

EN DEFENSA DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA OFICIOSA EN MATERIA PENAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, LEGAL Y DE CONVENIENCIA PROCESAL.

*Andrés Felipe Arango Giraldo **

Resumen

El cambio de sistemática procesal, a través del fenómeno de la contitucionalización del derecho procesal, entendiéndolo como derecho constitucional aplicado, ha implicado un cambio en la concepción misma del papel del juez, quien como garante constitucional del proceso debido y entendiendo el proceso como instrumento para alcanzar la verdad y la paz social, exigen del juez intervención activa en el proceso y en la prueba misma. El texto que se presenta, pretende analizar el fenómeno del activismo judicial, específicamente frente al fenómeno de la prueba en el ámbito penal, en donde el autor pretende acreditar la inconveniencia de la práctica oficiosa de pruebas en materia penal, sin que ello implique la negación del papel activo del juez en el proceso. Se pretende pues, una defensa de la prohibición.

Palabras claves: Partes, proceso, pruebas, constitución, garantismo, debido proceso.

Abstract: The systematic change of procedure, through the phenomenon of contitucionalización procedural law, understood as a constitutional right applied, led to a change in the conception of the role of the judge, who as a constitutional

* Abogado Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Penal Y criminalística Universidad De Medellín. Maestrando en Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín. Docente de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación universitaria Remington. andresfelipe.arango@remington.edu.co

guarantee of due process and understanding the process as instrument for achieving truth and social peace require the judge's active involvement in the process and the test itself. The text is presented to analyze the phenomenon of judicial activism, specifically addressing the phenomenon of proof in criminal matters, where the author seeks to demonstrate the inappropriateness of the informal practice of criminal evidence, it does not entail the denial the judge's active role in the process. It is intended as a defense of the ban.

Keywords: Parties procedural, processing, testing, constitution, guarantees, due process

Las actuales tendencias del derecho procesal, más exactamente la vertiente contemporánea del mismo, a la luz de la Constitución Política de 1991, han exigido la reinterpretación del proceso penal, de la prueba, de los oficios de las partes y de la misma intervención del juez, que ha dejado de ser el juez “*árbitro*” para convertirse ahora en el juez proactivo, garante de los derechos fundamentales de las partes y de la tutela judicial efectiva, como parámetro de medición del nuevo esquema del proceso jurisdiccional. A este respecto vale la pena mencionar las reflexiones de Taruffo (1996).

Esta nueva visión del derecho procesal, como constitucionalización del derecho ha generado por parte de importantes tratadistas y doctrinantes nacionales e internacionales en materia procesal, como señala Ramírez:

La naturaleza jurídica del debido proceso es mixta porque es un derecho sustancial reclamable, es un fin en sí mismo. Cada uno de los principios que lo componen puede ser reclamado por cualquier persona individual o colectiva, y tendrá protección prevaleciente por medio de la tutela. Por otro lado, el debido proceso ostenta naturaleza procesal, porque es un entramado de garantías que tienen que permear todos los procedimientos o actos administrativos. (2009, p.68).

En todo caso, debate airado y caluroso frente a los poderes de instrucción en materia probatoria por parte del juez director del proceso.

No obstante lo anterior, la polémica actual deja entrever que la discusión se ha centrado en una de dos vertientes: la primera de ellas es la que enfoca la actividad procesal de manera genérica, bajo la afirmación, absolutamente válida por demás, de que el proceso es uno solo variando solo el procedimiento entendido como la ritualidad del mismo, y ello porque se parte de la premisa antes enunciada: el derecho procesal no es más que la constitucionalización del derecho sustancial. La segunda de las corrientes enfoca la problemática, aunque sin limitar la esfera de repercusión de tan importantes argumentos al proceso dialógico civil tocando en vez las esferas del proceso penal Colombiano, sin ahondar en la estructura del mismo, estructura que ha de compartir los supremos postulados constitucionales, pero que sin embargo se distingue palmariamente del procedimiento civil en aspectos sustanciales como las partes y sus atribuciones, las funciones de las mismas, obviamente la ritualidad procesal y sobre todo, el elemento *sine qua non* de todo proceso – La pretensión.

