacional ha señalado que la inmediación permite al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes, mientras la concentración hace posible valorar el acervo probatorio en un lapso temporal que no debe ser prolongado, para que lo interiorizado por el juzgador no se desvanezca (T- 202-2011), en una clara referencia al desfile probatorio en presencia del Juez, para que en desarrollo y ejecución de la capacidad perceptora de su persona, forme su convencimiento. No es lo mismo que le cuenten que presenciarlo, determina el dicho popular.

En la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 12 septiembre de 2012, con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández, sobre esta temática expuso:

³¹ En palabras de Lorenzo BojosaVadell “Las exigencias del principio de contradicción y el de inmediación exigen distinguir entre actos sumariales y actos de prueba y conlleva la necesidad de dar valor probatorio únicamente a la prueba practicada en la fase de juicio oral, con la estricta excepción de las pruebas anticipadas y preconstituidas, siempre que se hayan llevado a cabo las debidas garantías, principalmente el cumplimiento del deber de información e ilustración de sus derechos al imputado con el fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y esta sea obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales”, en “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”, en Derecho Penal Contemporáneo, dic. 2004, p. 58.

”Desde la sentencia de casación del 30 de enero de 2008³², la Corte viene reconociendo que en el sistema de procesamiento penal de 2004, la etapa del juicio se constituye en el eje fundamental del proceso, porque es allí donde los principios de inmediación y concentración de la prueba se manifiestan con mayor fuerza, en el desarrollo de un debate público y oral, con la práctica y valoración de las pruebas recaudadas por el juez que ha decidir el caso. Sobre tales principios dijo la Sala en esa oportunidad:

“En concreto, atendiendo a los principios de inmediación y concentración, en donde se centra el aspecto fundamental de este pronunciamiento, es deber del juez tener contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente. Por ello y para que la inmediación sea efectiva, se hace necesario que el debate sea concentrado y que no se prolongue para que la memoria no se pierda en el tiempo. El debate puede agotar todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, pero no se debe suspender por un periodo muy largo, pues de otra manera, parámetros de valoración como los propuestos en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 404 y 420³³, no se verían cumplidos, si se tiene en cuenta que la polémica, tanto jurídica como probatoria del juicio, se debe desarrollar ante el juez de conocimiento, en un lapso breve.

³²Radicado No. 27.192.

³³Artículo 404. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Artículo 420. Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la inmediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro.

Por tanto, los principios de inmediación y concentración, inspiradores de un sistema con una estructura y finalidades claramente determinadas, solo cobran sentido a través de la participación activa, ineludible y permanente del funcionario de conocimiento...”³⁴

Dentro de los principios rectores del sistema penal acusatorio Colombiano tenemos el de imparcialidad, según el cual 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; el de presunción de inocencia e in ubio pro reo, el de carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía General de la Nación; el de que para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, el de inmediación y la tarifa legal negativa, el de concentración; el de la finalidad de las pruebas, que no es otro de llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe; el conocimiento requerido para condenar referido al conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, sin que la sentencia condenatoria pueda fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

³⁴ Sentencia de casación del 30 de enero de 2008, radicado No. 27.192

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Radicado No. 28432 de cinco de diciembre de diciembre de 2007, en un caso en el que el Tribunal Superior de Cali, mediante fallo de 19 de junio de 2007, revocó el fallo dictado el 29 de mayo del mismo año por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali, por medio del cual se había condenado a aún ciudadano por delito de tentativa de homicidio agravado, en sede de casación, sobre la certeza, la duda razonable y el principio in dubio pro reo, enseñó:

”Según el artículo 5º de la Ley 905 de 2004, “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” (subrayas fuera de texto).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquel, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, sicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal. En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7º, lo siguiente:

“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

“En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal.

La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”.“En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (subrayas fuera de texto).

Como viene de verse, en la referida legislación fueron refundidos en un solo precepto, tanto la presunción de inocencia, como el principio in dubio pro reo, íntimamente relacionados con el concepto de verdad al que atrás se aludió.

En efecto, la convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional³⁵ y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

³⁵En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales ”.

Para la Corte, el término más allá de duda razonable, es asimilable a la certeza racional propia de la verdad como razón teleológica del proceso penal, señalándose en el proveído al que se viene haciendo referencia que :

”...la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, como que se contrariaría la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas, si la finalidad del proceso fuera la mentira, la falacia o el sofisma.

Corroborar el anterior aserto el texto de las últimas legislaciones procesales colombianas, como sigue:

En el artículo 218 del Decreto 409 de 1971 se disponía que para proferir sentencia de condena era necesario obtener “prueba plena y completa” sobre la demostración del hecho y la responsabilidad del autor.

En el artículo 247 del Decreto 050 de 1987 se exigía como prueba para condenar aquella que condujera a “la certeza del hecho y la responsabilidad del acusado”.

En el artículo 247 del Decreto 2700 de 1991 la exigencia probatoria para condenar se circunscribía a la “prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”.

A su vez en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 se establece que “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”.

Como viene de verse, es incuestionable que la certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, que a la postre comporta la noción de verdad racional dentro del proceso penal, no es característica exclusiva del sistema procesal penal acusatorio ”.

Respecto a los límites constitucionales en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, en la sentencia C- 396 de 2007, la más alta Corporación de Guarda e interpretación Constitucional señaló:

”13. Se advirtió en precedencia que, dentro de los parámetros constitucionales, el legislador goza de amplio margen de discrecionalidad en el diseño de los procesos judiciales y de los instrumentos procesales y sustanciales que permiten concretar la justicia material en el proceso penal. De esta manera, es claro que aunque es cierto que la búsqueda de la verdad fáctica es un objetivo constitucional que no puede abandonarse por las autoridades que tienen a su cargo esa labor, también

lo es que, a lo largo de la historia y en desarrollo de la política criminal, los Estados han diseñado diferentes modelos o técnicas para la averiguación de lo sucedido, puesto que, dentro del marco de la sociedad democrática se trata de conciliar la tensión existente entre el respeto por las libertades y derechos ciudadanos y la efectividad del derecho penal que, en sentido estricto, no es más que el reflejo del ejercicio legítimo del *iuspunendi* del Estado.

