

Máximo Vicuña de la Rosa*
Sergio Hernando Castillo Galvis**

La verdad y la justicia frente a la prueba en el proceso penal

The truth and the justice opposite to the test in the penal process

Recibido: 14 de septiembre de 2014 / Aceptado: 2 de febrero de 2015

Palabras clave:

Derechos sociales, Justicia, Pruebas de oficio, Sistema acusatorio y Verdad.

Resumen

El artículo 361 del Código de Procedimiento Penal prohíbe de manera absoluta al juez del conocimiento decretar pruebas de oficio, restringiendo la búsqueda de la verdad y la justicia; y por ello, en esta investigación, se pretende establecer la incidencia de los derechos sociales a la verdad y la justicia, por cuenta de la limitación de la prueba oficiosa en el proceso penal; utilizando la hermenéutica y el análisis documental sobre libros, artículos y sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Constitucional previamente clasificados. Se identificaron criterios encontrados entre las Altas Cortes frente a la prohibición de la práctica de la prueba de oficio en el sistema adversarial. La posición tomada por la Corte Constitucional quiebra el sistema jurídico mixto, porque con la prohibición impuesta al juez del conocimiento desconoce los principios a la verdad y la justicia plasmados en el preámbulo de la Norma Superior.

Key words:

Social rights, Justice, Official evidence, Accusatory system and True.

Abstract

The Article 361 of Criminal Procedure Code absolutely prohibits the order of evidence by the judge, restricting the search for truth and justice. Objective: To establish the incidence of the social rights to the truth and justice by the limitation of the officious evidence in criminal proceedings. We used hermetic and documentary analysis of books, articles and judgments of Constitutional and Supreme Court Justice previously classified. Results: We identified the criteria exposed by the High Courts in front of the prohibitions of officious evidence in the adversarial system. Conclusions: The position taken by the Constitutional Court brakes the mixed legal system because the prohibition imposed on the judge on the case is unknown principia of truth and justice enshrined in the preamble to the higher standard.

Referencia de este artículo (APA): Vicuña, M. & Castillo, S. (2015). La verdad y la justicia frente a la prueba en el proceso penal. En *Justicia*, 27, 118-134.

* Abogado, especialista en Derecho Procesal y docencia universitaria de la Universidad Libre extensión Cúcuta, profesor del área Civil y Procesal, Coordinador de investigación, Director del grupo de investigación Decofron y del semillero Holístico del programa de Derecho Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta. Responsable del proyecto. mvicuna@unisimonbolivar.edu.co

** Estudiante en formación de 9o. semestre. Co-investigador del proyecto y Coordinador del semillero de investigación Holístico adscrito al grupo de investigación Decofron del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta. scastillo@unisimonbolivar.edu.co

INTRODUCCIÓN

Este artículo es el primer producto de la ejecución del proyecto de investigación “La pasividad probatoria del juez en el Sistema Penal Acusatorio y su incidencia en la verdad y la justicia como derechos sociales”, que viene desarrollando el grupo de investigación DECOFRON, apoyado por el semillero HOLÍSTICO, dentro de la línea de investigación “Derecho Procesal” del programa de Derecho en la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta.

Con la entrada en vigencia del nuevo orden superior (Constitución Política, 1991), el territorio patrio se erigió como un Estado Social de Derecho y con ello, se estableció un ordenamiento garantista dirigido a la protección real y efectiva de los derechos individuales y colectivos, indicando el artículo 2o. superior que el Estado tiene como fin servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos, asegurar la convivencia pacífica y un orden justo.

Siguiendo estos lineamientos, con la vigencia de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, 2004), se incorporó en Colombia el Sistema Penal Acusatorio, norma adjetiva que protege los derechos individuales y colectivos ordenando a los jueces (Control de garantías y juzgamiento) orientar con objetividad el proceso con el fin de llegar a la verdad y la justicia (Art. 5o.).

En este contexto, el artículo 361 de la norma procesal prohíbe al juez del conocimiento decretar pruebas de oficio, porque al sentir de la Corte Constitucional esta circunstancia constituye la

máxima expresión a la garantía de los derechos de quien es objeto de juzgamiento y el soporte estructural del Sistema Penal Acusatorio; afirma además, que la medida se justifica porque solo al juez de garantía le corresponde como misión proteger la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados garantizando los derechos a la verdad y la justicia.

Si bien es cierto, las anteriores premisas son válidas, también lo es, que la prohibición probatoria se puede visionar desde la transgresión a los derechos sociales a la verdad y la justicia, si tenemos en cuenta, que el fin del proceso se dirige a buscar la verdad para los intervinientes y para la colectividad. La sociedad (C. Const. Sentencia C-099/2013) tiene el derecho a conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una “memoria pública” sobre los resultados de las violaciones de derechos humanos, a través de los mecanismos judiciales internos tanto de justicia ordinaria, como de procesos de transición que no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad.