El objetivo que ahora se propone en estas cortas líneas, es acreditar la inconveniencia de la práctica oficiosa de pruebas en materia penal por parte del juez de conocimiento como lo señala el artículo 361 del Código Penal y para ello me permitiré: **(i)** introducir al lector al estado actual del problema planteado bajo el actual enfoque de la Corte Constitucional colombiana y la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia; **(ii)** enfocarlo brevemente en la estructura del proceso penal, las partes del mismo, sus funciones y la pretensión ostentada por ellas; **(iii)** posteriormente se planteará la inconveniencia de que se autorice, así sea de manera excepcional la práctica de pruebas oficiosas, para llegar entonces a la conclusión definitiva, desde la óptica constitucional, principialística y legal, de que la prohibición de práctica de pruebas en materia penal no riñe con los postulados del derecho procesal contemporáneo, más aún, autorizarlas sí lo haría

y por último (iv) se realizarán una serie de reflexiones conclusivas que darán al lector bases jurídicas razonables para asumir posición, máxime que el derecho, procesal o sustancial, se erige como escenario democrático para del disenso generar consenso.

No sobra advertir que no soy pretencioso en mi intento por darle luces a tan complejos problemas, mismos que con mucho esfuerzo han abordado respetados juristas a quienes admiro y respeto, no obstante observo que no son irreconciliables las diferencias conceptuales, solo estamos frente a *dos caras de la misma moneda*.

1. Estado actual de la prohibición de práctica oficiosa de pruebas en materia penal.

Manda el artículo 361 del Código de procedimiento penal Colombiano que: “*En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.*” Dicha prohibición, aun cuando cuestionada por algunos sectores de la doctrina, no había sido objeto de pronunciamiento por parte de las altas cortes colombianas si no hasta la Sentencia 24468 del 30 de Marzo de 2006 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó:

Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables.

Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma

preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.*

Y, posteriormente, abordada por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C- 396 de 2007, quien declara la exequibilidad de la prohibición de pruebas de oficio, condicionando dicha prohibición, única y exclusivamente al juez de conocimiento, en sede de audiencia preparatoria o de enjuiciamiento** observemos el aparte pertinente del planteamiento del máximo tribunal constitucional:

Además, si como se explicó en precedencia, 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.

Por todo lo expuesto, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

Actualmente entonces encontramos que el panorama en materia de práctica oficiosa por parte del juez de conocimiento se ajusta, según viene de verse, al marco constitucional colombiano y de igual modo dicha prohibición solo ha de aplicarse al juez de conocimiento, puesto que al juez de control de garantías, en su función netamente constitucional, dicha prohibición no ha de aplicarse.

Frente a este último aspecto, es decir, la autorización de que el juez en función de control de garantías practique pruebas, no hemos de pronunciarnos, puesto que en primer lugar consideramos válida tal aseveración (siempre y cuando el decreto

* Ratificada por, entre otras sentencias, la 26186 del 16 de Mayo de 2008 M.P, Sigifredo Espinoza Pérez.

** Lógico por demás, puesto que en audiencia preparatoria se abre el espacio para el decreto de las pruebas y en sede de juicio oral su práctica, lo que conlleva a que en audiencia de acusación, no exista ni siquiera germen de debate probatorio entre las partes.

oficioso de pruebas se enmarque al respeto de garantías fundamentales de los interesados) y en segundo lugar porque no es el objeto del análisis que ahora nos proponemos.*

En ese orden de ideas la Corte Suprema de Justicia en sede de casación penal, entiende que dicha prohibición no es absoluta, y que en su momento el fallador de turno podrá inaplicar la mentada prohibición haciendo uso de la excepción de inaplicabilidad por vía constitucional, para de suyo aplicar la Carta Política y darle materialidad a los fines del proceso penal (sin que sobre advertir que no se ha explicado por parte de la Corte Suprema de Justicia en qué ha de consistir dicha excepción, ni en cuáles eventos procederá)**

Así las cosas, digamos que aun cuando es claro el legislador en su prohibición y el tribunal constitucional avala la prohibición ya mencionada, es posible que el juez de conocimiento inaplique la norma vertida en el artículo 361 y en su defecto, priorizando los fines del proceso penal y los de la Carta Política de lugar a la práctica oficiosa de la prueba penal.