En el diseño de modelos procesales que buscan reconstruir los hechos y hacer coincidir la verdad fáctica con la verdad probada en el proceso, los Estados han utilizado fórmulas que oscilan entre la visión autoritaria de la justicia que autoriza a encontrar la verdad a toda costa, hasta la de los Estados democráticos en los cuales la verdad jurídica es una garantía que concilia la defensa de los derechos del procesado y de la víctima, de tal suerte que la verdad, que hace justicia, está referida a aquella que logra constatar hechos a partir de la prueba obtenida con las garantías propias del Estado Constitucional.

14. Este modelo de justicia penal en el que el Estado pretende obtener la verdad con las garantías de libertad es el adoptado en la Constitución de 1991, pues sin lugar a dudas la verdad en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas. Así, no puede desconocerse que la constitucionalización de las garantías procesales en el proceso penal es un mecanismo imperativo y necesario para concretar el valor superior del reconocimiento y realización de la justicia en el ordenamiento jurídico. De esta forma y, refiriéndose a la rigurosidad de las formalidades en el proceso penal para la protección de los derechos de los implicados, se ha concluido que “se distorsiona la verdad por medio de numerosas garantías jurídicas, como por ejemplo las prohibiciones de prueba, que se imponen en el camino de la indagación de toda la verdad. Ellas nos obligan a no tomar conocimiento de partes

de la realidad y a dejarlas a un lado en la búsqueda de la verdad. También esto resulta en una verdad formal”³⁶

Ejemplos claros de limitaciones constitucionales al derecho a la verdad y al deber del Estado de buscarla para proferir una sentencia justa, se encuentran en los artículos 29, 31, 32 y 33 de la Carta, según los cuales sólo pueden ser apreciados los hechos y circunstancias que rodean el caso con las garantías propias del derecho penal en los Estados constitucionales y democráticos, los que si bien es cierto constituyen un avance cierto y determinante en la dignificación del derecho penal y en la civilización de los Estados en la lucha contra la impunidad, también lo es que inclina la balanza en la tensión entre eficientismo y garantismo, a favor de la búsqueda de la verdad con plena eficacia de los derechos y libertades del procesado. En efecto, cuando la validez y eficacia de la prueba, que pretende desentrañar la verdad de lo sucedido, depende del cumplimiento de las formas del juicio penal y de los requisitos previstos en la Constitución y la ley, so pena de que sea nula de pleno derecho, resulta evidente que las garantías constitucionales del derecho penal limitan la labor estatal de búsqueda de la verdad. Igualmente ocurre en los casos en los que, a pesar de que muy probablemente se conozca la verdad de lo sucedido, el ordenamiento jurídico exime de autoincriminarse o, en aquellas situaciones en las que el juez considera proporcional al hecho verdadero una condena de mayor magnitud que se impide en beneficio del apelante único, o en casos en los que a pesar de haberse encontrado elementos probatorios fundamentales, no pueden ser valorados porque se adquirieron con violación del debido proceso.

En este aspecto, resulta interesante la advertencia del penalista alemán Claus Roxin Claus, cuando decía que si bien el Estado tiene el deber de esclarecer los

³⁶VOLK, Klaus. Los Principios del Proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas. Artículo publicado en Constitución y Sistema Acusatorio. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Septiembre de 2005. Página 207.

hechos, esa obligación “no rige en forma ilimitada”, pues está restringida por un número de prohibiciones en la producción de la prueba. Así, decía:

“La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado... ‘no es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio’” Página 191. Deja en claro que la averiguación de los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos³⁷.

Así las cosas, es evidente que la visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2º, de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso ”.

Como quiera que el delito contiene una estructura compleja y toda vez que el término prueba solo es predicable a la etapa de juicio, el escrito de acusación debe contener los hechos jurídicamente relevantes que busquen su constitución, razón por la cual, la finalidad de la prueba es acreditar, como dice TARUFFO la verdad o falsedad de cada hipótesis fáctica, por lo que la verdad como correspondencia, esto es, la idea de que lo que se busca es determinar la verdad de los hechos investigados no sería afortunada, amén de que no siempre se

³⁷ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Página 190.

logra acreditar los hechos tal como acontecieron en la situación empírica que constituye el soporte de la controversia judicial, máxime cuando a veces del autor en cita lo que se busca es " ...ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los " hechos de la causa ", tal como lo ha dicho la Corte Constitucional "...los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva..."

Como se expuso en otro ensayo, el conocimiento que debe tener el operador jurídico para condenar es cualificado, revestido de un plus que haga viviente los principios de dignidad humana, prohómene, indubio pro reo, el objeto de la prueba, la carga y necesidad de la prueba y los estándares mínimos de valoración probatoria, entre otros.

El plus a que se hecho referencia debe propender a desechar la duda, la incertidumbre, como presupuesto ineludible para poder afectar de manera definitiva el valor fundamental de la libertad.

La aplicación de este plus, para que el sistema se torne operante, debe partir de la concepción de la verdad como probable, la cual a veces de Jordi Ferrer Beltran, en su texto "La valoración de la prueba", es una verdad relativa, dotada de un nivel de certeza práctica, bajo determinadas condiciones, ya que "En concreto, para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan solo "supuestos o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen "probables" ... se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que renunciando al objetivo inalcanzable de verdad absoluta, recupera a través del concepto de "probabilidad", un elemento de objetividad."

Sobre esta temática, Mercedes Fernández López, del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante, en artículo titulado “La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable”, expone:

”En el sistema judicial anglosajón, del cual hemos importado la regla, la declaración de culpabilidad penal exige la prueba más allá de toda duda razonable (beyond a reasonable doubt), si bien no existe una delimitación clara de su alcance., únicamente hay acuerdo acerca de que más allá de toda duda razonable no puede entenderse equivalente a “más allá de toda sombra de duda”, pues en ese caso sería necesario descartar por completo cualquier otra versión de los hechos distinta a la inculpatória, mientras que se admite comúnmente que esta fórmula permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque improbables ”.

Como quiera que el término más allá de duda razonable, es asimilable a la certeza racional propia de la verdad como razón teleológica del proceso penal, el conocimiento para condenar tanto en la ley 600 de 2000, que el establecido en la ley 906 de 2004, es el mismo, difiriendo en el sistema probatorio reglado en cada uno de ellos, en los roles de los sujetos procesales y en la intensificación de garantías que presupone la tarifa negativa legal negativa, la prohibición de prueba de oficio, la proscripción de condena solo con base en prueba de referencia, la titularidad de la acción penal, que puede llevar a solicitar inclusive la absolución perentoria o la preclusión.