Esta posición bifronte, motivó a los miembros del grupo de investigación y del semillero a realizar este trabajo desde la perspectiva jurisprudencial, para identificar la incidencia que genera en los derechos sociales a la verdad y la justicia la prohibición al juez del conocimiento de utilizar la prueba oficiosa y, además, como

valor agregado, contribuir al fortalecimiento investigativo de nuestros estudiantes.

Para la construcción del marco teórico del proyecto se utilizó como fundamento metodológico la hermenéutica aplicando como técnica operacional el análisis documental sobre libros, artículos indexados y sentencias previamente clasificadas que conforman la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Cuál es la incidencia que genera en los derechos sociales a la verdad y la justicia la prohibición al juez del conocimiento de ordenar pruebas de oficio en el Sistema Penal Acusatorio? Para resolver el interrogante formulado se tomaron referentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la tesis planteada por el magistrado Nelson Pinilla Pinilla en el salvamento de voto, por medio de la cual, se aparta del criterio plasmado por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional.

La carga de la prueba

En el Derecho Probatorio occidental es común clasificar la verdad en procesal y real. Esta diferenciación es equivocada (Taruffo, 2008, p. 29), porque no es factible que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso. Lo que se busca en el proceso es la mejor aproximación basada en pruebas que estén disponibles en el caso concre-

to. Esta verdad histórica o empírica, a su vez, no “existe por sí misma” en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos.

Nuestro Sistema Procesal Penal parte de la presunción de inocencia de la persona a quien se le imputa una conducta ilícita, derecho fundamental consagrado en el artículo 29 superior. Enseña la Corte Constitucional (C. Const. Sentencia C-289/2012) que la carga de probar que una persona es responsable de un delito le corresponde al Estado, principio que se conoce como *onus probando incumbitactori* y por consiguiente, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia.

Si el fin del proceso penal no es otro que la búsqueda de la verdad, resulta estrictamente necesario definir a quién le corresponde aproximarse a ella, utilizando los instrumentos probatorios conducentes, pertinentes y sometidos a la contradicción. Expresa la Corte, que la Carta Superior (C. Const. Sentencia C-1154/2005) le ordena al juez, proferir la sentencia con fundamento en las pruebas recaudadas en el proceso. “(...) allí practicada y controvertida y no, con el material recaudado en etapas anteriores, pues esas diligencias carecen de valor probatorio”.

Debe predicarse entonces, que el acceso al medio probatorio es una garantía de rango constitucional que tiene toda persona que concurre a

la jurisdicción y que se concreta otorgándole a la parte procesal la oportunidad de validar sus tesis en las etapas probatorias. Refiriéndose a la figura de la carga de la prueba que tiene la Fiscalía en el proceso penal, dice Houed (2012, p. 22) que debe investigar la verdad y hacer lo que esté a su alcance por conseguirla, realizando la actividad probatoria que le permite la ley, con atribuciones tanto en la fase de investigación o etapa preparatoria (donde evidentemente son más amplias) como durante el juicio. Cualquier interpretación contraria a la anterior, puede conducir a cualquier violación a las garantías constitucionales que tergiversa los fines del proceso penal.

En este orden de ideas, el artículo 200 de la norma procedimental penal señala que siendo la Fiscalía General de la Nación la titular de la acción penal, en esta condición le corresponde dirigir la investigación de los hechos que tengan las características de un delito que lleguen a su conocimiento, circunstancia especial que en ningún momento limita al procesado, como parte procesal, el derecho a participar activamente en la reconstrucción histórica de los hechos utilizando los medios de convicción.

Desde esta concepción positivista, es a la Fiscalía General de la Nación a quien le corresponde la carga de la prueba, para desvirtuar la presunción de inocencia que blinda al encausado o para corroborar su inocencia. Es importante resaltar, que en reciente pronunciamiento la Corte (Sentencia C-209, 2007) reconoció esta facultad probatoria a las víctimas y al ministerio público para que contribuyan con la eficacia de

la justicia material, a través de la búsqueda objetiva de la verdad, correspondiéndole entonces la obligación de probar los elementos fácticos que plantean en procura de obtener decisiones favorables a sus peticiones.

Tomando como referente el Estado Social de Derecho y la carga superior impuesta a los jueces de buscar con objetividad la verdad y materializar la justicia en el proceso, le corresponde al operador jurídico, ordenar y practicar pruebas de manera oficiosa cuando estas resultaren necesarias; facultad oficiosa que no puede ser limitada y menos prohibida a los jueces del conocimiento en el Sistema Penal Acusatorio, porque constituye una vulneración a los derechos que le asiste a la colectividad de conocer la verdad de los hechos objeto de investigación y la responsabilidad del justiciable.