2. Estructura básica del proceso penal.

Por intermedio del acto legislativo 03 de 2002, el Estado colombiano perfila la actuación penal al contenido de la carta política de 1991, dejando atrás la estructura mixta inquisitiva que imperaba en ordenamientos pasados (Decreto 2700 1991, Ley 600 de 2000 entre otras normas), perfilando la actuación penal colombiana a la sistemática mixta de tendencia acusatoria que posteriormente fuera contemplada en la Ley 906 de 2004. Allí, desde la misma Carta Política se

* No sobra que aun cuando se ha entendido que la posibilidad del juez de control de garantías se da para la práctica de pruebas, en estricto sentido técnico, mal haría en hablarse de pruebas en dicha fase primigenia del proceso, puesto que solo será prueba la que se practique en juicio oral, ante el juez de conocimiento a excepción de la figura de la prueba anticipada.

** Igualmente se debe advertir que con posterioridad a la sentencia C-396 de 2007 de la Corte Constitucional colombiana, el órgano de cierre constitucional, al parecer zanjó la discusión aclarando que la prohibición existente para el juez de conocimiento se ajusta al texto constitucional.

separan las funciones de investigación y juzgamiento (tal como se puede ver en el artículo 250 que fue modificado por el Acto legislativo 03 de 2002) siendo entonces la Fiscalía General de la Nación la autoridad llamada a investigar con miras a la acusación (artículo 66 del Código de Procedimiento Penal) teniendo de la mano los elementos suficientes para el cabal desempeño de sus funciones y contando con el apoyo del órgano de policía judicial quien lo instruirá en el desarrollo de sus funciones. La defensa por su parte alcanza nuevas atribuciones legales en el ejercicio del mandato conferido, convirtiéndose si se quiere, en un órgano dual de defensa técnica y material, con atribuciones investigativas propias* el imputado por su parte, aun sin adquirir dicha calidad** y luego de adquirirla goza de todas las prerrogativas que se le atribuyen a la defensa siempre y cuando sean compatibles con su estado.

Otros intervinientes como el Ministerio Público y la víctima, más por vía jurisprudencial que legal (véase por ejemplo la Sentencia C- 209 de 2007), inciden en el proceso penal y se les otorgan actuaciones de parte, cuando naturalmente no lo son, teniendo entonces un papel importante pero restringido en el debate probatorio propio de las partes: Fiscalía y defensa.

* Artículo 125. Reformado por la Ley 1142 de 2007, artículo 47. *Deberes y atribuciones especiales*. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, **siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales. (Nota: el aparte resaltado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-536 de 2008)**

** Artículo 267 C.P.P. Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales. Artículo 268. Facultades del imputado. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia **de la Fiscalía** de que es imputado o defensor de este, **los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses**, donde los entregarán bajo recibo. (Nota 1: Ver Sentencia C-980 de 2005. Nota 2: El aparte resaltado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-536 de 2008. Nota 3: El aparte señalado en negrillas fue declarado executable condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-536 de 2008, Providencia que salvo lo expuesto en notas anteriores, declaró executable el resto de este artículo.)

El juez de conocimiento está llamado entonces a: i) controlar formal y materialmente el escrito de acusación presentado por la Fiscalía (artículos 336 y 337 del C.P.P), ii) asiste al descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas (artículo 344 C.P.P), iii) puede realizar preguntas complementarias a los testigos (artículo 397 C.P.P), iv) ejerce control sustancial y formal sobre los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 348 a 354 Del C.P.P), v) realiza control integral sobre la aplicación del principio de oportunidad, vi) decide la pertinencia y admisibilidad de la prueba (artículos 375 y 376 Del C.P.P) y, vii) realiza control sobre los acuerdos probatorios (artículo 356, numeral 4º Del C.P.P) viii Dirige a cabalidad la práctica probatoria encontrándose presente, sin excepción alguna en la práctica de la misma (artículo 379 Del C.P.P) y está llamado a decidir de fondo la pretensión alzada por las partes, la de la fiscalía de condena, o porqué no, de absolución y la de la defensa.

