

Sentencia C-205/16

FACULTAD LEGAL ATRIBUIDA AL JUEZ PENAL MILITAR PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO- No contraría la imparcialidad propia de la función judicial, ni la igualdad de armas propia, como garantías del debido proceso

El problema jurídico que resulta de la demanda presentada es el siguiente: ¿La atribución legal al juez penal militar de la posibilidad de decretar pruebas de oficio, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, contraría la imparcialidad del juez y la igualdad de armas, como garantías del debido proceso? Para responder este problema jurídico, la Corte Constitucional realizó un recuento de los pronunciamientos que este tribunal ha adoptado respecto de la constitucionalidad de las pruebas de oficio, en distintos escenarios procesales, lo que le permitió concluir que la posibilidad del decreto de pruebas de oficio, por parte del juez, no es en sí misma una situación que pueda afectar la imparcialidad del juez. También se extrajo de estos precedentes que la prohibición al juez de decretar la práctica de pruebas de oficio, propende por garantizar la imparcialidad del juez, sin que se pueda sostener que el sistema contrario necesariamente la afecte. (...) La Corte Constitucional realizó un examen de la constitucionalidad de la facultad otorgada al juez penal militar, de decretar la práctica de pruebas de oficio, a la luz del principio de imparcialidad y la garantía de igualdad de armas. Esta Corte concluyó que esta prerrogativa otorgada legalmente al juez no afecta su imparcialidad, en su componente institucional y procesal, ya que no lo pone en situación de prejuzgar el asunto, ni lo involucra en la etapa de investigación y acusación. Se concluyó que no existe vulneración de la igualdad de armas, garantía del debido proceso, porque la labor probatoria del juez no le otorga un poder especial a una de las partes, o no le concede un trato distinto, ya que no va dirigida a favorecer a una de las partes, fiscal penal militar o defensa, sino a garantizar la verdad y justicia del proceso y de su decisión. En este sentido, esta facultad contribuye a generar confianza en la justicia penal militar.

PRUEBAS DE OFICIO-Jurisprudencia constitucional/DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO EN PROCESO PENAL-Jurisprudencia constitucional/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Pasividad probatoria del juez como característica

PRUEBA DE OFICIO-Importancia/DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO-Relevancia constitucional

DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO EN SEGUNDA INSTANCIA EN PROCESO VERBAL DISCIPLINARIO-Jurisprudencia constitucional

FACULTAD DEL JUEZ PARA DISTRIBUIR LA CARGA DE LA PRUEBA EN CODIGO GENERAL DE PROCESO-Jurisprudencia constitucional

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROCESAL-Límites

EXCLUSION O AUTORIZACION AL JUEZ DE DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO-No es un principio ni constitucional, ni legal

La exclusión o la autorización al juez de decretar pruebas de oficio no es un principio ni constitucional, ni legal. “Los principios serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa.” “(...) consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional”. Esto quiere decir que los principios tienen una vocación general y no podría válidamente el legislador desconocerlo. La exclusión o la posibilidad del juez de decretar pruebas de oficio es una regla de técnica procesal que responde a la estructura procesal adoptada por el legislador, en el caso concreto. Trátase de la opción de excluir las pruebas de oficio, o la de permitir las, lo que exige la Constitución es que el proceso esté configurado de tal manera que se garantice el deber de cualquier juez de adoptar una decisión justa, que propenda por el establecimiento de la verdad, a través de un debido proceso, que exige, entre otras garantías, la imparcialidad de la autoridad.

IMPARCIALIDAD EN EL DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL MILITAR-Alcance

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO JUDICIAL-Jurisprudencia constitucional

IMPARCIALIDAD INSTITUCIONAL Y DEL PROCESO-Derecho comparado

IMPARCIALIDAD-Doble dimensión/IMPARCIALIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA-Distinción/IMPARCIALIDAD OBJETIVA-Jurisprudencia constitucional

FACULTAD LEGAL ATRIBUIDA AL JUEZ PENAL MILITAR PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO- Imparcialidad institucional y del proceso podría verse afectada si se autorizara al juez penal militar de fondo a participar, a la vez, en las etapas de investigación y juzgamiento, lo que no hace la norma controvertida

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS-Concepto y alcance/IGUALDAD DE ARMAS-Concretización del principio de igualdad/IGUALDAD DE ARMAS-Componente del derecho al proceso equitativo

Expediente: D-11040

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 4 del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Actores: Yesid Fernando Silva Sánchez y Eduardo Ardila Valderrama

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el artículo 241.4, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la Acción Pública consagrada en el artículo 241.4, los ciudadanos Yesid Fernando Silva Sánchez y Eduardo Ardila Valderrama, solicitaron a este tribunal que se declare la inexecutable del inciso 4 del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Mediante providencia del 7 de octubre de 2015, el magistrado sustanciador dispuso: admitir la demanda, al constatar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991; correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijar en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma y comunicar la iniciación del mismo al Presidente del Congreso de la República, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, así como al Ministro del Interior, al Ministro de Justicia y del Derecho y al Ministro de Defensa.

Se invitó a participar en el presente juicio a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, Sergio Arboleda, Libre, Militar Nueva Granada y del Rosario. Se cursó igualmente invitación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la presente demanda.

El siguiente es el texto del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010 (el inciso demandado está subrayado), según aparece publicado en el Diario Oficial 47.804 del 7 de agosto de 2010:

LEY 1407 DE 2010

(agosto 7)

Diario Oficial No. 47.804 del 17 de agosto de 2010

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código Penal Militar.

(...)

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

LIBRO TERCERO.

PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

(...)

TÍTULO XV.

AUDIENCIA PREPARATORIA A LA CORTE MARCIAL.

CAPÍTULO I.

TRÁMITE.

(...)

ARTÍCULO 499. SOLICITUDES PROBATORIAS. Durante la audiencia el juez penal militar dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo, con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el juez penal militar considera que se hace necesaria la práctica de otras pruebas no pedidas por estas que pudieren tener esencial influencia para el resultado del juicio, ordenará su práctica.

Si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por las partes y que pudiere incidir en los resultados del juicio, solicitará su práctica ante el juez penal militar.

B. LA DEMANDA

Los actores consideran que la norma demandada debe ser declarada inexecutable por vulnerar los artículos 29 y 229 de la Constitución y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La demanda señala que en el proceso penal, y el proceso penal militar se enmarca dentro esta categoría, se presume la inocencia del procesado. De esto se sigue que corresponde al Estado, que es el titular de la acción penal, desvirtuar la antedicha presunción, con los medios de prueba idóneos para este propósito. En este contexto, cuando se trata de un sistema de tendencia acusatoria, la carga de desvirtuar la presunción de inocencia, por medio de pruebas, corresponde a la fiscalía, que es la autoridad que ejerce la acción penal, y no al juez. El atribuir competencia al juez, así sea de manera excepcional, para ordenar la práctica de pruebas no pedidas por las partes del proceso, le hace perder su imparcialidad, neutralidad y equilibrio. Así, pues, argumenta que:

Puede decirse, con algo de razón, que el hecho de la oficiosidad probatoria del artículo 499 impugnado no desnaturaliza per se el sistema acusatorio como tal. Sin embargo, sí lo hace en torno a la neutralidad que determina la imparcialidad del juez -que si bien no tiene consagración taxativa en nuestra Carta sí es un contenido material extraíble de los artículos 29 y 229 Superiores- y de la igualdad de armas de los protagonistas de la actuación penal militar, lo que se convierte para éstos en una garantía procesal y sustancial.

(...)

Por ende, si al procesado se le presume inocente, y demostrar que no lo es únicamente le corresponde a la fiscalía, es sensato entender que si el ente acusador no consigue su objetivo primario (porque no logra desvirtuar la presunción, o en su defecto existen dudas en la ocurrencia de los hechos o directamente sobre la responsabilidad del encartado, en últimas al juez no se le puede permitir inmiscuirse en el decreto y la práctica de pruebas, pues con tal permisión legislativa -la más de las veces- se allana el camino de cara a un convencimiento -en exceso subjetivo- frente al proferimiento de una sentencia condenatoria, pues resulta claro que la garantía del no intervencionismo del juez en materia probatoria recae especialmente sobre la persona del acusado, dada su palmaria posición de inferioridad frente al ius puniendi del Estado, por lo que la norma en cuestión, vista de la forma aquí descrita, es abiertamente violatoria del principio de imparcialidad judicial

pregonado desde la mismísima Constitución.

Para ilustrar su dicho trae a cuento varias excertas de la Sentencia C-396 de 2007, en torno del desequilibrio que esta competencia del juez introduce al proceso penal, respecto de las partes. Agrega que esta competencia, que compromete la imparcialidad del juez y afecta la estructura del sistema acusatorio, además de vulnerar los antedichos artículos de la Constitución, desconoce las garantías judiciales previstas por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## C. INTERVENCIONES

### ENTIDADES PÚBLICAS

El Ministerio de Defensa Nacional solicita que se declare la exequibilidad de la norma demandada.