Puestas así las cosas, la prohibición de ordenar pruebas de oficio en la etapa del juicio, lastima los derechos que hoy atraen nuestra atención, porque al juez le corresponde garantizar el derecho a la verdad, que se logra con el uso del instrumento de prueba como vehículo necesario para la reconstrucción de los hechos investigados, cuando la evidencia señala la necesidad de la prueba frente a los posibles yerros en la investigación o por prueba sobreviniente. Prohibir el decreto de la prueba oficiosa en la etapa del juicio coloca al juez en una inconmensurable incertidumbre al no poder llegar a la verdad mediante este tipo de instrumento, generando la cultura de la aplicación del principio del *indubio pro reo*, cuando es factible demostrar el hecho mediante la prueba oficiosa.

La verdad y la justicia fin del Sistema Penal Acusatorio

La Constitución enseña, que el Estado para cumplir la función social que le corresponde debe garantizarle al ciudadano y la colectividad la efectividad de los derechos fundamentales. La persona humana y su dignidad (C. Const. Sentencia T-533/1992) constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales.

El Estado debe direccionar de manera eficaz la protección de estos derechos para la preservación del orden social en busca del acercamiento a la seguridad jurídica y la justicia, entendida según Rawls, citado por Mejía (2006, p. 57) como la distribución equitativa de todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo–, correspondiéndole por consiguiente al juez mantener y asegurar el cumplimiento de estos derechos para alcanzar el fin del proceso penal.

En un Estado donde prevalece el interés general y el respecto a la dignidad humana, entendida (C. Const. Sentencia T-881/2002) como la posibilidad del ciudadano de diseñar un plan vital y poder determinarse según sus características (vivir como quiera); contar con las condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y, como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones); se llega a lo justo, cuando los funcionarios públicos condicionan las decisiones a la protección de los principios, dere-

chos y deberes sociales de orden constitucional, principio superior que desarrolla el artículo 1o. de la Ley 906 de 2004, exigiendo un tratamiento respetuoso hacia la dignidad de las personas que intervienen en el proceso, en concordancia con el artículo 5o. *ibídem*, que impone a los jueces la obligación de buscar con objetividad la verdad y la justicia.

El ordenamiento jurídico patrio desde su complejidad concibe la justicia como valor supremo plasmado en el preámbulo de la Norma Superior que garantiza la seguridad jurídica estatal, valor que se materializa a través de la verdad, entendida dentro de la dimensión colectiva como (C. Const. Sentencia C-370/2006) la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos. Para ello, es necesario que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas, sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta histórica. Un sistema que no beneficie la reconstrucción de la verdad histórica o que establezca apenas débiles incentivos para ello, podría comprometer este importante derecho.

Colombia adoptó el sistema adversarial anglosajón para el desarrollo del proceso penal, estableciendo en el título preliminar los principios rectores y garantías procesales, exigiendo a los jueces, con fundamento en el postulado de la imparcialidad (Art. 5o.), establecer de manera objetiva la verdad y la justicia. Sin embargo, el artículo 361 *ibídem*, prohíbe desde cualquier

ámbito la facultad probatoria del juez, ubicándolo como un mero observador del debate probatorio.

La exequibilidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, generó controversia incluso en el seno de la misma Corte, como se aprecia en el salvamento de voto del magistrado Dr. Nelson Pinilla Pinilla, al apartarse del criterio de la mayoría de los miembros de la sala, cuando afirma, que el mandato establecido en el artículo 361 vulnera el preámbulo y los artículos 2, 29, 228, 229, 250 de la Constitución, teniendo en cuenta que ninguna norma de menor categoría puede coartar esa obligación de esclarecer la realidad.

Observada la importancia de la justicia como fin primordial del derecho, resulta menester referirnos a la búsqueda de la verdad como derecho social, que en palabras de la Corte Constitucional se logra mediante el derecho a la prueba (Sentencia T-171, 2006), importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, **las anomalías que desconocen de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela** (subrayado es propio).

El derecho a saber la verdad significa (Sentencia SU-1184, 2001) que las víctimas de los hechos punibles tienen no solo un interés patrimonial, sino el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determinen la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y los res-

ponsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores, de hallarlos responsables y condenarles.

Se puede entonces afirmar sin temor a equívocos, que la verdad y la justicia constituyen el fin de la prueba en el proceso penal, porque el ejercicio valorativo que el juez hace de esta, debe conducir a establecer o no la responsabilidad del justiciable en grado de certeza más allá de toda duda razonable, como lo reseña el artículo 372 de la Ley 906 de 2004. Hoy, es un hecho incuestionable que el fortalecimiento al principio de la seguridad jurídica del Estado colombiano, se logra, partiendo de la construcción de la verdad que fluye de los hechos probados por las partes procesales y el juez, decretando y practicando pruebas de oficio.