El artículo 361 de la ley 906 de 2004, señala:

”Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio’.

El artículo 4 de la ley 57 de 1997, señala: "Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castiga".

En este caso la ley prohíbe expresamente al juez de conocimiento decretar la práctica de pruebas de oficio.

En el numeral 7º del C de PP, se consagra como norma rectora, como un derivado del principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba, en el sentido de que corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal y en consecuencia la duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

La prohibición encuentra sustento en los siguientes postulados desprendidos de la jurisprudencia:

1. Una postura previa al juicio oral, asumida por el juez de conocimiento acerca de la proyección de la acción penal, la responsabilidad del imputado, la tipicidad del hecho, la materialidad fáctica del mismo, o la intervención del investigado en el hecho, afecta de manera significativa la posición de neutralidad y equilibrio que debe mantener el juez dentro del modelo adversarial.

En efecto la Corte Constitucional en la sentencia C- 881 de 2011, expuso:

"La jurisprudencia de esta corporación³⁸ ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se

³⁸ Sentencias T-176 de 2009, T-080 de 2006, T-266 de 1999; Autos A-039 de 2010, y A-169 de 2009.

traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso ”.

2. Tanto la Fiscalía como al imputado están facultados dentro del actual sistema penal de tendencia acusatoria para el recaudo de material probatorio, relativo a evidencia física e información que permita esclarecer los elementos del delito, material que será decisivo para el posterior desarrollo del proceso penal, especialmente para el momento de la acusación y el descubrimiento de las pruebas de cargo por parte de la Fiscalía, como para que el imputado y su defensa hagan valer durante el juicio oral el material probatorio por ellos aportado.

3. Los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía. (C-454 de 2006).

4. En el sistema colombiano el Ministerio Público es un interviniente sui generis que también puede abogar por los derechos de todos, incluidas las víctimas en dicha etapa, sin sustituir ni al Fiscal ni a la defensa.

El artículo 112 del C de PP, señala que: El Ministerio Público podrá solicitar pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 284 del presente código.

Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código.

El inciso 4º del artículo 357 determina: Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

5.1 LA PRUEBA DE OFICIO EN CONTROL DE GARANTIAS- ART. 361 DEL C.P.P.

Si bien el Procedimiento Penal que fue implantado bajo los parámetros del Acto Legislativo N° 3 de 2002 está lejos de ser un sistema acusatorio, es esta la tendencia que se le ha querido implementar, por eso, y en consecuencia, no extrañe, que el artículo 361 del Estatuto Adjetivo prohíba expresamente al juez practicar pruebas de oficio.

Ahora bien, si entendemos en términos estrictos que las únicas pruebas reconocidas como tales en desarrollo del proceso penal son las que se practican en la audiencia de juicio oral, estaríamos igualmente reconociendo que es a éstas y no a otras que se refiere dicha preceptiva, al juez que le está vedado ejercer esa facultad oficiosa es al juez de conocimiento, no al juez de control de garantías. No obstante lo anterior consideramos que de manera independiente a la función, una de las razones más determinante es la de mantener la consonancia del sistema, el tema de la imparcialidad, de la igualdad de armas, por ejemplo, son aspectos que le son comunes tanto al juez de conocimiento como al juez de control de garantías en aras de establecer la objetividad, la verdad y la justicia en desarrollo de la función que se asuma.

Estamos de acuerdo con quienes refiriéndose al tema acusan que el legislador no ha debido referirse en términos tan absolutos, pues “sin desnaturalizar la concepción misma de un sistema de partes, conveniente resulta que se hubieran expresado las circunstancias bajo las cuales el juez podría excepcionalmente ordenarlas, con miras a la supremacía de los fines constitucionales que se han establecido para el proceso penal (...)”³⁹.

³⁹ Gómez Orozco José Alejandro. Análisis Doctrinal de la Prueba. Segunda Edición. P. 142

Ahora bien, con el fin de garantizar la igualdad de las partes y de restringir funciones judiciales a la Fiscalía, opera la figura del Juez de Control de Garantías; de acuerdo con la Corte Constitucional es el juez constitucional por excelencia, se le ha confiado nada menos que la defensa del ciudadano contra los posibles abusos del poder del Estado, no en vano se dice que este tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal y en ese orden no falta quien reconozca que “la relevancia de su actuación le permite decretar pruebas de oficio, cuando lo considere estrictamente indispensable, sin que dicha función implique, como lo ha dicho la Corte, (refiriéndose a la Corte Constitucional) la conversión de la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez.”⁴⁰

Refiriéndose sobre el particular esta alta corporación señala:

“La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y la funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima.”⁴¹

La Corte Suprema de Justicia igualmente se ha encargado de reconocer que la prohibición de la que se viene hablando tiene un carácter excepcional. Se trata como se advierte de evitar que el juez invadiendo una órbita que no le corresponde determine el destino del proceso, anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, lo que no significa tampoco que este pueda convertirse en un convidado de piedra pues la dinámica del proceso penal le exige lo contrario; no

⁴⁰ Bernal Cuellar Jaime, Montealegre Lynett Eduardo. El Proceso Penal. 6° Ed., p 267.

⁴¹ Corte Constitucional Sent. C-979 del 2005.

se olvide que los lineamientos constitucionales que le son propios y la función jurídico política que se le ha confiado debe traducirse en todas sus actuaciones. Este mismo alto tribunal refiriéndose al tema de las pruebas de oficio por parte del juez, señala:

“(…) Cuando el juez vela por el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, entre ellos alcanzar el valor de la justicia material dentro de un marco jurídico (no por fuera de la legalidad), entonces la actividad jurisdiccional se proyecta más allá del caso particular hacia el alcance de los fines superiores del Estado.

(…) De ahí que no son legítimas las pretensiones de relegar al juez al plano de un mero espectador, a quién no corresponde más que declarar la verdad que a bien tengan construir los intervinientes en desarrollo del proceso penal; pues, contrario a tal postura, el juez debe luchar por alcanzar la verdad histórica objetiva, aquella desde la cual pueda realizarse la idea de justicia material, y no solamente la justicia formal”.