Luego de precisar que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 17 de agosto de 2010, advierte que la norma demandada no vulnera la Constitución, sino que garantiza el debido proceso. El juez tiene un compromiso con la búsqueda de la verdad y con la prevalencia del derecho sustancial, como se reconoce en la Sentencia SU-768 de 2014. En este contexto, alude al salvamento de voto del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla en la Sentencia C-396 de 2007, en la cual se declaró exequible el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, que prohíbe al juez decretar pruebas de oficio en el proceso penal ordinario, para señalar que esta prohibición “debilita la efectividad de la justicia material y la obligación estatal de establecer la verdad real”.

La norma demandada prevé la posibilidad excepcional de decretar pruebas, cuando las partes no lo soliciten y se trate de verificar hechos o circunstancias relevantes para el juicio, en razón de la necesidad de buscar lo que en verdad ocurrió. Por ello, sostiene que “no puede calificarse de inconstitucional el texto demandado en tanto limitaría el poder excepcional que se confiere al Juez de Conocimiento para acceder a la verdad cuando alguna de las partes se queda corta en su pretensiones probatorias, y por ende se dejaría de lado la garantía que debe ofrecer un proceso serio de que las víctimas conozcan la verdad y a partir de allí puedan obtener la reparación de los perjuicios sufridos”. Este

argumento se refuerza con citas de las Sentencia C-591 de 2005 y de la Sentencia del 30 de marzo de 2006 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Exp. 24.468, M.P. Edgar Lombana Trujillo). En esta última, se sostiene que la prohibición en comento no puede ser absoluta, pues de serlo se llegaría a resultados incompatibles con la Carta, por lo cual, en ciertos eventos, se podría inaplicar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para aplicar directamente la Constitución.

## ORGANIZACIONES SOCIALES

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal considera que la demanda carece de aptitud sustancial, pues su concepto de la violación no satisface los mínimos argumentativos de especificidad, pertinencia y suficiencia. En caso de que se estudie la demanda, solicite que se declare la exequibilidad de la norma demandada.

Pese a reconocer que en este caso es posible plantear dos problemas jurídicos: “¿La facultad para decretar pruebas de oficio resulta contraria con el sistema procesal de corte acusatorio?” y “¿resulta contrario al debido proceso como garantía de imparcialidad judicial permitir que el juez penal militar excepcionalmente pueda decretar pruebas de oficio?”, considera que la demanda carece de aptitud sustancial. Advierte que, aunque se señala como vulnerados los artículos 29 y 229 de la Constitución, “[d]esde una perspectiva formal basada en los numerales 2 y 3 del artículo 2 del decreto 2067 de 1991 los cargos de inconstitucionalidad planteados por los demandantes no identifican de manera específica las normas constitucionales presuntamente vulneradas por el artículo 499 de la ley 1407 de 2010, y tampoco las razones por las cuales dichas normas constitucionales resultan violadas”.

Luego de aludir a los mínimos argumentativos del concepto de la violación, sostiene que en este caso el concepto de la violación carece de especificidad, pertinencia y suficiencia. Lo primero, porque (i) no se argumenta de qué modo se vulnera la Constitución, ya que “las normas superiores no se inclinan por una determinada forma de procedimiento, en especial, en lo que respecta a la justicia penal militar”, y (ii) al ser la justicia penal militar una jurisdicción especial (art. 221 CP), no se puede argumentar que ella deba equipararse a la justicia penal ordinaria (art. 250.4 CP). Lo segundo, porque la argumentación se funda en un soporte doctrinal, que no considera referentes jurisprudenciales relevantes, sino referentes

no relevantes, como los que corresponden a la justicia penal ordinaria. Lo tercero, porque ante tales deficiencias, “nos (sic.) es posible siquiera dudar de la vocación constitucional de la norma demandada”, ya que “el grado de controversia es superfluo y casi inexistente”.

Si a pesar de lo anterior se decide analizar de fondo el asunto, destaca que debería estudiarse con detenimiento la imparcialidad judicial como garantía implícita del debido proceso, para lo cual considera útil considerar las Sentencias C-811 de 2011, T-176 de 2009, T-860 de 2006, T-266 de 1999 y los Autos A-039 de 2010 y A-169 de 2009. Este ejercicio, a su juicio, debe concluir que “la facultad otorgada al juez penal militar para decretar excepcionalmente pruebas de oficio no altera la imparcialidad del mismo, pues más allá del hecho que la imparcialidad subjetiva se presume en cada actuación, y su aspecto objetivo requiere de la ocurrencia de hechos ciertos que alteren la misma, consideramos que la facultad otorgada no permite concluir que dicha garantía se vea mermada o alterada”.

## INTERVENCIONES CIUDADANAS

Los ciudadanos Juan Sebastián Agüedo Gómez y Zaira Andrea Barrera Hernández solicitan que se declare la inexecutable de la norma demandada.

## INTERVENCIONES DE LAS UNIVERSIDADES

### 1. Universidad Javeriana

Solicita que se declare executable de la norma demandada.

Su análisis se centra en la posibilidad que tiene el legislador, dentro de su margen de configuración normativa, de definir el régimen probatorio. A partir de la Sentencia C-396 de 2007, distingue la actividad probatoria del juez de garantías y del juez de conocimiento, para destacar que el primero puede decretar y practicar pruebas de oficio, mientras que el segundo no. Sobre la base de esta distinción y de su interpretación de la sentencia, asume que la competencia prevista en la norma demandada es conforme a la Constitución, en tanto mantenga su carácter excepcional, pues:

[...] es claro que en el sentir de la corte es perfectamente válido que determinados

operadores en determinadas circunstancias decreten y practiquen pruebas de oficio. Así pues, las pruebas de oficio solo podrán ser válidas en la medida en que el juez actúe en aras de garantizar la eficacia de la investigación y de los derechos de quienes hacen parte del proceso penal. De ahí que las pruebas de oficio nunca puedan utilizarse en detrimento del principio de la igualdad de armas y demás garantías de que gozan los sujetos procesales.

## 2. Universidad Libre

Solicita que se declare la inexecutable de la norma demandada.

Aunque hace reparos al concepto de la violación de la demanda, considera que tiene razón.

Para soportar su dicho destaca que en múltiples artículos de la Ley 1407 de 2010 se “acoge los postulados regulados por el Acto Legislativo 03 de 2002, encaminado a que se adopte en Colombia un sistema procesal con tendencia acusatoria”, como ocurre, por ejemplo, con la imparcialidad, la oralidad, la inmediación, la integración (que permite aplicar normas del Código de Procedimiento Penal). Esta circunstancia permite advertir que el proceso penal militar es también de tendencia acusatoria. Si se sostuviera lo contrario, no tendría sentido lo previsto en los artículos 500 y 501 de la ley en comento, en los cuales se trata de la exhibición de los materiales probatorios a solicitud de las partes y de la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. En este contexto, alude a la Sentencia C-396 de 2007, para advertir que en estos procesos el juez pierde su iniciativa probatoria. Por ello, su conclusión es la de que:

[...] el proceso penal sea ordinario o militar, por la trascendencia que genera, en garantía de la igualdad de armas, debe cumplir con lo reglado en el artículo 7 del Código Procesal Penal[1], referente a que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del órgano de persecución penal, sin que en ningún caso pueda invertirse dicha carga probatoria; por lo que el juez no puede usurpar dicha función ni en apoyo del Estado (fiscalía), ni en beneficio de la defensa, pues dentro de la estrategia de cada una de las partes, se podrán presentar pruebas y controvertir las mismas, siendo el fallador un sujeto imparcial y garante de que a través de las probanzas presentadas la decisión que se adopte se ajuste a la justicia y el derecho.

## 3. Universidad Externado de Colombia

Solicita que se declare la inexecutable de la norma demandada.

Precisa que la Ley 1407 de 2010 “pretendió implantar dentro de la jurisdicción Penal Militar, el modelo de sistema acusatorio adoptado por la justicia ordinaria mediante la Ley 906 de 2004, transcribiendo en gran parte su articulado de forma textual y situándose bajo la égida de filosofía y principios de carácter universal, de dicha forma de pensamiento e ideología procesal”. Esta circunstancia es relevante para analizar el sentido y alcance que, en este proceso, tiene el artículo 29 de la Constitución, en especial en cuanto atañe a la presunción de inocencia.

Aunque la demanda no se detenga en este punto, de la selección del modelo acusatorio “se derivan como columnas insustituibles los principios de: A. Adversidad, B. Rogación probatoria, C. Imparcialidad del Juez, D. Igualdad interpartes, E. Pasividad del Juez, F. Lealtad procesal, G. Ejercicio contradictorio, entre otros”, los cuales analiza de manera detallada, para destacar que la carga de la prueba corresponde a las partes, de “forma excluyente y autónoma”, de tal manera que el juez “es un observador externo, que no debe guiarse sino por percepciones neutrales, que determinen quién es el poseedor de la razón”.

#### D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, en su oportunidad, emitió el Concepto 10989, por medio del cual solicita declarar la executable de la norma demandada, “toda vez que no existe un imperativo constitucional de disponer la absoluta inactividad probatoria del juez en el proceso penal militar, motivo por el cual la opción adoptada hace parte de la libertad de configuración legislativa”.