El juez garante de los derechos a la verdad y la justicia

Tomando el paradigma del Estado Social de Derecho y la división tripartita del poder público, es fácil concluir, que esta función por mandato constitucional (Art. 116 superior) le corresponde al juez natural en todas las disciplinas en que se encuentra dividido el saber jurídico; noble tarea de materializar y salvaguardar los derechos y garantías constitucionales de las partes intervinientes en el proceso, como lo afirma Castaño (2010, p. 5), cuando explica que le corresponde al operador jurídico dentro del contexto del Estado Social de Derecho, garantizar como director del debido proceso amparado por

el deber-poder la materialización de los derechos, con fundamento en los artículos 4 y 228 de la Carta.

Lo expuesto lo valida la Corte Constitucional afirmando que son los jueces a quienes le corresponde (Sentencia C-431, 1995) de manera permanente la función de administrar justicia, tomando decisiones en la resolución de las controversias con fuerza vinculante para las partes procesales; ejerciendo la facultad coercitiva para el cumplimiento de las decisiones; documentándose durante la investigación, mediante la facultad de ordenar y practicar pruebas a solicitud de parte o de oficio, para llegar a través de la valoración a la verdad.

El informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, oficina de Bogotá, refiriéndose a la protección de los derechos sociales expresa (De la Roux & Ramírez, 2004, p. 12), que estos son bienes o servicios básicos para la dignidad, la autonomía y la libertad de las personas, y son precondiciones de la participación democrática; en esa medida, no pueden quedar abandonados a la suerte de las decisiones de las mayorías. Aquí se encuentra una idea fuerte de teoría constitucional: que un derecho es un as o carta de triunfo contra las mayorías, que no puede estar abandonado a la suerte de las mayorías, que tiene que estar protegido por los jueces. Colocar los derechos bajo protección judicial es la única forma de no comprometerlos en el debate democrático y en el proceso político. Ahora, si deben estar protegidos por los jueces, es obvio que tienen que ser justiciables.

Este es un fuerte argumento ético-político en defensa de la Justiciabilidad.

Con los anteriores lineamientos de autoridad expuestos por la norma, la doctrina y la jurisprudencia, es verdad irrefutable, que el juez, director del proceso es a quien le corresponde constitucionalmente velar por la efectividad del derecho fundamental de acceder al medio probatorio que le asiste a las partes procesales, interviniendo activamente en la carga probatoria cuando lo considere pertinente para aproximarse a la verdad y la justicia.

RESULTADO

Frente a la prohibición impuesta al juez de conocimiento de ordenar y practicar pruebas de oficio en el proceso penal, el análisis jurisprudencial arroja la presencia de los siguientes criterios:

1. Se presenta como paradigmática la posición tomada por la Corte Constitucional cuando afirma (C. Const. Sentencia C-396/2007), que es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio del Sistema Penal Acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de 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. Es más, el hecho de que en países en los que la prohibi-

ción 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. 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.

2. En abierta oposición se encuentra la tesis planteada por el magistrado Nelson Pinilla Pinilla al sustentar el salvamento de voto en la misma providencia, al apartarse del criterio compartido por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional, al sostener, que la prohibición absoluta plasmada en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, ha debido excluirse del ordenamiento jurídico pues, según considera, enerva la efectividad de la justicia material y la obligación estatal de establecer la verdad real.

Argumenta, que desde el preámbulo de nuestra Carta Política y particularmente en desarrollo de sus artículos 2, 29, 228, 229 y 250, se proclama asegurar a los titulares del poder soberano, entre otras cosas, la justicia. Para tal efecto, re-

sulta imperativo que dentro de un marco jurídico se garantice un orden social justo, fin por el cual se promulgaron las normas que integran la Constitución, incluido el citado artículo 2° que señala que dentro de la finalidad esencial del Estado, además de servir a la comunidad, se encuentra el deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, al igual que la vigencia de ese orden justo. (...) Bajo tales supuestos a todos los jueces, no solo a quienes materializan el *ius puniendi* del Estado, se les ha encomendado la dispendiosa e inexorable labor de i) buscar la verdad, ii) hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, y iii) procurar la defensa y eficacia de los derechos constitucionales. Reconoce, que tal facultad debe ser excepcionalísima frente al Sistema Penal Acusatorio implantado en Colombia, esto es, que solo se use para superar aquellos aspectos que no permitan arribar a la verdad real trascendente, sin que pueda llegar a interferir o suplir la iniciativa de las partes y los intervinientes en procura de aporte y soporte de los supuestos básicos que deseen acreditar.