Se dividen entonces, de cara al componente republicano imperante en nuestro modelo estatal, las funciones de investigación, defensa y juzgamiento, no siendo el operador judicial un simple *árbitro* del debate de partes, pero sí guardando respeto por las actuaciones propias de cada una de ellas tal como lo señala la Corte Constitucional:

Confirma esa tesis, la interpretación sistemática de la Ley 906 de 2004, en la cual puede observarse con nitidez que el juez penal en el sistema acusatorio no es un convidado de piedra, pues, como se explicó en precedencia, el modelo acusatorio colombiano es propio y no puede ajustarse integralmente a ninguno de los diseñados en el derecho comparado sino que debe ajustarse a todas las características directamente señaladas por el Constituyente (artículo 250 de la Constitución.)(2007)

En ese orden de ideas, conforme al contenido del artículo 250 constitucional, 66 y siguientes del C.P.P es la fiscalía, como delegataria del poder estatal, la autoridad llamada a realizar la persecución de las conductas que revistan la categoría de conductas punibles, y en su función se le ha dotado de todos los instrumentos del estado para el cabal cumplimiento de su función (órganos de policía judicial,

laboratorios criminalísticos y forenses, colaboración de entes públicos y privados etc.) teniendo entonces, como único límite para la investigación de las conductas punibles (obviamente teniendo claro el respeto por las garantías fundamentales del procesado, las víctimas y demás intervinientes) el término de prescripción de la acción penal que como mínimo será de cinco (5) años y como máximo el de veinte años (20) sin perjuicio de lo establecido para los delitos de lesa humanidad o los cometidos contra menores de edad víctimas de delitos contra la formación y la libertad sexual. Durante este amplio término, la fiscalía dispondrá de todas las herramientas posibles para el desarrollo de la investigación.

Es también posible que el procesado sea capturado en flagrancia (Art. 301 C.P. P) lo que daría lugar a la inmediata disposición del imputado ante el fiscal primeramente y luego ante el juez de control de garantías (artículo 2 de la Ley 906 de 2004 y normas concordantes).

En el primero de los casos la fiscalía contará con todo el término de prescripción penal para la eventual imputación, disponiendo razonablemente de todas las herramientas para la verificación de la existencia de la conducta punible y de la participación del *sindicado*; en el segundo evento, con más razón, la fiscalía tendrá todos los elementos para llevar al Imputado ante la autoridad judicial a efectos de que se dé inicio, cuando menos *pre procesal* al ejercicio de la acción penal, dejando claro que la *acción* propiamente dicha tendrá inicio solo a partir de la presentación de la demanda de acusación y su concreción en audiencia, lo anterior será actuación penal o actos preparatorios de la acción.

Posteriormente la fiscalía llevará al procesado ante el juez en función de control de garantías, y ante el mismo formulará imputación* y de ser necesario se solicitará la

* Artículo 288. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente: 1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones. 2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, **lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía**, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento. **(Nota: El aparte resaltado en negrilla en este numeral fue declarado exequible por la Corte**

imposición de medida de aseguramiento. Todo lo anterior se realizará bajo el marco de posibilidad de participación y responsabilidad delictual.

Formulada la imputación, el fiscal dispondrá de treinta días (30), eventualmente sesenta (60) ininterrumpidos para decidir si presenta escrito de acusación (artículo 336) solicita la preclusión (artículo 332) o da aplicación al principio de oportunidad (artículo 324) en todo caso contará con dicho término adicional para finiquitar los aspectos esenciales de su investigación.

En audiencia de formulación de acusación, la fiscalía descubrirá los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que tenga en su poder y que soporten la acusación formal que se erige como presentación ante el juez competente (el de conocimiento) de la pretensión punitiva estatal en cabeza de la fiscalía. Allí, conforme al mandato constitucional del artículo 250, se encuentra la fiscalía en la obligación de *suministrar* por conducto del juez todos aquellos elementos que soporten su pretensión. La defensa por su parte podrá solicitarlos.

En caso tal de que la fiscalía conozca de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en poder de la defensa, podrá exigir por conducto del juez que sea descubierta por la primera y así deberá hacerse so pena de incurrir en la sanción dispuesta para ello:

Artículo 346 C.P.P.: Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

Constitucional en Sentencia [C-1260 de 2005](#)). Ver Sentencia [C-1154 de 2005](#).) 3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

No obstante lo anterior y aun cuando la fiscalía o la defensa no descubran sus medios de persuasión ante el juez en el momento procesal oportuno y obligatorio*, si alguna de las partes encuentra en sede de juicio oral algún elemento material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida, desconocido en la fase de descubrimiento obligatorio, que sea de vital importancia para los fines del proceso y que al ponderar su análisis no afecte, ni el derecho de defensa, ni la integridad del juicio, podrá el juez admitirlo como *prueba sobreviniente* (Esta concepción viene desde la academia, pues no se ha definido así por el legislador).