Para soportar su aserto hace una distinción entre el artículo 29 y el artículo 250 de la Constitución, pues el primero se aplica a todo tipo de proceso, incluso al penal militar, mientras que la “implantación constitucional” del segundo “se efectuó de acuerdo a un criterio orgánico, es decir, como una función específica de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, sólo rige de manera imperativa para aquellos procesos que sean desplegados con participación de tal entidad, cuando ésta desarrolla su función de impulsar los procesos penales ordinarios”.

A partir de esta distinción, destaca que la Constitución “no prescribe un único sistema de enjuiciamiento penal”, sino que, por el contrario, “habilita al menos cuatro”, como son el de la jurisdicción ordinaria, el del fuero especial ante la comisión de aforados de la Cámara de Representantes, el de la justicia penal militar y el de la jurisdicción indígena. Señala que en la Sentencia C-713 de 2008 se precisó que, a pesar de administrar justicia, ni la justicia penal militar ni la jurisdicción indígena pertenecen a la Rama Judicial.

En este contexto, advierte que el artículo 221 de la Constitución “habilita a la justicia penal militar para tener su propia regulación sustantiva y procesal”. Por tanto, afirma que “no existe un imperativo constitucional de acoger el sistema acusatorio”, lo que no quiere decir que “exista una prohibición constitucional para hacerlo”. Si el legislador decide hacerlo, anota que “en todo caso deberá garantizar la coherencia sistémica, con el fin de no afectar la garantía del debido proceso y exponer a los enjuiciados a cargas procesales desproporcionadas o a una inseguridad jurídica en su ejercicio del derecho de defensa”.

Al analizar la Ley 1407 de 2010, reconoce que en ella se “acoge un típico diseño con tendencia acusatoria”, lo que implica asumir ciertos principios procesales fundamentales y mínimos, propios de este diseño, entre los cuales “efectivamente se encuentra la inactividad probatoria del juez, como regla general”. No obstante, el sistema adoptado no es acusatorio puro, sino con tendencia acusatoria, condición que permite al legislador “evaluar y elegir diferentes alternativas que no acogen un absoluto quietismo o inactividad probatoria del juez o que, en todo caso sin equipararlo con el ente investigador, le permitan adoptar una postura menos pasiva frente al hallazgo de la verdad procesal”. Este aserto, que desarrolla con varias citas de la Sentencia C-396 de 2007, le permite concluir que: “al evaluar la constitucionalidad de la disposición demandada no debe ni puede hacerse caso omiso del hecho de que existe la necesidad de mantener la separación funcional entre el ente acusador y el juez, mas no un imperativo de abstraer al juez de toda posibilidad de decreto probatorio para esclarecer la verdad”.

## II. CONSIDERACIONES

### Competencia

1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución Política, este tribunal es competente para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra un precepto

contenido en la Ley 1407 de 2010, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Cuestión previa: la aptitud sustancial de la demanda

2. En su intervención, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal invita a la corte a inhibirse en este caso, por considerar que la demanda no reúne los requisitos mínimos para permitir un estudio de constitucionalidad de fondo. Considera el interviniente que el concepto de la violación no satisface los mínimos argumentativos de especificidad, pertinencia y suficiencia en cuanto “(...) no identifican de manera específica las normas constitucionales presuntamente vulneradas por el artículo 499 de la ley 1407 de 2010, y tampoco las razones por las cuales dichas normas constitucionales resultan violadas”.

3. Los requisitos mínimos exigidos para que las demandas de inconstitucionalidad puedan ser tramitadas, están previstos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991. El cumplimiento de estos requisitos fue verificado al momento de admitir la demanda. Esto no obsta para que la Corte Constitucional, en el curso del proceso, advierta la imposibilidad de adoptar una decisión sustancial respecto del cargo de inconstitucionalidad y, por lo tanto, pronuncie una sentencia inhibitoria[2]. Esto significa que, en ocasiones como esta, en las que a pesar de que la Corte Constitucional no advierta prima facie defectos sustanciales en la demanda, uno de los intervinientes lo ponga de presente, lo que hace necesario realizar un estudio previo respecto de la aptitud de la demanda o se percate de oficio, de este tipo de defectos, durante el proceso.

4. La demanda consiste en una impugnación de la constitucionalidad de la posibilidad otorgada por la ley al juez penal militar de decretar pruebas de oficio. Consideran los demandantes que esa posibilidad riñe con las garantías del debido proceso, en sus componentes que exigen un juez imparcial y el respeto de la igualdad de armas, por cuanto el juez que decreta pruebas de oficio, en un sistema penal acusatorio, compromete su juicio, al tomar partido por una de las partes, la que podría verse beneficiada con las pruebas de oficio. Consideran que la imparcialidad del juez exige su neutralidad frente al debate probatorio y que, permitirle el decreto de pruebas de oficio, otorga un beneficio inconstitucional a una de las partes, lo que afecta la igualdad de las partes. Así planteado, el cargo es claro y específico, en cuanto explica con suficiencia la manera cómo considera que se pueden ver desconocidos mandatos constitucionales previstos en los artículos 29 y

229 de la Constitución Política.

5. Es cierto que la demanda plantea argumentos impertinentes, en cuanto no relacionados directamente con la constitucionalidad de la norma, como es el caso de poner de presente el desconocimiento de las “características decantadas de los sistemas de tendencia acusatoria” y esta afirmación la sustenta doctrinalmente. También argumenta la contradicción de la norma demandada, de la ley 1710 de 2010, sub lite, respecto de otra ley, la 906 de 2004. No obstante, la demanda no se limita a dichos argumentos, sino que plantea que con la posibilidad de que el juez penal militar decrete la práctica de pruebas de oficio, se desconocen garantías esenciales del debido proceso, como la imparcialidad, y la igualdad de armas. Agrega que con este sistema, se afecta la confianza y credibilidad en el fallador que, como se explicará, es un componente de la imparcialidad judicial. Además, la demanda refiere el precedente constitucional que se encuentra en la Sentencia C-396 de 2007 que declaró constitucional una norma que, en un contexto equivalente, prohibía al juez decretar la práctica de pruebas de oficio. En estos términos, el concepto de la violación cumple con la carga de pertinencia, porque esgrime razones derivadas de la Constitución Política. Mal haría este juez de la República cuando, a pesar de verificar el cumplimiento de los requisitos de la demanda, se inhiba porque el demandante incluyó, para reforzar su pretensión, otros argumentos que son impertinentes en este escenario. Si así actuara, estaría desconociendo el mandato de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, previsto en el artículo 228 de la Constitución y, se trataría de un caso de denegación de justicia.

6. En los términos planteados, la demanda es suficientemente persuasiva, clara y pertinente, para generar la duda mínima requerida, respecto de la constitucionalidad de la norma en cuestión. Por estas razones, la demanda reúne los requisitos sustanciales que permiten a esta Corte, adoptar una decisión sustancial.

Planteamiento del problema jurídico, método y estructura de la decisión

7. El inciso 4 del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010 - Código Penal Militar - autoriza excepcionalmente al juez penal militar a decretar la práctica de pruebas de oficio, agotadas las solicitudes probatorias de las partes. Los demandantes consideran que esta posibilidad otorgada al juez, contraría el derecho al debido proceso al permitirle a éste que realice una

actividad en la que se compromete su imparcialidad y la que rompe la igualdad de armas entre las partes, porque la actividad probatoria del juez beneficiaría a una de ellas, en desmedro de la otra. Los intervinientes en este proceso se dividen en su concepto. La intervención del I.C.D.P., así como el de la Universidad Javeriana, solicitan la declaratoria de exequibilidad de la norma. Por el contrario, los ciudadanos intervinientes, así como los conceptos de la Universidad Libre y Externado de Colombia, consideran que la norma debería ser declarada inexecutable. El concepto del Procurador General de la Nación considera que la norma es constitucional y, por lo tanto, debe ser declarada executable.

8. Planteado el debate en estos términos, le corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico:

¿La atribución legal al juez penal militar de la posibilidad de decretar pruebas de oficio, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, contraría la imparcialidad del juez y la igualdad de armas, como garantías del debido proceso?

9. Para resolver este problema jurídico, la Corte Constitucional realizará un análisis en tres etapas: primero se referirá a la jurisprudencia constitucional en materia de pruebas de oficio. Segundo, a la discrecionalidad del legislador en la configuración de los procesos judiciales y, por último, se estudiará la imparcialidad en el decreto de las pruebas de oficio, en el proceso penal militar.

A. La jurisprudencia constitucional en materia de pruebas de oficio

10. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentran varios pronunciamientos directamente relacionados con el problema jurídico que plantea la posibilidad otorgada o negada al juez de decretar la práctica de pruebas de oficio. Así, frente a distintas normas, existen tanto pronunciamientos que han declarado executable los poderes oficiosos del juez en materia probatoria, como aquellas que lo han negado.