(…) La búsqueda de la justicia “dentro de un marco jurídico”, como se reclama desde el preámbulo de la carta, es un valor superior y cometido programático del Estado social, democrático y de derecho (...).⁴²

Queda claro entonces que lo importante es que la postura que eventualmente asuma el juez, al momento de decretar pruebas de oficio, debe estar debida y suficientemente sustentada frente al caso concreto, caso contrario se estarían desconociendo los fines constitucionales y la materialización de la justicia.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Cas. Penal. Sent. 22 de junio de 2005. M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Desde esta perspectiva debe entenderse que fundamentalmente el proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez, es en esta dirección y de manera excepcional que el juez independientemente de conocimiento o de garantías está facultado para decretar pruebas de oficio, no obstante advertir que existe prohibición expresa al tenor del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal.

5.2 LA PRUEBA DE OFICIO EN LA ETAPA DE JUCIO EN COLOMBIA- LEY 906 DE 2004.

El estudio del tema es importante, no solo por que ha sido poco explorado y los pronunciamientos jurisprudenciales, se limitan a precisar que no es posible decretar pruebas de oficio en el procedimiento penal que se gobierna bajo el esquema de la ley 906 de 2.004, no obstante en el capítulo anterior ya analizamos en que etapas del proceso se pueden decretar la pruebas de oficio, sin que ello implique des- balancear las cargas.

El art. 361 del C.P.P., como se dijo, delimita la facultad del Juez de Conocimiento en el decreto de pruebas de oficio, y en punto a este tópico la Corte Constitucional sostuvo:

“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”⁴³.

En este pronunciamiento también se tocó el tema de la imparcialidad judicial en proceso penal-concreción a través de la neutralidad probatoria; y de la imparcialidad judicial en proceso penal-instrumentos para garantizar imparcialidad objetiva, lo cual ya fue objeto de análisis.

5.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

La Corte Constitucional ha lineado que el decreto de pruebas de oficio en la etapa del Juicio, no es posible para no afectar el balance de cargas entre los sujetos procesales, como quiera que el sistema es eminentemente adversarial, en efecto, en la Sentencia C-396/07, se sostuvo:

“PRUEBA DE OFICIO EN PROCESO PENAL- Prohibición en audiencia preparatoria/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROBATORIA-Alcance

⁴³ Sentencia 396 de 2007.

Para la Sala es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio de sistema penal acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de éste en algunas legislaciones, también se aparta de otras características. De esta forma, es lógico inferir que el hecho de que otros países hubiesen adoptado la prueba de oficio como una regla necesaria en el proceso penal, no significa que el legislador colombiano estaba obligado a seguir esa corriente en nuestra legislación. Es más, el hecho de que en países en los que la prohibición de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio es aún más absoluta que en Colombia, tales como Estados Unidos y Puerto Rico, nuestro legislador se encuentre en el deber constitucional de regularlo en forma idéntica. De hecho, como ya se advirtió, el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS-Concepto/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS-Aplicación en prohibición pruebas de oficio/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS-Núcleo esencial del derecho al debido proceso e igualdad en el acceso a la justicia

La pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción. En efecto, la aplicación

del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes.

5.4 LA PRUEBA DE OFICIO EN EL DERECHO COMPARADO:

En resumen en un Sistema Penal Acusatorio en Derecho Comparado, el decreto de pruebas de oficio de manera excepcional ya que deviene la pasividad probatoria del juez como característica, así lo analizó la Corte Constitucional en la citada providencia C-396 de 2007.

La Corte Suprema de Justicia, sobre la igualdad de armas en el proceso, y la búsqueda de la verdad, consideró que se puede sacrificar con la limitación de los jueces de conocimiento para decretar pruebas de oficio, por lo cual ha vertido análisis importantes, como en que adelantó en la sentencia del 11 de Julio de 2007, con ponencia del honorable Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, en este pronunciamiento, se decidió un recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Diego Fabián Méndez Paz contra la sentencia de segunda

instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Valle), mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira (Valle) que lo condenó como autor del Delito de Cohecho por Dar u Ofrecer.

Y ya desde el radicado 24.468 en sentencia del 30 de marzo de 2006, no casó una sentencia condenatoria, basada entre otras pruebas en un testimonio ordenado por el Juez de manera oficiosa.

En un pronunciamiento posterior, la Corte Suprema de Justicia indicó que no obstante esta limitación, sí podía tener participación activa en materia probatoria para asegurar la igualdad de armas y proteger los derechos fundamentales, interponiendo sus buenos oficios para que se practique el examen solicitado por la defensa, y hace comparecer por vía de orden de conducción a los testigos, sentencia del 23 de Abril de 2008, radicado 29.118.

En el pronunciamiento jurisprudencial que hemos citado para abordar diferentes temáticas de nuestro trabajo, ello es la sentencia C-396 de 2007, la guardiana de la constitución, hizo alusión al porque de la restricción de la prueba de oficio en el Sistema Penal Acusatorio, en efecto sostuvo:

“En efecto, ya se recordó en esta providencia que la Corte Constitucional ha dicho, en reiteradas oportunidades⁴⁴, que el proceso acusatorio en nuestra legislación no es típicamente adversarial, ni un sistema acusatorio puro, por lo que el juez no es un árbitro, sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito. De ahí que, el sólo hecho de que la pasividad

⁴⁴Sentencia C-591 de 2005. En el mismo sentido, pueden verse las sentencias C-873 de 2003, C-1260 de 2005 y C-454 de 2006, entre otras.

probatoria del juez sea una regla estructural en el esquema penal acusatorio no es suficiente para concluir la constitucionalidad de la norma acusada.

De hecho, en el derecho comparado se observa que muchos países que optaron por el proceso penal acusatorio o con tendencia acusatoria conservan, si bien de manera relativa y excepcional, la iniciativa probatoria del juez, sin lo cual no puede decirse que el sistema dejó de ser acusatorio.

Por ejemplo, el artículo 268 del Decreto Ley 78 de 1987 o Código de Procedimiento Penal de Portugal, autoriza al juez, en casos precisos, a decretar pruebas de oficio. De igual manera, el artículo 388 de Ley 23984 de 1991 en Argentina, dispone que “si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de ellos”. También, el artículo 507 del Código Procesal Penal Italiano de 1988, dispone que “terminada la práctica de pruebas, si fuere absolutamente necesario, el juez puede disponer, aún de oficio, la práctica de nuevos medios de prueba”. Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela prescribe, en su artículo 360, que “excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento, El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”. Finalmente, los artículos 728 y 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España, señalan:

Artículo 728. “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”.

Art. 729. “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1°. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2°. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

3°. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.”