3. Por último, se encuentra la posición tomada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma, que la labor del juez (Sentencia 14464, 2005) no se reduce a una labor de jurisperito, sino que por el contrario debe trascender hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores en desarrollo de la función judicial, por lo cual el operador jurídico vela por el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, entre ellos el alcance de la justicia mate-

rial, por ende son ilegítimas las pretensiones de relegar la función del juez al plano de un mero espectador, a quien no corresponde más que declarar la verdad que fue construida por los intervinientes en el proceso.

Reiterando este criterio, los magistrados de la Sala de Casación Penal (C. Const. Sentencia 24468/2006) resolvieron que si bien es cierto, la norma citada establece esta prohibición en el Código de Procedimiento Penal, sin embargo, cuando el juez tenga motivos de índole constitucional que justifiquen la formación de su convicción mediante el decreto de una prueba de oficio, en su decisión debe dar las explicaciones de prevalencia de la norma constitucional sobre la procedimental para decretarla.

DISCUSIÓN

Se debe aclarar, que la línea jurisprudencial que desarrolla los derechos sociales de la verdad y la justicia, fue construida por la Corte Constitucional tomando como mayor valor la dignidad de la persona siguiendo como horizonte nuestro arraigo cultural, político, económico e incluso religioso.

Sostuvo la Corte (Sentencia C-543/1992), que el artículo 1o. superior establece como principio fundamental del Estado Social de Derecho el respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general. El primero de ellos implica la posibilidad de obtener definiciones en materia de justicia sin la incompatibilidad de renovadas instancias que hagan dudosos e inciertos los derechos deducidos en juicio y el segundo

se opone a la inestabilidad provocada en el seno de la colectividad por el desconocimiento de la seguridad jurídica. Afirma, además que la materialización de los derechos consagrados en la Constitución tiene su máxima garantía en la finalización de las controversias sobre la base de una verdad discernida previa la garantía de los derechos procesales. A *contrario sensu*, resulta vulnerada cuando ese derecho a la verdad, varias veces debatido, no se establece con certidumbre.

Esta concepción fue ratificada posteriormente por la misma Corporación cuando afirmó (C. Const. Sentencia T-275/1994) que la búsqueda de la verdad constituye elemento consustancial al derecho de acceso a la justicia, porque para proponer un argumento válido hay que partir de premisas verdaderas y llegar a una conclusión verdadera.

Manteniendo este criterio, la Corte estableció el alcance del derecho social a la verdad, aclarando (C. Const. Sentencia SU-1184/2001) que este derecho implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y los responsables de tales conductas. Afirma posteriormente (C. Const. Sentencia C-370/2006), que este derecho se constituye como la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos.

Esta acertada posición primigenia de la Corte, la mantuvo por vía de precedente vinculante y refiriéndose a la labor judicial sostuvo (C. Const. Sentencia C-591/2005), que el nuevo di-

seño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va no solo más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de los de la víctima, en especial, de sus derechos a conocer la verdad sobre lo ocurrido.

Apoyándose en el privilegio que la Carta Política le concede a la Corte Constitucional de interpretar la Norma Superior, con la Sentencia C-396/2007, la Corporación dio un giro radical y en esta oportunidad dijo, que la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías 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.

La Corte soporta este criterio, entre otros, en los siguientes elementos axiológicos:

1. *Prevalencia de la estructura del Sistema Penal Acusatorio.* Sostiene la colegiatura, que el andamiaje modular del Sistema Penal Acusatorio se centra especialmente en la pasividad probatoria del juez en la etapa del juicio; fijando como premisa, que con esta limitante especial se hace efectivo el derecho fundamental del procesado al *indubio pro reo*, correspondiéndole entonces a la Fiscalía General de la Nación la carga de la prueba para demostrar los hechos sobre los cuales construye la imputación de la conducta ilícita.
2. *Protección al principio de imparcialidad del juez de conocimiento.* El organismo de cierre argumenta que con la prohibición, se protege el principio general de la imparcialidad del juez del conocimiento que debe operar en el proceso penal, pues la función específica de este operador jurídico se concreta de manera puntual a la valoración de los medios de convicción recaudados en forma legal para proferir la sentencia definitiva; imparcialidad que se altera cuando el fallador de instancia toma la iniciativa y participa activamente en la construcción del instrumento de prueba, favoreciendo o perjudicando a una de las partes procesales.
3. *Relatividad de la limitación al decreto oficioso de la prueba.* Plantea la Corte, que esta prohibición no tiene un carácter absoluto, puesto que, en el procedimiento penal y específicamente en la parte de la investigación, el juez de control de garantías puede ordenar y practicar pruebas de oficio, en los casos que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control

judicial, por consiguiente, esta limitación en nada lastima el derecho que tiene la sociedad a conocer la verdad como herramienta indispensable para llegar a la justicia social.