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

Ya en juicio las partes presentarán las pruebas decretadas en audiencia preparatoria, teniendo el juez el deber de dirigir el debate probatorio y eventualmente interviniendo para que los testigos contesten las preguntas que se les realizan (Artículo 397 Del C.P.P) decidiendo las objeciones de las partes frente a las preguntas prohibidas (395) y, eventualmente, realizando preguntas complementarias al testigo sobre aspectos confusos de su declaración (397 Inciso final).

En este punto podemos resumir las posibilidades probatorias de las partes, sin mencionar las facultades probatorias de los demás intervinientes, de la siguiente manera:

* Para la fiscalía la obligación se presenta en la audiencia de acusación y para la defensa en la audiencia preparatorio (Arts. 344 y 356 Numeral 2).

a. La fiscalía: desde el conocimiento de la noticia criminal (Art. 200) se realizan actos urgentes por intermedio de la policía judicial para la verificación del hecho delictual y una vez culminados estos, dispone de el término de prescripción de la acción penal para el desarrollo de la investigación penal. Eventualmente en casos de flagrancia se convocará a audiencias preliminares de legalización de captura, imputación y eventualmente imposición de medida de aseguramiento, y en esta hipótesis tendrá la fiscalía los elementos suficientes para fundamentar sus peticiones.

Superada la imputación, el fiscal dispondrá de treinta (30) días, eventualmente sesenta (60) (Artículos 175 y 294), para continuar con sus actos de investigación y decidir si se acusa, se solicita preclusión o se aplica el principio de oportunidad.

Si decide presentar escrito de acusación, suministrará por conducto del juez los elementos materiales probatorios que tenga en su poder a la defensa, incluyendo los que sean favorables al procesado (Artículo 250 Constitución Política, 115 y concordantes de la ley 906 de 2004)*.

Del mismo modo podrá exigirle a la defensa, por conducto del juez, que descubra los elementos (si los tiene) en su poder, so pena de que se excluyan los mismos del debate en juicio oral.

En audiencia preparatoria anunciará, previo descubrimiento en sede de acusación, las pruebas que pretenderá se practiquen en juicio oral, para ello tendrá, luego de la acusación, no menos de quince (15) ni más de treinta (30) días **hábiles**.

* La investigación integral que se consagraba en la ley 600 de 2000 ya no se le exige a la fiscalía general de la nación, como consecuencia natural de la nueva función de dicho ente, no obstante lo anterior con base en principios como el de lealtad procesal (Art. 12) y objetividad (115) entre otros, de encontrar elementos favorables al procesado, la fiscalía estará en la obligación de descubrirlos a la defensa

- b. La defensa por su parte, conocerá, al menos de manera formal, los elementos en poder de la fiscalía, si decide descubrirlos* en audiencia de imputación, siendo exigencia para la fiscalía, en esta fase procesal, tan solo su enunciación.

Presentado, de ser el caso, el escrito de acusación, la defensa podrá exigir por conducto del juez se descubran los elementos de convicción en poder de la fiscalía, quien podrá otorgar un término *extra sala* de hasta tres (3) días para el suministro de los mismos. De ser el caso, la defensa tendrá el deber de descubrir los elementos que se encuentren en su poder si así lo solicita la fiscalía.

En audiencia preparatoria tendrán que descubrirse los elementos en poder de la defensa y enunciarse la totalidad de pruebas que se pretenden hacer valer dentro del juicio oral y público.

Ahora bien, si cualquiera de las partes, ya en sede de juicio, encuentra un elemento que debiera ser descubierto, lo argumentara así al juez con base en el contenido del artículo 344, inciso final del C.P.P.

El juez, como ya se expuso, dirigirá la práctica probatoria y de ser el caso realizará preguntas complementarias a los testigos para un mejor proveer.

Es este a grandes rasgos el esquema probatorio planteado por el legislador de 2004 en el actual código instrumental de enjuiciamiento aunque no sobra advertir que conforme a lo dispuesto en el artículo 357 del C.P. Penal y la sentencia C-209 de 2007 de la H. Corte Constitucional, el representante del Ministerio Público y la víctima, tendrán vocación probatoria dentro del proceso penal, vocación que

* Y solo estará en la obligación de hacerlo si solicita la imposición de medida de aseguramiento conforme a lo normado en los artículos 288 Numeral 2º, 307 y concordantes, y solo se le exigirá la presentación de los elementos que considera necesarios para el sustento de la imposición de la medida de aseguramiento.

aun cuando se considera excepcional, les atribuye actos de parte a quienes naturalmente no lo serían.