En consecuencia, en estos países cuyo sistema penal es acusatorio o con tendencia acusatoria, si bien es cierto que la atribución de la competencia general para instruir las causas penales y, por consiguiente, para recaudar las pruebas o los elementos probatorios y evidencias que se llevan al proceso para demostrar la verdad de lo ocurrido, corresponde al Ministerio Público o a la Fiscalía, según las diferentes denominaciones, no lo es menos que, en situaciones excepcionales, el juez podría decretar pruebas de oficio.

Así las cosas, no es totalmente acertado concluir que la actividad probatoria del juez sea abiertamente incompatible con el proceso penal acusatorio o que la relativización de la prohibición de la práctica de pruebas de oficio genere un cambio estructural al sistema.

Por consiguiente, ahora debe averiguar la Sala si es constitucionalmente válido que, ante la insuficiencia de elementos probatorios en el juicio, el juez deba proferir fallo sin que pueda decretar pruebas de oficio. Para ello, se analizará si, como lo afirman todos los intervinientes, la justificación para la prohibición

demandada se encuentra en la correcta interpretación de los conceptos de imparcialidad e igualdad de armas probatorias en el proceso penal.”⁴⁵

5.5 LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY 600 DE 2004.

El Artículo 401 de la ley 600 prevé: “Audiencia preparatoria. Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. El juez podrá decretar pruebas de oficio.”

Es así como de manera categórica permite al juez decretar u ordenar pruebas en la etapa de juicio, pruebas que le permitirán un mejor discernimiento para así tomar una mejor decisión, la que en derecho corresponda, lo que contraria a todas luces lo expuesto en la ley 906 de 2004 en su artículo 361 el cual reza: “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

En sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010), de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, cuyo Magistrado Ponente es el Honorable Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, en el proceso No. 33548, se trata de manera muy lógica de la oportunidad para incorporar o practicar pruebas que no hayan sido pedidas en el término legalmente previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, esto es, aquellas sobrevinientes o que se derivan de la etapa del juicio. En este caso, la Corte precisó que los artículos 401

⁴⁵ Sentencia C-396 de 2007.

y 409 de la citada ley 600, facultan al juez tanto a decretarlas de oficio, como también, a adoptar las determinaciones que considere necesarias con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos, toda vez que es el director de la vista pública.

Al mismo tiempo se dice que dicha facultad no es ilimitada, “por cuanto de acuerdo con el principio de preclusión de los actos procesales, y sólo atendiendo ese carácter teleológico de dilucidar los hechos, puede ordenar la evacuación probatoria, aun a instancia de los sujetos procesales, hasta antes de concederles el uso de la palabra para que inicien sus intervenciones finales”.

A su vez, la solicitud de pruebas en la fase del juicio ha de hacerse en el término de traslado previsto en el artículo 400 de la precitada Ley 600 de 2000, es decir, dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proceso, cuya petición se deberá atender en la audiencia preparatoria, sin que impida de igual manera que una vez estas sean practicadas en la audiencia pública, surjan otras que se desprendan de estas.

Es de tanta importancia este aspecto probatorio, que incluso es factible que con base en las pruebas ordenadas previamente y practicadas en la audiencia pública, se varíe la calificación jurídica del acusado tal como lo señala el artículo 404 de la ley referida, de lo cual se debe correr traslado a los sujetos procesales, quienes al igual tienen el derecho de solicitar la práctica probatoria apuntalada a esa nueva acusación.

En palabras de propia Corte se tiene,

“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”.⁴⁶

⁴⁶ Cfr. Proveído de 25 de agosto de 2004. Radicación 22692. En similar sentido, sentencia de 3 de noviembre de 2004. Radiación 21715.

6. LA BUSQUEDA DE LA VERDAD.

El punto al que queremos llegar es a establecer la procedibilidad de la prueba de oficio en la ley 906 de 2004, para atrevernos a concluir que si hay afectación de la verdad subyacente a esta limitación, queremos en consecuencia enmarcar este estudio en especial al desarrollo jurisprudencial al respecto, y lo que han aportado destacados doctrinantes.

¿El tema de la verdad, ha interesado al hombre desde el inicio de los tiempos, pero que es en realidad la verdad?

El Diccionario de la Real Academia de la lengua española nos determina sobre la verdad:” (Del lat. verĭtas, -ātis).

1. f. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente.
2. f. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa.
3. f. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna.
4. f. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.
5. f. Cualidad de veraz. Hombre de verdad
6. f. Expresión clara, sin rebozo ni lisonja, con que a alguien se le corrige o reprende. U. m. en pl. Cayetano le dijo dos verdades
7. f. realidad (existencia real de algo).⁴⁷

Y si la verdad es la conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente, y la existencia real de algo, mas interesa al operador jurídico, quien tiene como misión desentrañar la verdad procesal.

⁴⁷ “Diccionario de la Real Academia Española”, 2014 - <http://lema.rae.es/drae/?val=verdad>
Felipe IV, 4 - 28014 Madrid - Teléfono: (34) 91 420 14 78

La verdad se debe entender como el eje principal de la reconciliación y la paz, la que a su vez, también es un derecho que tenemos los que de algún modo somos víctimas de esa violencia que marca a toda una sociedad.

González Salzberg (s.f.) define: "...el derecho a la verdad como el derecho que asiste a las víctimas –directas e indirectas– de graves violaciones al DIH o al DIDH, como también a la sociedad en su conjunto, a conocer lo verdaderamente ocurrido en tales situaciones”.

¿Así las cosas, la verdad es una pretensión social, o como la está siendo catalogada por las diferentes instituciones del gobierno?, para nosotros la verdad es simple y llanamente, un derecho.

Para las Naciones Unidas “el derecho a la verdad según el Comité de Derechos Humanos de la ONU (s.f.) Es un derecho tanto colectivo como individual. Toda víctima tiene derecho a conocer la verdad sobre las violaciones que le afectan, pero la verdad debe comunicarse también a la sociedad como una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones, según se indica en el principio 2 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”.

(Elementos estructurales del derecho a la verdad, Luis Andrés Fajardo Arturo).

Entre los elementos de la búsqueda de la verdad, es necesario identificar en qué consiste el derecho, así como identificar claramente los titulares tanto de derechos como de obligaciones, así como las condiciones adicionales que sean necesarias para que esta verdad sea exigible.

Los titulares de esta verdad son en primer lugar las víctimas y sus familiares, y en un segundo lugar la sociedad quien también tiene el derecho y el deber de conocer que sucedió.