Si bien es cierto, que los argumentos expuestos por la Honorable Corte constituyen cosa juzgada constitucional, salta a la vista la oposición formulada por el magistrado Pinilla (2007), quien argumenta, que el juez no ha sido concebido exclusivamente para aplicar la ley, recordar normas, leer jurisprudencia y aplicar los principios generales del Derecho, sino que su función constitucional se enmarca en la eficaz y recta administración de justicia, por lo cual resulta impensable admitir que un juez que posee dudas posteriores al debate final, se abstenga de ordenar la práctica de pruebas, aparentemente porque la gramática de un artículo del Código de Procedimiento Penal se lo prohíbe.

La anterior tesis es apoyada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando al referirse a la actuación del juez frente a los derechos a la verdad y la justicia, afirmó (C. Const. Sentencia 14464/2005), que esta labor debe trascender hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores en desarrollo de la función judicial, por lo cual el operador jurídico vela por el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, entre ellos el alcance de la justicia material.

En la línea jurisprudencial sobre este tema, dijo la Sala de Casación Penal, que si bien es cierto la norma citada establece esta prohibición en el Código de Procedimiento Penal (C. Const. Sentencia 24468/2006), sin embargo, cuando el

juez tenga motivos de índole constitucional que justifiquen la formación de su convicción mediante el decreto de una prueba de oficio, en su decisión debe dar las explicaciones de prevalencia de la norma constitucional sobre la procedimental para decretarla.

Los argumentos precedentes no se encuentran solos o huérfanos, pues en el contexto iberoamericano existen posiciones de autoridad legal y jurisprudencial que defienden la teoría garantista que debe imperar en el nuevo Constitucionalismo.

En el Sistema Jurídico español la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2008) en el artículo 728 establece que no podrán practicarse en la etapa del juicio otras diligencias de carácter probatorio diferentes a las presentadas por las partes; pero a renglón seguido el artículo 729 *ibídem*, señala las siguientes excepciones a esta regla: 1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre estos, 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.

El profesor Junoy (2006, p. 519) comenta que el Tribunal Supremo español, admitió la práctica de pruebas oficiosas en la etapa del

juicio sin afectar la estructura del Sistema Penal Acusatorio ni el deber de imparcialidad, siempre que la actividad probatoria del juez versa sobre 1º) los hechos discutidos dentro del proceso, 2º) las fuentes probatorias que en él militan; y, 3º) se garantice el derecho de defensa de las partes.

El artículo 388 de la Ley 23984 (Código Procesal Penal argentino, 1991) dispone la posibilidad de que en el curso del debate se tenga el conocimiento de nuevos medios de prueba evidentemente útiles, o se hicieran indispensables otros ya conocidos, el Tribunal tendrá la facultad, aun de oficio, para la recepción de estos.

El artículo 359 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano prescribe, 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.

En la República de Perú, se fija como norma rectora y principio basilar que la aportación de la prueba se efectúa por las partes, sea por el Ministerio Público o por los demás sujetos intervinientes en el proceso. Sin embargo, el artículo 155 inciso 03 (Código Procesal Penal peruano), señala que la ley establecerá por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio, planteando el artículo 385 inciso 02 *ibídem* que excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, el juez podrá disponer de oficio o pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate re-

sultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad; advirtiéndole al juez que deberá cuidar con dicha actuación, la labor propia de las partes –aportación de medios de prueba.

No obstante la diversidad de criterios que abundan en la doctrina del Derecho occidental sobre el tema en discusión, los miembros del grupo de investigación y su semillero, disienten de manera respetuosa de la posición tomada por nuestra Honorable Corte Constitucional. En lo que tiene que ver con la prevalencia de la estructura del Sistema Penal Acusatorio, esta afirmación apenas constituye un sofisma de distracción, pues en el fondo, lo que se pretendió proteger con la declaratoria de exequibilidad de la norma cuestionada, no es más, que el concepto de verdad y justicia construidos con fundamento en patrones culturales, políticos, económicos, religiosos y jurídicos de procedencia extranjera de marcada tendencia anglosajona; antecedentes culturales sustancialmente diferentes a la idiosincrasia colombiana.