3. Inconveniencia de la práctica de la prueba oficiosa, aun cuando la misma se realice de manera excepcional.

De cara entonces al principio de igualdad en su vertiente constitucional (artículo 13) y legal (artículo 4 del C.P.P.) resulta palmario entender que dicha igualdad es relativa, al menos si se examinan los tiempos de investigación de las partes, los términos para el descubrimiento de los elementos de prueba, las facultades de afectación a derechos fundamentales en la investigación (posibilidad fiscal de realizar allanamientos y registros Arts. 219 y ss. por citar un ejemplo) puesto que aun cuando la defensa tenga las mismas posibilidades investigativas que la fiscalía, por obvias razones no está en las mismas condiciones temporales, económicas y de acceso a los medios que la anterior. Quizás por esta razón, y en desarrollo del equilibrio de poderes, existen instituciones como *el in dubio pro reo* (artículo 7) que implica que la *Carga de la prueba está en manos del estado y que toda duda deberá resolverse a favor del procesado.*

Si se trata entonces de que en el proceso como escenario dialógico de la democracia, las partes se encuentren en las mismas posibilidades de presentar y controvertir los medios de prueba, en materia de procedimiento penal, resultaría irrisoria la activa intervención del juez en el debate probatorio, por cuanto se estaría desequilibrando el esquema acusatorio y adversarial del proceso penal, y de una u otra forma, estaría el juez inclinando la balanza a favor de alguna de las partes y dejando sin soporte el principio de imparcialidad (artículo 5) que debe imperar en el juez.

Si en un momento dado, se encuentra el juez penal en una disyuntiva que lo inclina a considerar necesario el esclarecimiento de los hechos, debe preguntarse

entonces: ¿qué medio de prueba hace falta? ¿con ese medio de prueba se corroboraría o se desmentiría la teoría del caso de alguna de las partes? ¿la ausencia del medio de prueba se le debe atribuir a alguna de las partes? Entre otras tantas preguntas.

Esa sola percepción daría lugar a dudar de la imparcialidad e imparcialidad del juez.

Si la falta de prueba no es responsabilidad de una de las partes, el juez se encuentra frente a otra disyuntiva: Considera que los hechos no probados suficientemente no son determinantes para la decisión y entonces elabora la sentencia. Por el contrario, si encuentra que requiere más información y conocimiento, entonces el juez utiliza los poderes de instrucción para esclarecer las dudas que afectan la decisión.

Si por el contrario, una vez elaborada la regla de juicio por el juez, este puede determinar que la responsabilidad de insuficiencia probatoria es de una de las partes, a causa de inactividad, negligencia o descuido, aplica la regla de carga y decide en contra de ella. (Ramírez, 2009, p.288)

El aparte señalado hace referencia al procedimiento civil colombiano, no obstante si se identifica el problema planteado, posibilitará un mejor entendimiento de la tesis que se viene esbozando.

Si se encuentra el juez frente a un vacío no atribuible a ninguna de las partes, y dicho vacío no redundaría en el conocimiento necesario para decidir, pues el juez podrá, sin lugar a ninguna duda, fallar el caso sometido a su consideración ya sea condenando o ***ratificando la presunción de inocencia que cobijaba al procesado.***

Si se trata de un hecho del que se requiera mayor conocimiento, podrá si lo estima conveniente, hacer uso de las preguntas complementarias (Artículo 397) advirtiéndole que su uso inadecuado puede dar lugar a excesos no permitidos por la ley y en este sentido La corte Suprema de Justicia ha sido enfática en que las

preguntas complementarias le son permitidas al juez, mas no posibilitan interrogatorios directos, ni práctica de pruebas de oficio (2009) y si en última instancia, encuentra que no se ha generado el cabal convencimiento sobre los hechos pues se requería de mayor conocimiento de ellos, tendrá entonces que aplicar el contenido del artículo 7º del código de procedimiento penal:

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.**

Fácil es llegar a esta conclusión, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 372 del C.P.P., “Las pruebas tienen por fin 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”.