“El sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertida en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal”. (Sentencia C-396/07). Así las cosas, este es un juego de roles, en el que cada uno de los intervinientes, tiene sus funciones establecidas, y compartimos el argumento de la corte en el sentido de que no es correcto ligar, por sí sólo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial.

La búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso, y ya lo expone la Sentencia C-396/07) y la Corte Constitucional en la sentencia C-1287 de 2001, cuando afirma que: “ En primer

lugar, el alto tribunal resalta que este derecho tiene relación con el proceso de humanización del ejercicio de la acción penal, si se tiene en cuenta que “en desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, proscriben las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a confesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco”.

Compartimos de igual manera que la verdad “se forma en una participación democrática de las partes. Ya no se trata de una verdad formada en la interior del juez, por su íntima convicción. En realidad, la verdad se forma en el debate contradictorio de las hipótesis propuestas mediante la contrastación de los elementos probatorios con la realidad. Eso nos dará una verdad objetiva, pues la hipótesis que se asuma ha sido sometida a la verificabilidad y a la refutabilidad⁴⁸”.

Así, la verdad es resultado de una contrastación de hipótesis por medio de instrumentos de conocimiento –prueba-, por ello la verdad no resulta de una inspiración mística o de trance individual del juez, sino de un procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable de manera intersubjetiva”.⁴⁹(Negrillas nuestras). (Actividad probatoria y valoración racional de la prueba, Rodrigo Rivera Morales)

⁴⁸ GUZMÁN, Nicolás (2006), La verdad en el proceso penal, ob cit. p. 65.

⁴⁹RIVERA Morales Rodrigo “ACTIVIDAD PROBATORIA Y VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA”

7. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES.

El artículo 144 de la Ley 1098 de 2006 señala:

”PROCEDIMIENTO APLICABLE. Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente ”.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-740 de 2008, por lo que en principio se tendría que la prohibición de prueba de oficio reglada en el artículo 361 del C de PP, rige también para el juez de conocimiento de los procesos de responsabilidad penal de adolescentes.

Mas sin embargo creemos que se debe tener en cuenta que según el artículo 140 de la prenombrada ley en caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Así las cosas es dable traer a cita los siguientes lineamientos jurisprudenciales plasmados en la sentencia T- 117 de 2013:

”Sobre el contenido del interés superior del menor en la legislación nacional e internacional

El artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás, aspecto ampliamente desarrollado por esta corporación en numerosa jurisprudencia⁵⁰ y consagrado en los artículos 6, 8, 9, 18 y 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 de 2006, manifestaciones nacionales de la extensa doctrina del “interés superior del niño”⁵¹, fortalecida en el derecho internacional⁵².

Al respecto en fallo T-408 de 1995, se precisó que el interés del menor de edad “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”. Allí mismo se explicó que “ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable

⁵⁰ T-514 de septiembre 21 de 1998, T-794 de septiembre 27 de 2007 y C-804 de 2009, entre otras.

⁵¹ L. 1098 de 2006, art. 6°. Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

Art. 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Art. 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

⁵²La Convención sobre Derechos del Niño establece en el artículo 3-2 que “los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley...”.

para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario: el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El sentido mismo del verbo ‘prevalecer’⁵³ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor.”

De tal manera, el principio de prevalencia del interés superior del menor de edad exige de las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que afecten los derechos del menor, al tener su interés superior un contenido de naturaleza “real y relacional”⁵⁴. Es obligación entonces del Estado asumir un compromiso que garantice el bienestar físico y espiritual del menor y en consecuencia disponer todas las acciones y medidas a fin de mitigar su situación de debilidad.

Por otro lado, la sentencia T-510 de 2003, reseñó:

“¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que

⁵³“De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ‘prevalecer’ significa, en su primera acepción, ‘sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras’.”

⁵⁴ T-408 de septiembre 21 de 1995.

es de naturaleza real y relacional, ... sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la Ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

En igual sentido, diversos instrumentos internacionales han brindado especial reconocimiento a los derechos de los niños, niñas y adolescentes: (i) en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; (ii) en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; (iii) en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24); (iv) en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y (v) en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Tal como lo pone de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

Ciertamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 19, es inequívoca en determinar que, son los Estados Partes los llamados a establecer medidas de protección no sólo en el campo legislativo, sino también en el administrativo, económico y social a favor de los niños. Lo anterior, por cuanto la condición de debilidad manifiesta en que se encuentran (C.P. art. 13), dado su estado de formación y crecimiento, no les permite discernir sobre las consecuencias de sus actos y, en especial, en relación con los efectos que su comportamiento puede acarrear para sí y para los sociedad. Dichas disposiciones determinan que:

“Artículo 19. (1). Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

(2). Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

En consecuencia, existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos

que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan.

En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44).⁵⁵ ”

Ahora bien, el tema de la verdad, atañe de manera especial a las víctimas de las conductas punibles y en especial cuando los menores de edad, son víctimas de delitos.

La guardiana de la Constitución se ha preocupado del tema y respecto de las reglas que se deben seguir para recepcionar testimonios a menores, ha lineado que su omisión configura un defecto procedimental, al efecto sostuvo:

⁵⁵ Sentencia T-078 de 2011.

7.1 EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE CONDUCTAS PUNIBLES, FORTALECE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD.

En el suceso de que en la investigación penal se tengan como víctimas a menores de edad, las garantías del debido proceso adquieren un plus determinado por la necesidad de proteger al menor de edad y evitar su revictimización, en respeto de su dignidad humana.

De igual forma, el deber que consagra el artículo 250, numeral 6, de la Constitución Política relativo a la obligación de “solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito, debe ejercerse con mayor celo cuando se indica que el sujeto pasivo de la conducta penal es un menor de edad, quien se encuentra en un alto grado de indefensión y vulnerabilidad, no sólo respecto de los adultos imputados o investigados dentro del proceso, sino frente al sistema mismo, pues su derecho como víctima de acceder a la administración de justicia - particularmente dentro de la acción penal-, está mediado por la voluntad y actuación del adulto encargado de su cuidado ya sea como representante legal, cuidador, defensor del pueblo o defensor de familia.

Por ello, los operadores de justicia (jueces y fiscales), se ven compelidos a cumplir sus funciones conforme al principio de prevalencia de los derechos de los niños y al deber que conlleva el principio de corresponsabilidad en materia de protección de los derechos de los niños. Esto implica el deber de agotar todos los esfuerzos para que dentro de las investigaciones penales se establezca la verdad, cuidando de no revictimizar el menor.