En lo que tiene que ver con el principio de imparcialidad que debe arropar al juez, que se ve contaminado con el decreto oficio de la prueba, favoreciendo o perjudicando a una de las partes intervinientes; este argumento no es de recibo, porque, es la misma norma constitucional la que se encarga de destruirlo, tomando como referente el artículo 83 que parte de una premisa válida, cuando establece como norma general que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postula-

dos de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Puesta así las cosas, no es del todo acertado tomar esta posición, pues ello implica partir de una premisa falsa, estableciendo como regla general la mala fe de todos los funcionarios judiciales encargados de administrar justicia en el campo del Derecho Penal, interpretando erróneamente el principio de imparcialidad y, lo que es más grave, visionando *a priori*, que la función constitucional que debe cumplir el juez, por el hecho de ir en busca de la verdad a través del instrumento probatorio, con ello se va a parcializar con la parte que le favorece, olvidando que la búsqueda de la verdad tiene un fin mediato, que no es otro, que el derecho de la sociedad a conocer la verdad de los hechos que interesan por la comisión de una conducta ilícita de uno de sus miembros.

Sostiene la colegiatura, que en el Sistema Penal Acusatorio la prohibición no es absoluta, porque el juez de control de garantías en la audiencia preliminar puede ordenar y practicar pruebas de oficio. Si bien es cierto, que este argumento es válido, también es cierto, como antes se afirmó, que constitucionalmente le corresponde al juez incluyendo al de conocimiento en el proceso penal, ir en busca de la verdad, no existiendo en nuestra estructura constitucional ningún tipo de limitación a esta facultad.

CONCLUSIONES

El análisis efectuado a la doctrina jurisprudencial plasmada por las Altas Cortes y que hace parte del marco teórico del proyecto de investigación, nos conduce a las siguientes reflexiones:

1. El Estado Social de Derecho Democrático establece como fin esencial del proceso penal la búsqueda de la verdad para materializar el ejercicio jurisdiccional de una manera justa a los asociados.
2. El criterio planteado por la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, genera un ambiente de incertidumbre frente a la colectividad porque desconoce abiertamente el derecho social a la verdad y la justicia incorporados de manera expresa en el preámbulo de la Constitución y en los artículos 2, 228, 229 y 250 superior.
3. La posición tomada por el organismo de cierre constitucional, quiebra el sistema jurídico mixto que opera en el derecho colombiano (formalismo-antiformalismo), porque con la prohibición desconoce normas de rango superior. El privilegio que la norma superior le concede a la Corte Constitucional para que sea el intérprete de la voluntad soberana del pueblo, no la faculta para limitar por vía de doctrina constitucional valores y principios consagrados en forma expresa en el preámbulo de la Constitución Política.

REFERENCIAS

- Castaño L. (2010). La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales-institucionales o los del justiciable. *Revista Opinión Jurídica*, 18(9). Disponible en: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/120>

Legislación Nacional

Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004). Artículo 5o. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=14787>

Código Orgánico Procesal Penal venezolano. (Gaceta Oficial N° 5.558 de 2001). Disponible en: http://www.tsj.gov.ve/legislacion/reforma_copp2001.asp

Código Procesal Penal argentino (Ley 23984 de 1991). Artículo 388. Disponible en: <http://www.imolin.org/doc/amlid/Argentina/codigoprocesalpenalrepargentina.pdf>

Código Procesal Penal peruano (Decreto Legislativo N° 957, 2004). Artículo 385. Disponible en: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/documentos/nuevo_codigo_procesal_penal.pdf

Constitución Política colombiana (1991). Artículo 2o. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=4125>

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-533, 1992. Expediente T-3038. Bogotá. Actor: Ricardo Rivera. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-533-92.htm>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-543, 1992. Expedientes D-056 y D-092. Bogotá. Actores: Luis Eduardo Mariño Ochoa y Álvaro Palacios Sánchez. Demanda de inconstitucionalidad contra los

artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=10943>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-275, 1994. Expediente T-31.55. Bogotá. Actora: Alejandrina Guerrero Ortega. Acceso a la Justicia. Búsqueda de la verdad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-275-94.htm#_ftnref2

Corte Constitucional colombiana. Sentencia, C-431, 1995. Expediente D-870. Bogotá. Actor: Luis Enrique Ladino Romero. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 32 del Decreto 2279 de 1989, 110 de la Ley 23 de 1991 y el inciso 2o. del artículo 2o. del Decreto 2651 de 1991. M.P. Hernando Herrera Vergara. Disponible en: http://www.ciac-iacac.org/documentos/2007_3_31_14_30_7_Sentencia_431_1995.pdf

Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-1184, 2001. Expediente T-282730. Bogotá. Actora: Nory Giraldo de Jaramillo. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/su1184-01.htm>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-881, 2002. Expedientes T-542060 y T-602073. Bogotá. Actor: Austreberto de Ávila Ríos y otros. M.P. Dr. Eduar-