11. En efecto, la Sentencia C-541 de 1997, que en su razonamiento fue confirmada por la Sentencia C-144 de 2010, declaró la constitucionalidad del inciso 3 del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época (Decreto número 2700 de 1991). En el caso, el demandante alegaba que la potestad de decretar pruebas de oficio afectaba la imparcialidad del juez. La Corte consideró que:

“Así mismo, corresponde al Estado, a través de los funcionarios judiciales, garantizar que en toda actuación judicial se apliquen los principios rectores del debido proceso, (...) Le corresponde a este, igualmente, el deber de adoptar todas las medidas a que haya lugar en orden a proferir una decisión justa. Así mismo, según lo dispuesto en el artículo 228 superior, la actividad del juez debe desarrollarse con fundamento en los principios de la imparcialidad, publicidad, permanencia e independencia en sus decisiones, entre otros.

Por consiguiente, el juez en su función de administrar justicia, posee una serie de atribuciones encaminadas a garantizar a toda persona la efectividad de un debido proceso, de manera que para este fin tiene la facultad de decretar y practicar aquellas pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión que ponga fin al proceso, y que lleve al esclarecimiento de los hechos. Así entonces, su determinación será producto del análisis de la verdad procesal, la cual siempre deberá ser lo más cercano posible a la verdad real.” (Negrillas no originales).

12. Esta Sentencia fue adoptada con un referente constitucional diferente al vigente en la actualidad y que fue determinado por la reforma introducida por el Acto legislativo número 3 de 2002. Se trataba de un sistema en el que la responsabilidad probatoria de la fiscalía era diferente, en cuanto las pruebas que ella le presentara al juez eran suficientes para que éste dictara la sentencia. Luego de la reforma constitucional de 2002, de acuerdo con la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal -, las pruebas necesarias para pronunciar una sentencia de fondo, deben ser practicadas en audiencia, ante el juez, a solicitud de la fiscalía o de la parte acusada. Se trata de un sistema que propende por la inmediación de la prueba respecto del juez de fondo. No obstante, los artículos 16 y 154 de la ley 906, autorizan la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías. Este sistema que permite las pruebas anticipadas fue declarado constitucional en la Sentencia C-591 de 2005[3] que, de manera previa, realizó una explicación respecto de la naturaleza del sistema procesal introducido por el Acto legislativo de 2002 y el Código de 2004, para llegar a la conclusión de que no se trata de un sistema típicamente acusatorio, que responda a las categorías doctrinales, sino de una creación propia del derecho colombiano.

Así, la Sentencia explicó que “El nuevo diseño 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 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 aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

(...)

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

13. Sin embargo, la Corte no se pronunciaba aún respecto de la constitucionalidad del artículo 361 del nuevo Código de Procedimiento Penal que, a diferencia de la legislación anterior, que había sido declarada exequible, prohíbe al juez penal ordinario el decreto de práctica de pruebas de oficio, al disponer en su artículo 361. “Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”. Esta norma fue declarada constitucional mediante la Sentencia C-396 de 2007, al considerar que la

prohibición se encuadra dentro del margen de configuración del legislador, por cuanto busca garantizar la imparcialidad del juez y garantizar la igualdad de armas entre las partes del proceso penal.

14. De la misma manera que lo había hecho la Sentencia C-591 de 2005, la Sentencia C-396 de 2007, en comento, reconoce que existen distintos modelos de procedimiento penal[4] y sostuvo que la exigencia constitucional relativa a las funciones de la fiscalía, no determina que el legislador deba obligatoriamente, adecuarse plenamente a uno de esos modelos. Así, consideró la Corte que “v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado”. Así, consideró que la decisión de legislador colombiano de limitar la competencia probatoria del juez penal es constitucional por cuanto es una manera razonable de buscar la realización de derechos fundamentales, como el debido proceso, sin alterar necesariamente la búsqueda de la verdad, por parte del juez: “18. (...) la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal. De esta manera, la Sala concluye que no es correcto ligar, por sí sólo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial.” (Negrillas no originales).

15. Ahora bien, debe recordarse que, en este caso, la Corte examinaba la constitucionalidad de una norma que prohíbe al juez, el decreto de pruebas de oficio y, en este contexto, la Corte lo declaró exequible por su finalidad de protección del debido proceso. Sin embargo, una lectura atenta del precedente permite concluir que no se determinó que la norma contraria, es decir, aquella que autorizara eventualmente la

práctica de pruebas de oficio por parte del juez, fuera per sé inconstitucional. En efecto consideró la Corte que “20. Así las cosas, no es totalmente acertado concluir que la actividad probatoria del juez sea abiertamente incompatible con el proceso penal acusatorio o que la relativización de la prohibición de la práctica de pruebas de oficio genere un cambio estructural al sistema”. (Negrillas no originales).

16. De esta manera, la Corte concluyó que la decisión adoptada por el legislador, en el proceso penal ordinario, de prohibirle al juez el decreto de pruebas de oficio, es una opción legítima, pero no la única, para garantizar el debido proceso: “27. En conclusión, para la Sala es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio de sistema penal acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de éste en algunas legislaciones, también se aparta de otras características. De esta forma, es lógico inferir que el hecho de que otros países hubiesen adoptado la prueba de oficio como una regla necesaria en el proceso penal, no significa que el legislador colombiano estaba obligado a seguir esa corriente en nuestra legislación. (...) De hecho, como ya se advirtió, el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria.” (Negrillas no originales).

17. En un contexto punitivo diferente, la Sentencia C-401 de 2013 declaró exequible la posibilidad atribuida al juez de decretar de oficio la práctica de pruebas, en la segunda instancia del proceso disciplinario, de acuerdo con el artículo 59 de Ley 1474 de 2011 Estatuto anticorrupción, modificatorio del Código disciplinario único. De la misma manera que en los precedentes citados, esta Sentencia de 2013 plantea la existencia de distintos modelos procesales en materia punitiva, pero resaltó que tienen en común la obligación de buscar la verdad: “sin ánimo de definir cuál es la posición doctrinaria acertada, desde la perspectiva constitucional sólo puede realizarse la justicia material, cuando el proceso se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso. (...) A juicio de la Corte, en el caso concreto, el decretar pruebas de oficio no solo no desvirtúa el

principio de imparcialidad del juez, sino que aboga por una defensa en igualdad de condiciones de las partes”. (Negrillas no originales).

De esta manera, la Corte concluyó, respecto de ese poder probatorio oficioso del juez que “(...) la imparcialidad del juez de segunda instancia en el proceso disciplinario verbal, no se pierde con el hecho de permitírsele decretar pruebas de oficio. Una interpretación conforme al artículo 29, 31 y 230 de la Constitución conduce a afirmar que la posibilidad de decretar pruebas de oficio por el director del proceso de segunda instancia, se explica por el deber que tiene todo juez, en un Estado Social de Derecho, de buscar la verdad procesal”. (Negrillas no originales).

18. En sede de unificación de tutela (SU-768-14), la Corte constitucional continuó con la posición jurisprudencial identificada, esto es, aquella que considera que independientemente del modelo procesal, la búsqueda de la verdad es una obligación judicial, cuyo ejercicio no implica necesariamente afectar su imparcialidad. Así se consideró: “En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. (Negrillas no originales)

19. Por último, la Sentencia C-086 de 2016 declaró exequible la posibilidad atribuida al juez en asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, por la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, de distribuir la carga de la prueba entre las partes, bajo la lógica de las cargas dinámicas de la prueba. Así, luego de recordar los distintos modelos procesales, inquisitivos o dispositivos, puros o impuros o con tendencia hacia uno u otro, consideró que en los modelos mixtos “En estos se considera que el proceso involucra también un interés público, por lo que es razonable otorgar al juez facultades probatorias y de impulso procesal con miras a garantizar una verdadera igualdad entre las partes y llegar a la verdad real.”. Concluyó la Sentencia que “(...) para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional.”. (Negrillas no originales)

## B. La discrecionalidad del legislador en la configuración de los procesos judiciales

1. De los precedentes jurisprudenciales citados, relacionados con el impacto de las pruebas de oficio, respecto de la imparcialidad del juez y la igualdad entre las partes, se puede concluir que la Constitución Política no presupone un determinado modelo procesal estricto, en lo civil, comercial, de familia, agrario, de lo contencioso administrativo, pero tampoco en materia penal, que determinara que cualquier desviación del modelo procesal, sería inconstitucional. Por el contrario, la Constitución confió en el legislador la competencia para diseñar, de manera discrecional[5], las estructuras procesales en las distintas materias, siempre y cuando respetara, con dichos procedimientos, garantías fundamentales del debido proceso (artículo 29 de la Constitución), el acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución) y el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución) y velara por que dicho proceso propenda por la realización de los fines esenciales del Estado, en concreto la justicia y la igualdad material de todos (artículo 2 de la Constitución), a través de formas procesales razonables y proporcionadas que garanticen la prevalencia del derecho sustancial, sobre el procesal (artículo 228 de la Constitución). Estos límites a la configuración legislativa de los procesos, han sido determinados de manera constante por esta Corte[6].

De acuerdo con la Sentencia C-086 de 2016, es posible afirmar que “Es abundante la jurisprudencia que reconoce la amplia potestad del Legislador para regular los procedimientos judiciales. Ello, por supuesto, siempre y cuando “no ignore, obstruya o contraría las garantías básicas previstas por la Constitución”, y con la premisa básica según la cual “el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura para realizar la justicia y con la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica”.