Frente a conductas que vulneran la libertad, integridad y formación sexual, la Corte ha insistido en la existencia de unos deberes especiales negativos y positivos de protección por parte de los funcionarios judiciales, derivados del interés superior del menor y de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, en sentencia T- 554 de 2003, consideró:

“Deberes negativos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

(...) 3.3. Deberes positivos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

La garantía del derecho a la igualdad de los menores víctimas de abuso sexual conlleva el cumplimiento de algunos deberes positivos por parte de los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento de tales delitos, así como de aquellos que ejercen funciones de Ministerio Público.

De manera general, los mencionados funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual”.

Por lo anterior, cuando se trata de examinar tanto la procedibilidad de la acción de tutela, como de revisar si se cumplió con el debido proceso por los funcionarios encargados de adelantar la investigación de conductas punibles en las cuales se refiere como víctima a una persona menor de edad, no deben seguirse con extremo rigor los parámetros que se emplean al momento de determinar la procedencia del amparo por vulneración del debido proceso.

3.6. Deber de atender al principio de interés superior del menor en la actividad probatoria desarrollada por la Fiscalía General de la Nación en las investigaciones de conductas cometidas contra menores de edad.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional la forma acuciosa como se desarrolle la diligencia de entrevista arroja información relevante sobre los hechos informados por el menor, así como sobre las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa de la conducta realizada contra su humanidad. Por ello los funcionarios judiciales están obligados a valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en la sentencia del 29 de febrero de 2008, radicado N° 28257 mencionó:

“Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente”.

Del mismo modo, los artículos 192 y 193 del Código de la Infancia y Adolescencia fijan reglas encaminadas a proteger los derechos de los menores de edad cuando son víctimas de delitos:

“Procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos: Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta Ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.”

La Corte Constitucional en sentencia T-078 de 2010, frente a un evento en el cual se dictó sentencia absolutoria al rechazar el testimonio de la menor víctima de abuso sexual, precisó:

“La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.”

En el mismo sentido, esta Corte en la Sentencia T- 117 de 2013, al conceder el amparo en un caso en que se negó valor a la entrevista brindada por el menor de edad víctima de la conducta investigada, señaló:

“resulta contraproducente para los fines perseguidos analizar el testimonio del infante particularmente en la entrevista forense que realiza el Defensor de Familia bajo la óptica formal y material como si se tratara adultos...”

Queda claro así que el principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia, y enseña que la participación de los niños en el proceso penal no sea un ejercicio simbólico, sino real y efectivo y esto implica que se le ofrezca información que puede comprender de acuerdo a su nivel educativo.”

Conforme con lo expuesto, corresponde a los funcionarios judiciales que intervienen en la investigación y juzgamiento de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes desplegar todos los recursos y medios disponibles a efectos de establecer la verdad, realizar un investigación integral y oportuna de los hechos que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial o de oficio, cuidando en la actividad de recaudo probatorio de atender siempre al interés superior del menor y el respeto a su dignidad humana, evitando cualquier acto que conduzca a su revictimización.

8. CONCLUSIONES

1. Como quiera que el término más allá de duda razonable, es asimilable a la certeza racional propia de la verdad como razón teleológica del proceso penal, el conocimiento para condenar tanto en la ley 600 de 2000, que el establecido en la ley 906 de 2004, es el mismo, difiriendo en el sistema probatorio reglado en cada uno de ellos, en los roles de los sujetos procesales y en la intensificación de garantías que presupone la tarifa negativa legal negativa, la prohibición de prueba de oficio, la proscripción de condena solo con base en prueba de referencia, la titularidad de la acción penal, que puede llevar a solicitar inclusive la absolución perentoria o la preclusión.

2. La prohibición de prueba de oficio encuentra sustento en los siguientes postulados desprendidos de la jurisprudencia:

- Una postura previa al juicio oral, asumida por el juez de conocimiento acerca de la proyección de la acción penal, la responsabilidad del imputado, la tipicidad del hecho, la materialidad fáctica del mismo, o la intervención del investigado en el hecho, afecta de manera significativa la posición de neutralidad y equilibrio que debe mantener el juez dentro del modelo adversarial.

En efecto la Corte Constitucional en la sentencia C- 881 de 2011, expuso:

”La jurisprudencia de esta corporación ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso ”.

- Tanto la Fiscalía como al imputado están facultados dentro del actual sistema penal de tendencia acusatoria para el recaudo de material probatorio, relativo a evidencia física e información que permita esclarecer los elementos del delito, material que será decisivo para el posterior desarrollo del proceso penal, especialmente para el momento de la acusación y el descubrimiento de las pruebas de cargo por parte de la Fiscalía, como para que el imputado y su defensa hagan valer durante el juicio oral el material probatorio por ellos aportado.
- Los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía. (C-454 de 2006).
- En el sistema colombiano el Ministerio Público es un interviniente sui generis que también puede abogar por los derechos de todos, incluidas las víctimas en dicha etapa, sin sustituir ni al Fiscal ni a la defensa.

El artículo 112 del C de PP, señala que: El Ministerio Público podrá solicitar pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 284 del presente código.

Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código.

3. El inciso 4º del artículo 357 determina: Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

De la sentencia C- 396 de 2007, mediante la cual se declaró la Constitucionalidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2007, podemos extractar lo siguiente:

a)-. "De hecho, autores como Ferrajoli afirman que "para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como, por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y, aunque sea de manera ambigua, también en el mixto"

Esa línea de separación de roles en la investigación y el juzgamiento como mecanismo adecuado para garantizar la neutralidad judicial aparece claramente con la figura introducida por el Acto Legislativo número 3 de 2002, según la cual, para evitar la "contaminación" del fallador, "el juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función". Esta regla de estricta separación de funciones genera, al mismo tiempo, el impacto psicológico de confianza y neutralidad del juez, quien aleja cualquier duda sobre su parcialidad cuando entra a conocer un asunto con los elementos probatorios que se le presentan en la misma oportunidad en la que debe evaluarlos.