- do Montealegre Lynett. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-591, 2005. Expediente D-5415. Bogotá. Actor: Stella Blanca Ortega Rodríguez. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 20, 30, 39, 58, 78, 80, 154, 242, 291, 302, 522 (parciales) y 127, 232, 267, 284, 455 y 470 de la Ley 906 de 2004. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1154, 2005. Expedientes D-5705 y D-5712. Bogotá. Actores: Edilberto Álvarez Guerrero y Alfonso Daza González. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 290 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436 y 455 de la Ley 906 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1154-05.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-370, 2006. Expediente D-6032. Bogotá. Actor: Gustavo Gallón Giraldo. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37; numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2006/C-370-06.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-171, 2006. Expediente T-1226076. Bogotá. Actor: Jaime Gilinski. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-171-06.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-209, 2007. Expediente D-6396. Bogotá. Actor: Leonardo Efraín Cerón. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 137, 284 (parcial), 306 (parcial), 316 (parcial), 324, 327 (parcial), 333 (parcial), 337, 339 (parcial), 342 (parcial), 344 (parcial), 356 (parcial), 357 (parcial), 358 (parcial), 359 (parcial), 371 (parcial), 378 (parcial), 391, 395 (parcial) de la Ley 906 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-209-07.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-396, 2007. Expediente D-6482. Bogotá. Actor: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 361 de la Ley 906 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-396-07.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-289, 2012. Expediente D-8698.

- Bogotá. Actor: Demandante: Wilfredo Parra Lozano. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 del Decreto Ley 1793 de 2000. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-289-12.htm>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-099, 2013. Expediente D-9214. Bogotá. Actor: Orlando Pito Tombe. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79 (parcial), 88 (parcial) y 132 (parcial) de la Ley 1448 de 2011. M.P: Dr. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-099-13.htm>
- Corte Suprema de Justicia colombiana. Sala de Casación Penal. Sentencia 14464, 2005. Bogotá. Proceso Homicidio Simple vs. Librado Enrique Peñata Lozano. Bogotá. M.P: Edgar Lombana Trujillo. Disponible en: [http://190.24.134.69/Busquedadoc/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2005%2fdr.edgar+lombana+trujillo%2fjunio%2f14464\(22-06-05\).doc&CiRestriction=%2214464%22&CiQueryFile=/busquedadoc/query.idq&CiUserParam3=query.htm&CiHiliteType=Full](http://190.24.134.69/Busquedadoc/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2005%2fdr.edgar+lombana+trujillo%2fjunio%2f14464(22-06-05).doc&CiRestriction=%2214464%22&CiQueryFile=/busquedadoc/query.idq&CiUserParam3=query.htm&CiHiliteType=Full)
- Corte Suprema de Justicia colombiana. Sala de Casación Penal. Sentencia 24468, 2006. Bogotá. Proceso. Actos sexuales con menor de catorce años, agravado vs. Esley Alfredo Villada García. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Disponible en: [http://190.24.134.69/Busquedadoc/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2006%2fdr.edgar+lombana+trujillo%2fmarzo%2f24468\(30-03-06\).doc&CiRestriction=%2224468%22&CiQueryFile=/busquedadoc/query.idq&CiUserParam3=query.htm&CiHiliteType=Full](http://190.24.134.69/Busquedadoc/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=%2fsentencias%2fpenal%2f2006%2fdr.edgar+lombana+trujillo%2fmarzo%2f24468(30-03-06).doc&CiRestriction=%2224468%22&CiQueryFile=/busquedadoc/query.idq&CiUserParam3=query.htm&CiHiliteType=Full)
- De la Roux, C. & Ramírez, J.C. (2004). *Derechos económicos, sociales y culturales. Política pública y Justiciabilidad. Series Estudios y Perspectivas*. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile. Oficina de la Cepal en Bogotá, 4. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/21305/lcl2222.pdf>
- Houed, M. (2012). *La prueba y su valoración en el proceso penal*. Libro electrónico. Disponible en: <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/10/03-La-Prueba-y-su-Valoracion.pdf>
- Junoy, J. (2006). *La iniciativa probatoria del Juez penal y el principio acusatorio. Un estudio desde el derecho comparado*. Bogotá: Editorial. Universidad Libre de Colombia.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal español. (2008). Decreto Real del 14 de septiembre. Disponible en: <http://www.fmyv.es/ci/es/Ss/11.pdf>
- Mejía, O. (2006). *La filosofía política de John Rawls [i]: la Teoría de la justicia De la tradición analítica a la tradición radical*

- filosófica política*. Biblioteca Digital Repositorio Institucional, III. Bogotá. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1261/3/04CAPI02.pdf>
- Mora, L. (2005). La prueba como derecho fundamental. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 5. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/183_201.pdf
- Pinilla Pinilla, N. (2007). Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. Expediente D-6482. Bogotá. Salvamento de voto. M.P. Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2007/C-396-07.htm>
- Taruffo, M. (2008). *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana. Disponible en: <http://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>