20. En el tema de las pruebas de oficio, no existe una determinación constitucional clara que permita afirmar que una ley que prohíba al juez dicha facultad o una que la autorice, sea en sí misma constitucional o inconstitucional. Incluso la Sentencia C-396 de 2007, que declaró constitucional la prohibición de pruebas de oficio en el proceso penal ordinario precisó que, aunque dicho sistema es constitucional, nada obsta para que otro sistema también encuadre en las exigencias constitucionales en la materia, en concreto, uno que autorice al juez a decretar pruebas de oficio. En efecto, es cierto que de la reforma constitucional introducida por el Acto legislativo 3 de 2002 pretendió la introducción de un

sistema penal acusatorio y, por consiguiente, modificó las funciones de la Fiscalía General de la Nación, pero no se puede concluir que constitucionalmente Colombia se suscribió a un determinado modelo procesal estricto, como el modelo adversarial considerado por la doctrina como puro. La escogencia del modelo procesal es una labor del legislador, con el respeto de la Constitución, en concreto, de las funciones propias de la Fiscalía y de las garantías procesales propias de un debido proceso.

21. Es cierto que como lo pone de presente en su intervención la Universidad Externado Colombia, el legislador buscó, a través de la ley 1407 de 2010, relativa al proceso ante la Justicia Penal Militar, cuyo artículo 499 se encuentra bajo este juicio de constitucionalidad, implantar un sistema acusatorio en penal militar, a la imagen del ordinario, previsto en la ley 906 de 2004. Sin embargo, esta intención del legislador no significa que la no coincidencia entre estas dos leyes sea, por esta sola razón, una causa de inconstitucionalidad. Este punto ya fue objeto de análisis por parte de esta Corte cuando debió decidir si, con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, que introdujo un modelo penal con tendencia acusatoria, el proceso penal militar previsto en el título III de la Ley 522 de 1999, adolecería de una inconstitucionalidad sobreviniente. Así, en la sentencia C-928 de 2007, este tribunal rechazó tal razonamiento al considerar que respecto de la justicia penal militar “(...) el legislador, dentro del margen de configuración normativa de que dispone, podría introducir algunas de las garantías procesales del sistema acusatorio al proceso penal militar”, sin que la introducción del modelo penal acusatorio fuera constitucionalmente obligatoria respecto de ésta.

22. Por demás, debe recordarse que se trata de autoridades distintas, a la luz de la Constitución, la jurisdicción ordinaria (Título VIII, Capítulo 2 de la Constitución), ante la que ejerce sus funciones la Fiscalía General de la Nación (artículo 250, n.4 de la Constitución) y la justicia penal militar, cuyo núcleo de competencia se encuentra establecido en el artículo 221 de la Constitución. A diferencia de la Jurisdicción Ordinaria, la justicia penal militar no es, en sentido estricto, una jurisdicción, sino un órgano especial, ubicado dentro de la Rama Ejecutiva del poder público, que constitucionalmente ejerce funciones jurisdiccionales (artículo 116 de la Constitución). En este sentido, la sentencia C-037 de 1996, relativa al proyecto de Ley estatutaria de administración de justicia precisó que la justicia penal militar “(...) es uno de los casos en que a pesar de que se administra justicia (Arts. 116 y 221 C.P.), los jueces penales militares no integran esta rama del poder público, pues -conviene

repetirlo- no se encuentran incluidos dentro de los órganos previstos en el Título VIII superior". Por su parte, la sentencia C-879 de 2003 fue más allá al explicar que "(...) en la estructura del Estado colombiano, la justicia penal militar está adscrita a la fuerza pública y hace parte de la rama ejecutiva del poder público. No obstante, administra justicia y así lo reitera el artículo 116 superior". Así, en razón de las diferencias existentes entre la Jurisdicción Ordinaria en lo penal, la sentencia C-457 de 2002 declaró la constitucionalidad de la previsión de condiciones para ejercer el cargo de magistrado del Tribunal Superior Militar, distintas de aquellas requeridas para el cargo de magistrado de Tribunal Superior del Distrito Judicial, al considerar que "Lo que ha hecho el constituyente con la justicia penal militar no es configurarla como una jurisdicción especial dentro de la administración de justicia (...) De este modo, si en la Carta existe esa clara diferenciación entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar, no concurren argumentos para afirmar que ella impone la necesidad de someter a los servidores de aquella y de ésta a las mismas calidades para acceder a los cargos de magistrado del Tribunal Superior Militar y magistrado de Tribunal Superior. Por el contrario, es legítimo que el legislador, atendiendo precisamente la diversa naturaleza de la justicia penal militar, exija calidades relacionadas con ese específico ámbito funcional", (Negrillas no originales). De este precedente se deduce claramente que la identidad entre la organización y funcionamiento de la justicia ordinaria, en lo penal, respecto de la justicia penal militar, no es, de manera alguna, un límite constitucional al margen de configuración legislativa en la materia. En este sentido, si la existencia de un modelo adversarial puro no es una exigencia constitucional para la Jurisdicción ordinaria, mucho menos podría exigirse tal limitación respecto de la justicia penal militar, la que tiene su propia identidad, desde el punto de vista constitucional.

23. La exclusión o la autorización al juez de decretar pruebas de oficio no es un principio ni constitucional, ni legal. "Los principios serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa." [7] "(...) consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional". Esto quiere decir que los principios tienen una vocación general y no podría válidamente el legislador desconocerlo. La exclusión o la posibilidad del juez de decretar pruebas de oficio es una regla de técnica procesal que responde a la estructura procesal adoptada por el legislador, en el caso concreto.

24. Trátese de la opción de excluir las pruebas de oficio, o la de permitir las, lo que exige la Constitución es que el proceso esté configurado de tal manera que se garantice el deber de cualquier juez de adoptar una decisión justa, que propenda por el establecimiento de la verdad, a través de un debido proceso, que exige, entre otras garantías, la imparcialidad de la autoridad. En este sentido, mediante sentencia C-879 de 2003, esta Corte declaró constitucional que, a pesar de que la justicia penal militar no pertenezca a la Rama Judicial del poder público, quienes ejerzan funciones en ella, estén sometidos al mismo régimen disciplinario de la Rama Judicial[8], en lo que respecta al ejercicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a esta autoridad[9]. También, mediante sentencia C-928 de 2007, esta Corte declaró constitucional que el Comandante de las Fuerzas Militares presidiera el Tribunal Superior Militar, por considerar que este hecho no afectaba la independencia de este tribunal, en cuanto sus funciones como presidente eran meramente administrativas, no cumplía funciones jurisdiccionales y no tenía incidencia alguna en éstas[10]. Estos precedentes ponen de presente que resulta intrascendente, frente al debido proceso, que se trate de órganos diferentes, la jurisdicción ordinaria en lo penal y la justicia penal militar, ya que las garantías procesales y las responsabilidades son transversales y de aplicación funcional, más allá de las particularidades orgánicas.

#### C. La imparcialidad en el decreto de pruebas de oficio en el proceso penal militar

25. Si resulta difícil determinar la justicia, no así la imparcialidad y la decisión tomada por una autoridad imparcial, amerita ser calificada como justa[11]. La imparcialidad es una garantía que se deriva de la igualdad de las personas ante la ley[12] e implica una serie de exigencias para el juez, en el caso judicial (artículo 229 de la Constitución), y para el procedimiento, que apuntan al desinteresamiento y objetividad al momento de desarrollar el proceso y adoptar la decisión. Literalmente la imparcialidad significa ausencia de partido o de posición frente al asunto. Tradicionalmente se ha entendido que la autoridad cumple la exigencia de imparcialidad, cuando pone de presente las circunstancias personales que podrían favorecer o desfavorecer, conscientemente o de manera inconsciente, a una de las partes y esto le permite separarse del asunto (impedimentos) o, si no lo hace, que sean las partes los que controviertan su imparcialidad, a través de las recusaciones. Pero la imparcialidad es un mandato mucho más amplio y no se refiere exclusivamente a la imparcialidad de la autoridad, en este caso, el juez, sino también a la imparcialidad institucional y del proceso. Es en este sentido que la demanda controvierte la

constitucionalidad de la facultad del juez penal militar de decretar pruebas de oficio.

La imparcialidad institucional y del proceso

26. El Tribunal europeo de derechos humanos estableció la diferencia entre la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva, a partir de las exigencias del artículo 6 § 1 del Convenio europeo de salvaguarda de los derechos humanos, relativo al derecho al proceso justo o equitativo, equivalente entre nosotros del debido proceso. Se trata de una categoría bien establecida que, en Sentencia de 2009, de Gran Sala, el Tribunal europeo resumió sus componentes:

27. “93. La imparcialidad se define normalmente a través de la ausencia de prejuicio o de partido y puede apreciarse de diversas maneras. Según la jurisprudencia constante de la Corte, respecto del artículo 6 § 1, la imparcialidad debe apreciarse de acuerdo con criterio subjetivo, teniendo en cuenta la convicción personal y el comportamiento de determinado juez, es decir, desde el punto de vista de saber si éste ha tomado partido o prejuzgó personalmente determinado caso y, de acuerdo con un criterio objetivo que consiste en determinar si el tribunal ofrecía, por ejemplo, a través de su composición, garantías suficientes para excluir toda duda legítima en cuanto a su imparcialidad (Ver, entre otras, Fey c. Austria, 24 de febrero de 1993, §§ 27, 28 y 30, Serie A n. 255-A, y Wettstein c. Suiza, no 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII)”: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Fallo del 15 de octubre de 2009, asunto Micallef c. Malta (Demanda n. 17056/06. Este mismo fallo define la imparcialidad objetiva, de manera más amplia: “96. En lo que respecta a la apreciación objetiva, consiste en preguntarse si, independientemente del comportamiento personal del juez, ciertos hechos verificables autorizan a sospechar de la imparcialidad del tribunal”.