Compartimos el criterio de quienes sostienen que el entendimiento literal de este argumento es *quando menos ingenuo e irrisorio* (Ramírez, 2009, P. 293). Lo que sí hemos de sostener es que al momento de decidir, el juez, está obligado, si existen en él dudas, a emitir un fallo absolutorio a favor del procesado.

Si se trata de elementos de prueba que debieron ser presentados por el ente fiscal, resulta del mismo modo *irrisorio* que aun teniendo dicho ente las oportunidades propicias para ello en el tiempo, en los medios, en el lapsus del proceso; éstas no se encuentren presentes en el debate oral, máxime que de haberlas encontrado en sede de juicio, puede el fiscal, aun cuando consideremos tal permisión igualmente irrisoria, solicitar del juez se decrete la práctica de la *prueba sobreviniente* posibilitando a la defensa y demás intervinientes la contradicción.

No está llamado el juez a suplir las falencias del órgano instructor, como lo señala Ramírez “Por ello se compromete la imparcialidad cuando el juzgador se

extralimita en sus funciones e interviene directamente suplantando a una de las partes en los elementos estructurales del litigio” (2009, p.102).

La misma autora afirmará, citando a Lachina, que:

La ley procesal debe propender porque sus procedimientos sean adoptados a las nuevas exigencias de la justicia, **fortaleciendo una igualdad mas real y menos formal de partes y evitando el control de las partes económicamente más fuertes o de los abogados más astutos”** (Resalta quien escribe) (Ramírez Carvajal, 2007, p.181).

Si observamos el rol del proceso penal, diferenciándolo tangencialmente del procedimiento establecido en materia civil, podemos identificar en la pretensión, de uno y de otro, quizás la más seria divergencia que entre los mismos existe.

Si se trata ahora de elementos que inciden en la responsabilidad penal del acusado, deberá recordar el juez que la inocencia se presume, que no está obligado el procesado a presentar prueba de descargo conforme al artículo 7 del C.P.P. y que la carga de la prueba la tiene el ente fiscal resolviéndose toda duda a favor del procesado, razón por la cual no se requerirá la practica officiosa de pruebas por parte de la judicatura.

Ahora bien, conforme lo establece la Honorable Corte suprema de Justicia (2006):

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

Hemos de preguntarnos entonces si es que acaso el pensamiento liberal que inspira el derecho procesal contemporáneo, al decirse que se convierte éste en garantías, proceso constitucionalizado, no quiere ello decir que hemos optado por garantizar los derechos de los intervinientes, y acaso en materia procesal penal, no es el imputado o acusado el más interesado pues “Nada hay más sustancial en

la vida del derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia.”
(Sentis Milendo, 1978, p.19).

Las garantías de terceros, valga decirlo, víctimas de delitos atroces, merecen la respuesta estatal, por supuesto que tienen derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, ¿pero ello posibilita el desmedro de las garantías de los demás intervinientes del proceso, máxime del procesado?

De ser así, no tendría sentido entonces pregonar garantías constitucionales, válido sería entonces practicar métodos de tortura, si lo que se busca es obtener la verdad a toda costa, ¿qué objeto tendría restringir los medios arbitrarios de investigación? Ninguno.

Pertenecer y enorgullecernos de ser un *Estado social y democrático de derecho* es creer firmemente que hemos de respetar las garantías procesales de todos los ciudadanos, sin importar su raza, sexo estirpe, condición y por qué no la **entidad del mal causado**, lo anterior es acoger el postulado de que *hemos de preferir que mil culpables sean absueltos a que un inocente salga condenado de manera injusta.*

Sostener el modelo constitucional que hemos adquirido y que deseamos respetar implica entonces apegarnos a nuestras instituciones y respetarlas, es en todo caso entender que “Un derecho fundamental es la decisión que hemos tomado de respetarle a una persona una libertad o una prestación así se caiga el mundo.”
(López Medina, 2000, p.6).

Compartimos pues los argumentos del doctor MAURO SOLARTE PORTILLA cuando expresa que:

“Debo insistir, por tanto, en mi criterio según el cual, el juez tiene que ser el fiel de la balanza como lo imponen los preceptos constitucionales y legales que han permitido la configuración de este sistema procesal penal, propio de nuestro país, y aun tomando en consideración las particularidades que lo diferencian de modelos similares que rigen en otros ámbitos geográficos.