En este mismo orden de ideas, el legislador consideró necesario desligar al juez de la función de averiguación de los hechos, por lo que dejó a la Fiscalía (artículo 250 de la Constitución), al Ministerio Público (artículo 357 de la Ley 906 de 2004), a la defensa (artículos 357, 124, 125 y 130 del nuevo estatuto procesal penal) y a la víctima (artículo 357 del Código de Procedimiento Penal con el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional en sentencia C-454 de 2006), la labor de aportar las pruebas suficientes para demostrar la veracidad de lo ocurrido con ocasión del delito.

En este contexto, la actividad probatoria en el esquema penal acusatorio se torna bastante más dialéctica que en el sistema inquisitivo, pues mientras la Fiscalía presenta las pruebas dirigidas a confirmar la veracidad de la acusación y la necesidad de la pena, las víctimas y, eventualmente, el Ministerio Público, para demostrar la responsabilidad penal del acusado, por su parte, el acusado se defiende suficientemente sólo si controvierte las pruebas practicadas. De esta forma, podría generar un impacto sobre la credibilidad y confianza en el juez que, mediante el decreto oficioso de pruebas, muestre la preferencia por alguna de las partes o sujetos del proceso penal. En otras palabras, a pesar de que es cierto que la actividad probatoria del juez no genera, por sí misma, una relación directa del juez con las partes o un interés o compromiso concreto con el resultado del proceso (imparcialidad subjetiva), también lo es que el hecho de adelantar la investigación de lo ocurrido y de analizar de cerca las consecuencias fácticas del delito, sí puede producir un prejujuicio o una postura anticipada que debe evitarse (imparcialidad objetiva).

En estas circunstancias, si el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o mejorar los elementos de convicción de la condena, por lo que debe aplicar el principio del in dubio pro reo y absolver al sindicado. Dicho de otro modo, la limitación del intervencionismo judicial en materia probatoria en la etapa del juzgamiento supone una garantía, en especial, para el acusado.

Por estas razones, es lógico concluir que la prohibición a los jueces de decretar pruebas dirigidas a investigar la veracidad de las acusaciones de la Fiscalía, desarrolla el principio de imparcialidad judicial garantizado en la Constitución ”.

b)-. "...la pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción ”.

C-.. "... el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria ”.

d)-. "... 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 ”.

e)- "...la justificación de la pasividad probatoria del juez de conocimiento encuentra respaldo constitucional desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre las partes en el sistema penal acusatorio, no tiene sustento alguno pretender aplicar esa misma tesis en la etapa procesal en la que no existen partes, ni controversia de pruebas, ni debate en torno a la validez y eficacia de la prueba dirigida a demostrar supuestos abiertamente contradictorios. Luego, es fácil concluir que la prohibición acusada no se aplica en el ejercicio de las funciones propias del juez de control de garantías, sino únicamente ante el juez de conocimiento y, en estos términos, la norma acusada se ajusta a la Constitución ”.

4. El artículo 144 de la Ley 1098 de 2006 señala:

”. PROCEDIMIENTO APLICABLE. Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente ”.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-740 de 2008, por lo que en principio se tendría que la prohibición de prueba de oficio reglada en el artículo 361 del C de PP, rige también para el juez de conocimiento de los procesos de responsabilidad penal de adolescentes.

Mas sin embargo creemos que se debe tener en cuenta que según el artículo 140 de la prenombrada ley en caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Las pruebas y su oportuna y razonada valoración representan el eje principal de cualquier proceso o controversia, ya que de su adecuada percepción depende el futuro de las pretensiones referidas por las partes; para tal efecto, el Juez dispone de una amplia gama de medios de prueba que pueden ser solicitados o aportados por las partes e intervinientes, con el objetivo de conformar un acervo que le permita al juez esclarecer el panorama jurídico.

En el Derecho probatorio, la valoración de la prueba puede ser objetiva o subjetiva; a su vez, el operador jurídico puede valorar la prueba de acuerdo al sistema de libre valoración o libre convicción, como también puede valorarla de acuerdo a lo señalado por el legislador. Éste último método ha sido denominado por los doctrinantes como tarifa legal; pese a ello, se puede afirmar que bajo postulados de independencia, intermediación e imparcialidad, el único mecanismo que permite que la valoración probatoria le otorgue al juez un grado de convencimiento es el de la libre convicción, sumado a que con su aplicación se elevan los niveles de exigencia en cuanto al estudio y conocimiento del caso en concreto, apuntando siempre hacia la búsqueda de la verdad.

De igual manera, el artículo 234 de la ley 600, nos habla de la facultad que se le daba al juez para decretar pruebas de oficio, siendo ésta suprimida con el nuevo sistema, siendo lo más adecuado atendiendo eso sí, al principio dispositivo en materia probatoria, ya que el juez no puede convertirse en un suplente del fiscal, quien es en últimas en quien recae la carga de la prueba en un sistema propio acusatorio, ni tampoco del defensor, aunado también en la aplicación del principio de separación de roles que caracteriza este sistema penal.

BIBLIOGRAFÍA

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

FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trota, Madrid 1997.

FIERRO MENDEZ, Eliodoro, Manual de derecho procesal penal, Editorial Leyer, Bogotá 2012.

GORPHE François, Apreciación judicial de las pruebas, ensayo de un método técnico, Editorial Temis, Bogotá 1998

ICFES. Serie Aprender a Investigar. Módulo 3: Recolección de la Información. 1999.

PARRA Quijano, Jairo, Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio, Temis, Bogotá 2004.

PARRA Quijano Jairo, Manual de Derecho Probatorio, librería ediciones del profesional, décima quinta edición, año 2006.

PEREZ PINZÓN ALVARO ORLANDO, Estudios sobre el sistema penal acusatorio, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006

URBANO MARTINEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria del proceso penal, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, Segunda Edición.

ZAFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General, EDIAR TEMIS, Buenos Aires 2005.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

Corte Constitucional, Sentencia C-396/07, M.P. Dr. Nelson Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 30 de Marzo de 2006, radicado 24.468.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 23 de Abril de 2008, radicado 29.118.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 2 de Diciembre de 2008, radicado 29.510.

Tribunal Constitucional español, sentencia STC-49-1998

REFERENCIAS DE PÁGINAS WEB

Aprende en línea. udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/.../3047

[www.ramajudicial.gov.co/Corte Constitucional-Corte Suprema de Justicia-consulta de jurisprudencia.](http://www.ramajudicial.gov.co/Corte_Constitucional-Corte_Suprema_de_Justicia-consulta_de_jurisprudencia)

“Diccionario de la Real Academia Española”, 2014

<http://lema.rae.es/drae/?val=verdad>