28. La imparcialidad, tanto en su componente objetivo, como subjetivo, es una garantía general que adquiere matices especiales cuando se trata del aspecto penal[13] del derecho al proceso equitativo. En este caso, la imparcialidad objetiva puede verse comprometida cuando existen funciones sucesivas de instrucción y luego de juzgamiento: “Se entiende, por lo tanto, que un inculpado pueda sentir inquietud si se encuentra frente a un tribunal llamado a estatuir sobre las acusaciones en su contra, donde encuentra, en su seno, el magistrado que lo había puesto en detención preventiva y lo había interrogado en varias

ocasiones durante la instrucción previa, así sus preguntas fueran dictadas por la preocupación de descubrir la verdad”: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 26 de octubre de 1984, *Cubber c/ Bélgica*, demanda n. 9186/80.

29. Inspirada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo y refiriéndola expresamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha adoptado las categorías de imparcialidad objetiva e imparcialidad subjetiva[14]. Sin embargo, la explicación que dio de las diferencias entre estas no tiene la claridad alcanzada por la jurisprudencia europea: “56. En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad[15]. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario[16]. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona[17]. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta[18], sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho”[19], (Negritas no originales). En realidad, en los términos citados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos confunde la llamada imparcialidad objetiva, que denomina “prueba objetiva”, con la imparcialidad subjetiva. Contrario a lo indicado por la Corte Interamericana, la imparcialidad objetiva no se predica de la persona del juez, en su subjetividad, cuya imparcialidad de juicio sí podría resultar afectada por las influencias, presiones, amenazas, etc., a las que hace referencia el fallo referido.

30. En Colombia, este concepto de imparcialidad objetiva fue introducido por la Sentencia C- 396 de 2007, la que declaró la constitucionalidad de la prohibición al juez penal ordinario, de decretar la práctica de pruebas de oficio. Este precedente precisó: “Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico diseñó varias garantías institucionales e individuales en el proceso penal que permiten contar con órganos jurisdiccionales que dan confianza y seguridad de que los problemas con relevancia penal serán decididos por autoridades que no tiene relación directa con el litigio y que, por consiguiente, mantendrán una posición objetiva al momento de resolverlos, desligándose de intereses directos con la decisión, o

con preconceptos que le interfieren en la neutralidad judicial”. Más adelante este fallo agregó: “23. Una manifestación de la imparcialidad objetiva del juez en el proceso penal acusatorio es, precisamente, la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento”. (Negrillas no originales). También la Sentencia C-545 de 2008 precisó que “(...) lo que se busca con la amplificación de la imparcialidad también hacia su acepción objetiva es, en un cambio meramente procedimental, evitar que el funcionario que acopió los elementos necesarios en el adelantamiento de una actuación, que le llevó *verbi gratia* a proferir una resolución de acusación, (...) al haber estado en contacto con las fuentes de las cuales procede su convicción, la mantenga, entendiblemente ligado por preconceptos que para él han resultado sólidos.”. La Sentencia C-762 de 2009 desarrolló el concepto de imparcialidad objetiva.

31. A pesar de que las referencias citadas utilicen la expresión de imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva, se trata de expresiones que poco a poco están siendo superadas, en la medida en que pueden dar lugar a confusiones. Así, las razones individuales que pueden comprometer la objetividad de determinado juez, pueden ser objetivas. De la misma manera, la sensación de confianza o desconfianza que le genera el tribunal al justiciable, si bien debe partir de elementos constatables, es necesariamente subjetiva. Es por esta razón que la Corte Constitucional preferirá, en este caso, referirse, por una parte, a la imparcialidad del juez o imparcialidad personal y, por otra parte, a la imparcialidad institucional y del proceso. Esta segunda es la que coincide con la tradicionalmente llamada imparcialidad objetiva y se refiere a los elementos orgánicos y funcionales que puedan afectar la percepción de objetividad que debe ofrecer todo tribunal, respecto de los justiciables. Se parte del supuesto de la necesaria confianza que debe inspirar la justicia en sus usuarios. A manera simplemente enunciativa, la imparcialidad institucional y del proceso puede verse afectada por la composición del tribunal, por la participación de sus miembros en labores de consulta o asesoría institucional[20] o por la no separación de las etapas de instrucción, acusación y juzgamiento. La imparcialidad del juez, en concreto, se garantiza a través de las declaraciones de impedimentos y la posibilidad de formular recusaciones. La imparcialidad institucional y del proceso, debe ser verificada, en abstracto, por parte de la Corte Constitucional, en su ejercicio de control de la constitucionalidad de las leyes.

33. De la lectura de la norma demandada, es posible deducir la finalidad de dicha

prerrogativa probatoria: “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el juez penal militar considera que se hace necesaria la práctica de otras pruebas no pedidas por estas que pudieren tener esencial influencia para el resultado del juicio, ordenará su práctica”. Esto quiere decir que la finalidad de esta prerrogativa no es la de favorecer a una de las partes en el proceso penal militar, como podría ser, por ejemplo, la de solventar las falencias probatorias de la fiscalía, sino buscar la verdad y materializar la justicia. Se trata de un sistema que garantiza la imparcialidad en cuanto el juez ejerce su labor probatoria luego de que las partes han desplegado sus esfuerzos en materia de prueba y no en función de un resultado específico del proceso, sino de la verdad. Se trata de un complemento de instrucción del sumario o, para mejor proveer, según la expresión comúnmente utilizada que pretende que el juez no sea un espectador inerme frente al debate y las pruebas que le alleguen. Esto no quiere decir, que el sistema contrario, que prohíbe a quien va a juzgar el decreto de pruebas de oficio, sea contrario a la exigencia de verdad y justicia; simplemente se trata de modelos procesales distintos, que buscan la verdad, por medios diferentes.

34. No le asiste razón al demandante al considerar que se afecta la imparcialidad del proceso y, por lo tanto, no ofrece credibilidad el juez que, antes de dictar sentencia decreta la práctica de pruebas de oficio, ya que considerar que debían practicarse, no necesariamente significa que dé crédito ciego a lo que resulte de dichas pruebas. En realidad, el juez debe valorar los distintos medios de prueba con el mismo desinterés y objetividad, independientemente de que hayan sido aportadas por las partes o decretadas de oficio. Las pruebas decretadas de oficio no tienen en sí mismas un mayor valor probatorio que dé lugar a pensar que todo lo que resulte de ellas, tiene un especial peso de convicción. Se trata de medios probatorios que deberán ser sometidos a la contradicción de las partes, para poder fundar válidamente la decisión del juez. En lugar de afectar la confianza en los justiciables, la posibilidad de que el juez verifique por sus propios medios la verdad, “(...) punto de partida de la decisión judicial que hace justicia”[21], acrecienta la confianza en el sistema judicial porque da a pensar, de manera objetiva, que la decisión tomada por el juez, parte de un basamento probatorio sólido y verificado.

35. La imparcialidad institucional y del proceso sí podría verse afectada si se autorizara al juez penal militar de fondo a participar, a la vez, en las etapas de investigación y de juzgamiento, lo que no hace la norma controvertida. A tal punto su rol en materia probatoria

se aleja de la investigación que conduce a la acusación, que las pruebas de oficio solamente las podrá decretar “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes (...)”, en etapa de juicio. También podría afectarse la imparcialidad institucional si se le permitiera al juez tomar decisiones previas a la sentencia, basado en estos medios de prueba. El juez no prejuzga el asunto por buscar la verdad, ya que su juicio solamente será vertido en la sentencia de fondo.

#### La igualdad de armas

36. La igualdad de armas es una concretización del principio de igualdad, en este caso, en el contexto específico del proceso judicial. Es otro de los componentes del derecho al proceso equitativo, deducido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[22]: “Todo proceso penal, incluidos sus aspectos procesales, debe revestir un carácter contradictorio y garantizar la igualdad de armas entre la acusación y la defensa; se trata de uno de los aspectos fundamentales del derecho a un proceso equitativo”[23]. Este derecho apunta a que en la previsión de las oportunidades de las partes para presentar sus argumentos y pruebas y de los instrumentos a su disposición, no se verifique un trato desigual que altere el equilibrio procesal y, en cuanto al proceso, determine una afectación de su imparcialidad.

37. Cuando la configuración procesal determina poderes exclusivos para una de las partes o un trato benéfico sólo para una de ellas, el juicio de igualdad debe ser estricto, para identificar si existen intereses superiores que, de manera proporcionada, justifiquen la modulación de la igualdad procesal.