Si las pruebas solicitadas o presentadas por las partes, deben reunir los requisitos de conducencia y pertinencia, ello no puede significar otra cosa que han de tener una orientación de acusación o de defensa, según la parte que las proponga. En consecuencia, al actuar oficiosamente el juez en materia probatoria, estaría inclinando la balanza hacia uno de esos lados.

Tampoco se comprende cómo haría en ese escenario, para cumplir el proceso de producción y contradicción y para garantizar la imparcialidad que, frente a las razones de la acusación y los argumentos de la defensa, al momento de valorar la prueba el juzgador está en el deber de observar.

Con una concepción como la propuesta por la mayoría, desde mi punto de vista lo único que se obtiene es impedir la consolidación del sistema que con tanto esfuerzo ha tratado de ponerse en funcionamiento en nuestro medio”

4. Conclusiones

Hemos de concluir estas breves líneas poniendo de presente que compartimos el argumento que en el nuevo contexto del derecho procesal, como constitucionalización del derecho en el que “Corresponde al juez, cada vez con más frecuencia, hacer aquello de que el legislador no es capaz, o sea, atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos.” (Taruffo, 1996, p.141), es el juez, como órgano efectivizador de las garantías constitucionales, el encargado de velar porque las garantías y los derechos de las partes se materialicen, posibilitando el ejercicio pleno de sus atribuciones en cumplimiento del deber que se les ha asignado, tanto a la fiscalía como a la defensa.

El nuevo modelo procesal exige actividad y dinámica por parte de todos los intervinientes en el proceso penal, exige del juez un compromiso cada vez mayor de materializar las garantías de todos y cada uno de los sujetos procesales, pero ello, al menos en materia penal, no puede dar lugar a la desnaturalización del proceso penal, al desequilibrio de las funciones de las partes, al rompimiento de las ataduras pasadas de corte inquisitivo que tanto mal causaron a la humanidad y que tanto trabajo nos ha costado superar.

Si es cierto, nos encontramos frente a un derecho procesal constitucionalizado, dinámico y proactivo, en donde cada uno de los operadores judiciales estará obligado a cumplir el rol legal y constitucional que se le ha asignado.

Las falencias del sistema, aun cuando nos duelan, aun cuando nos cuesten, no pueden ser suplidas por el ejercicio indiscriminado del poder.

Hemos decidido entonces, como lo indica el doctor DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, matricularnos en el nuevo derecho, el garantista, el acorde a un estado social de derecho, lo que implica que hemos de reconocerle a la persona sus derechos de manera irrenunciable.

Garantizar entonces el debido proceso, el respeto por las reglas de producción y apreciación de las pruebas, por los principios de carga probatoria y prevalencia de la presunción de inocencia, también hacen parte del caro concepto del debido proceso, y ahora en materia penal, la función del nuevo juez, del juez *Hermes* no puede ser otra que la de respetar el esquema implementado por el legislador de 2004.

No riñe este postulado con el concepto del nuevo derecho procesal, es más, consideramos que evidencia el cambio positivo en el sistema de pensamiento racional del legislador y de los mismos operadores.

Como avizoramos desde un inicio, las reglas procedimentales en materia penal y en materia civil no son ambiguas entre sí, ambas buscan el alcance del caro postulado constitucional: *la tutela efectiva*. Se trata simplemente de instituciones con evolución, instituciones y pretensiones diversas, pero ambas buscan el alcance del postulado del debido proceso. **Son simplemente dos caras distintas de la misma moneda.**

Referencias

Corte Suprema de Justicia (2006, marzo). "Sentencia 24468". M.P. Lombana Trujillo, E. Bogotá.

_____. (2006, marzo). "Sentencia 24468." Aclaración de voto del Magistrado Solarte Portilla, M. Bogotá.

_____. (2009, febrero). "Sentencia 29.415". M.P. Socha Salamanca, J.E. Bogotá. (Auto dentro del proceso 2009831051 del tribunal superior de Manizales, sala penal, M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

Corte Constitucional (2007, marzo) "Sentencia C- 396". M.P. Monroy Cabra, M.G. Bogotá.

Ramírez Carvajal, D. M. (2007, julio - diciembre). A propósito de la justicia material: reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material. *Opinión Jurídica*, vol.6,(12). p.p. 165 - 185.

_____. (2009). *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

López Medina, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Sentis Milendo, S. (1978). *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEA.

Taruffo, M. (1996). *La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?* Madrid: Trotta.