38. Es cierto que la Sentencia C- 396 de 2007 consideró que la neutralidad probatoria del juez penal ordinario era un instrumento que propendía por la igualdad de trato del juez, frente a las partes. Dicha Sentencia sostuvo: “26. Así las cosas, la pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción”. No obstante, este precedente jurisprudencial no

puede ser interpretado en el sentido que cualquier que otro diseño legislativo, sea necesariamente contrario a la igualdad de armas. Sería excesivo pensar que siempre que la Corte Constitucional declara constitucional una medida que concretiza valores constitucionales, su contraria sea per sé inconstitucional. Justamente aquí se pone de presente el rol del juez constitucional: fiscalizar, a la luz de la Constitución Política, la actividad del legislador, dentro del respeto de su propia discrecionalidad. Tratándose la ley de una decisión más o menos discrecional, según las circunstancias, mal haría el juez en concluir que cuando el legislador escogió una de esas opciones y fue declarada constitucional, necesariamente todas las otras son inconstitucionales. En cada caso, será necesario realizar un control de la opción normativa escogida por el legislador.

39. En el caso sub lite, la posibilidad atribuida al juez penal militar de decretar pruebas de oficio, luego de evacuadas las probanzas aportadas o solicitadas por las partes, no verifica un trato desigual para las partes del proceso; se trata de un instrumento en favor de la verdad, no en beneficio de determinada parte, el fiscal penal militar o la defensa. En el ejercicio de poder probatorio, que la misma ley califica de excepcional, el juez penal debe propender por la verificación de la verdad de los hechos y las alegaciones, por lo que, en determinado caso, podría pensarse que resulta de facto favoreciendo a la fiscalía o la defensa. En realidad, en ambos casos, el único favorecido es el valor de la justicia, la que necesita verdad. Reconocerle al juez el poder de decretar la práctica de pruebas de oficio, como la hace la norma en cuestión, materializa los fines del Estado Social de Derecho y enaltece la función del juez en este contexto, como lo precisó esta Corte, mediante sentencia de unificación 768 de 2014 en la que, luego de explicar el rol del juez en el contexto de nuestro Estado Social de Derecho[24], concluyó que las pruebas de oficio no caracterizan una afectación a la imparcialidad del juez, sino el cumplimiento de su deber de búsqueda de la verdad y de realización de justicia material: "(...) la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas[25]. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como "un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial"[26]"[27]. De esta manera, en la búsqueda de la verdad no se verifica un trato diferente a una de las partes, que exigiría la realización de un test de igualdad que, como se advirtió previamente, debería ser estricto. Se insiste, por demás, que la configuración que la norma bajo examen le dio a este poder oficioso de la justicia penal militar es excepcional y limitado temporalmente a que sea ejercido después de que las

partes han desplegado sus esfuerzos probatorios, lo que pone de presente que no rompe la igualdad en el debate, el que ya se encuentra terminado, sino que materializa la responsabilidad de quien administra justicia de tomar decisiones fundadas en la verdad, con el fin de materializar la justicia. Por estas razones, la parte demandada del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, en lo que respecta a los cargos de violación al debido proceso, en sus componentes de imparcialidad e igualdad de armas.

## Conclusión

40. El presente caso se originó en la demanda presentada por los ciudadanos Yesid Fernando Silva Sánchez y Eduardo Ardila Valderrama, contra el inciso 4 del artículo 499 de la Ley 1407 e 2010, por la cual se expide el Código Penal Militar. Consideran los demandantes que dicha norma vulnera los artículos 29 de la Constitución y 229, en cuanto al atribuir la posibilidad al juez penal militar de decretar la práctica de pruebas de oficio, afecta la imparcialidad propia del ejercicio de la función jurisdiccional y garantía del debido proceso y afecta, además, la igualdad de armas entre las partes de un proceso de tipo acusatorio. Consideran que en este tipo de procesos, el juez debe mantenerse neutral frente a las pruebas, como ocurre en el proceso penal ordinario y cuya constitucionalidad fue declarada por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-396 de 2007. Algunas de las intervenciones recibidas solicitaron la declaratoria de inexecutable de la norma y otras conceptuaron en sentido contrario. En su concepto, el Procurador General de la Nación solicitó que la norma fuera declarada executable.

41. En estos términos, el problema jurídico que resulta de la demanda presentada es el siguiente: ¿La atribución legal al juez penal militar de la posibilidad de decretar pruebas de oficio, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, contraría la imparcialidad del juez y la igualdad de armas, como garantías del debido proceso?

42. Para responder este problema jurídico, la Corte Constitucional realizó un recuento de los pronunciamientos que este tribunal ha adoptado respecto de la constitucionalidad de las pruebas de oficio, en distintos escenarios procesales, lo que le permitió concluir que la posibilidad del decreto de pruebas de oficio, por parte del juez, no es en sí misma una situación que pueda afectar la imparcialidad del juez. También se extrajo de estos precedentes que la prohibición al juez de decretar la práctica de pruebas de oficio,

propende por garantizar la imparcialidad del juez, sin que se pueda sostener que el sistema contrario necesariamente la afecte.

43. La Corte Constitucional recordó que en la configuración de los procesos judiciales, el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad, a condición del respeto de principios, valores y derechos constitucionales, particularmente, el debido proceso. También se precisó que en materia penal ordinaria, la Constitución no exige el respeto de determinado modelo acusatorio doctrinalmente considerado como puro, sino que el diseño del modelo procesal, corresponde al legislador, dentro del respeto de los imperativos constitucionales, en concreto, las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación. Se concluyó que constitucionalmente no existe ni una prohibición, ni una orden, respecto de las pruebas de oficio. La Corte agregó que la Constitución no exige que el proceso penal militar deba ser idéntico al proceso penal ordinario, al tratarse de autoridades constitucionalmente distintas, la una perteneciente a la Rama Judicial y la otra adscrita a las Fuerzas Militares y, por lo tanto, ubicada dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Esto quiere decir que, si bien el legislador consideró que en materia penal ordinaria, el juez no debe decretar pruebas de oficio, dicha norma en nada limita al legislador al momento de configurar el proceso penal militar.

44. La Corte Constitucional realizó un examen de la constitucionalidad de la facultad otorgada al juez penal militar, de decretar la práctica de pruebas de oficio, a la luz del principio de imparcialidad y la garantía de igualdad de armas. Esta Corte concluyó que esta prerrogativa otorgada legalmente al juez no afecta su imparcialidad, en su componente institucional y procesal, ya que no lo pone en situación de prejuzgar el asunto, ni lo involucra en la etapa de investigación y acusación. Se concluyó que no existe vulneración de la igualdad de armas, garantía del debido proceso, porque la labor probatoria del juez no le otorga un poder especial a una de las partes, o no le concede un trato distinto, ya que no va dirigida a favorecer a una de las partes, fiscal penal militar o defensa, sino a garantizar la verdad y justicia del proceso y de su decisión. En este sentido, esta facultad contribuye a generar confianza en la justicia penal militar.

45. Por las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional concluyó que, respecto a la posible vulneración de la imparcialidad y la igualdad de armas (artículos 29 y 229 de la Constitución), la norma debe ser declarada exequible.

### III. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el inciso 4 del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, por la cual se expide el Código Penal Militar.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Vicepresidente

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-205/16

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE FACULTAD LEGAL ATRIBUIDA AL JUEZ PENAL

MILITAR PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO-Debió declararse la inexecutable del inciso demandado, pues vulnera contenidos constitucionales imperativos como el principio de igualdad de armas y la imparcialidad del juez en el proceso penal militar, derivados del artículo 29 de la Carta Política (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE FACULTAD LEGAL ATRIBUIDA AL JUEZ PENAL MILITAR PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO-Sentencia presentó un argumento circular, abstracto y débil al momento de explicar que la prohibición de decretar pruebas de oficio en algunos sistemas acusatorios o adversariales, constituye una garantía de imparcialidad del funcionario, pero otorgar tal facultad al juez no necesariamente contraría el sistema (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE FACULTAD LEGAL ATRIBUIDA AL JUEZ PENAL MILITAR PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO-No solo se obstaculiza la verdad procesal, sino que además desvirtúa la presunción de inocencia en materia penal (Salvamento de voto)

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE FACULTAD LEGAL ATRIBUIDA AL JUEZ PENAL MILITAR PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO-La Sala Plena se apartó de un precedente necesariamente aplicable sin suficiente justificación, lo cual hace que el fallo pierda coherencia dentro del sistema jurídico en la medida en que incumple los requisitos metodológicos que esta Corte exige para apartarse del precedente constitucional (Salvamento de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA Y DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA-Distinción (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-11040

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 4º del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, "por la cual se expide el Código Penal Militar".

Magistrado Ponente:

## ALEJANDRO LINARES CANTILLO

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones por las cuales salvo mi voto en la decisión adoptada por la Sala Plena, en sesión del 27 de abril de 2014, en la cual se profirió la sentencia C-205 de 2016.

2. La norma demandada en esta ocasión fue el inciso 4º del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, “por la cual se expide el Código Penal Militar”, según el cual se establece la posibilidad excepcional para que el juez practique pruebas que considere necesarias y que no fueron solicitadas por las partes.

Los demandantes consideran que la norma vulnera los artículos 29 y 229 de la Constitución y el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto la facultad dada al juez en este proceso rompe la imparcialidad, neutralidad y equilibrio que el fallador debe tener, más aún cuando se trata de un proceso regido bajo una estructura de sistema acusatorio. Explican también que se afecta el principio de igualdad de armas y la presunción de inocencia del procesado.

3. Después de admitir los cargos, la Sala Plena de esta Corporación se propuso resolver el siguiente problema jurídico: “¿la atribución legal conferida al juez penal militar de decretar pruebas de oficio, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, contraría la imparcialidad del juez y la igualdad de armas, como garantías del debido proceso?”

Para resolver lo anterior, la sentencia efectuó análisis sobre los siguientes temas: i) la jurisprudencia constitucional en materia de pruebas de oficio; ii) “la discrecionalidad del legislador en la configuración de los procesos judiciales”; iii) la imparcialidad en el decreto de pruebas de oficio en el proceso penal militar; iv) la imparcialidad institucional y del proceso y; v) la igualdad de armas.

4. A partir de los conceptos desarrollados, la Sala Plena concluyó que la norma no vulnera los artículos 29 y 229 de la Constitución y, en consecuencia, declaró su exequibilidad, básicamente por las siguientes razones:

i) La posibilidad de que un juez pida pruebas de oficio, no afecta per se la imparcialidad del mismo. En la sentencia se explicó que la prohibición de solicitud de

pruebas de oficio en algunos sistemas acusatorios, constituye una garantía de imparcialidad del funcionario, pero otorgar la facultad al juez no necesariamente contraría al sistema.

ii) La Constitución no exige un determinado modelo procesal, ni en ella se consagra una prohibición expresa respecto de las pruebas de oficio. Por tanto, siempre y cuando se respeten los imperativos constitucionales, el diseño procesal hace parte del margen de libertad de configuración legislativa.

iii) En el proceso penal militar, la facultad excepcional demandada no afecta la imparcialidad institucional y procesal del juez, ya que no lo pone en situación de prejuzgar el asunto, ni lo involucra en la etapa investigativa ni acusatoria. Por tanto, no afecta la igualdad de armas, pues no va dirigida a favorecer a una de las partes, sino a garantizar la verdad y la justicia del proceso.

5. Como lo argumenté ante la Sala Plena, estimo que el inciso debió ser declarado INEXEQUIBLE, pues vulnera contenidos constitucionales imperativos como el principio de igualdad de armas y la imparcialidad del juez en el proceso penal militar, derivados del artículo 29 de la Carta Política. Lo anterior por las razones que paso a exponer.

6. En primer lugar, estimo que la sentencia presentó un argumento circular, abstracto y débil al momento de explicar que la prohibición de decretar pruebas de oficio en algunos sistemas acusatorios o adversariales, constituye una garantía de imparcialidad del funcionario, pero otorgar tal facultad al juez no necesariamente contraría el sistema.

Para llegar a esa conclusión en la sentencia se explicó en abstracto la diferencia entre imparcialidad objetiva y subjetiva, sin embargo, no se concretó en ningún aparte o fundamento el análisis del inciso demandado frente a esa conclusión en particular. En efecto, es claro que la prohibición de decretar pruebas de oficio es una garantía para los procesados bajo un sistema acusatorio, mas no se entiende porqué de ello se deriva que, si en dado caso, el Legislador otorga esa facultad al juez, la misma no sea necesariamente contraría al sistema. En todo caso, tal premisa puede aceptarse como válida a partir de algunos razonamientos implícitos, lo cual es aceptable.

Ahora bien, esos razonamientos implícitos serían los siguientes: i) por regla general la prohibición de decretar pruebas de oficio en un sistema acusatorio es una garantía de

neutralidad, ii) como medio excepcional, el Legislador puede otorgar tal facultad al juez, iii) siempre y cuando (condicionamiento), no contraría el sistema. Por tanto para aceptar tal facultad como constitucional debe analizarse si en el caso particular y concreto la potestad de decretar pruebas de oficio contraría o no el sistema, en relación a la función garantista que tienen la prohibición general.

No obstante, mi reparo se concreta en que la Sala extrajo esa tercera conclusión -referida a que en abstracto la facultad otorgada en el inciso 4º del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, demandado en este caso, “no necesariamente contraría el sistema”-, sin realizar el respectivo análisis concreto; en otras palabras, esta deducción es débil ya que no develó el camino argumentativo utilizado. Estimo que, por el contrario, al hacer cuidadosamente el ejercicio, necesariamente se llega a la conclusión contraria, como paso a explicar.

7. Después de efectuar el análisis del procedimiento penal militar, es claro que el mismo tiene una estructura predominantemente adversarial (ver esquema anexo), en la cual la posición del juez debe ser neutral, debido a la necesidad de mantener la coherencia del sistema. Sin embargo, la norma demandada indica que si falta una prueba que fuera de “esencial influencia para el resultado del juicio”, el juez puede decretarla.

Con esta posición, no sólo se está absolutizando la verdad procesal (que de todas formas tiene límites en procesos penales[28]), sino que además se está desvirtuando la presunción de inocencia en materia penal. En efecto, si falta una prueba de esencial influencia para el juicio, ello es indicativo de que no hay certeza sobre la culpabilidad del procesado, lo cual en materia penal, debe resolverse en favor de éste (in dubio pro reo). Si el juez decreta una prueba que “hace falta”, está tomado partido por una de las partes, lo cual, contrario a lo expresado por esta sentencia, SI ALTERA LA IGUALDAD DE ARMAS Y LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR.

Ese principio -in dubio pro reo- ya había sido estudiado por esta Corte, específicamente en torno a la posibilidad o no de decretar pruebas de oficios en sistemas adversariales, mediante la sentencia C-396 de 2007[29], en la cual se indicó claramente que:

“... si el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o

mejorar los elementos de convicción de la condena, por lo que debe aplicar el principio del in dubio pro reo y absolver al sindicado. Dicho de otro modo, la limitación del intervencionismo judicial en materia probatoria en la etapa del juzgamiento supone una garantía, en especial, para el acusado.... Por estas razones, es lógico concluir que la prohibición a los jueces de decretar pruebas dirigidas a investigar la veracidad de las acusaciones de la Fiscalía, desarrolla el principio de imparcialidad judicial garantizado en la Constitución.”

8. En segundo lugar, la Sala Plena indica que esta facultad de solicitar y decretar pruebas adicionales, no hace que el juez prejuzgue el asunto dado que “su rol en materia probatoria se aleja de la investigación que conduce a la acusación” y sólo puede ser usada “en etapa de juicio” (pág. 24), por lo cual, no rompe los principios de imparcialidad, neutralidad e igualdad de armas.

Después de revisar la estructura del referido proceso penal militar (predominantemente adversarial), la anterior afirmación no puede ser acogida, en tanto, es a partir de la audiencia preparatoria y durante el juicio, cuando el juez tiene la potestad de usar esa arma procesal, pudiendo cambiar toda la teoría del caso justo antes o en la audiencia de Juicio de Corte Marcial.

En este sentido, una vez más, se hace latente la posibilidad de que el juez quebrante su imparcialidad y afecte el principio de igualdad de armas, en uso del decreto de pruebas de oficio. Además lo anterior, también había sido evaluado por esta Corte mediante la sentencia C-396 de 2007, en los siguientes términos:

“Nótese, que no sólo la ubicación de la norma demandada en el contexto normativo significa que la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria, sino también que la ausencia de regulación al respecto en las etapas anteriores al juicio, muestran que la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual, mientras se ubica en la etapa de contradicción entre las partes, en la fase del proceso en la que se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquella que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal

acusatorio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal.”

Como se desprende de lo anterior, la presente sentencia está en las antípodas del precedente, y además parte de un entendimiento contrario a éste, pues como ampliaré en seguida, esta Corte al evaluar los sistemas de tendencia adversarial estableció que la prohibición de decretar pruebas de oficio por el juez se circunscribe, precisamente, a las etapas de audiencia preparatoria o de juicio ya que tal permisión o facultad en cabeza del juez en esta etapa es contraria a los principios de imparcialidad, igualdad de armas y neutralidad. Concretamente se indica que la prohibición de decretar pruebas de oficio se circunscribe a las etapas de juzgamiento[30]. En otras palabras, está permitida la facultad, siempre y cuando no se ejerza ni en la audiencia preparatoria ni en la etapa de juicio, como ocurre en el caso del proceso penal militar, dado la facultad prevista en el inciso 4º del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010, demandado en esta ocasión.

9. Como tercer punto y debido a las referencias realizadas con anterioridad, considero que en esta ocasión la Sala Plena se apartó de un precedente necesariamente aplicable sin suficiente justificación, lo cual hace que este fallo pierda coherencia dentro del sistema jurídico en la medida en que incumple los requisitos metodológicos que esta misma Corte exige para apartarse del precedente constitucional[31].

En la presente sentencia se indicó escuetamente que “una lectura atenta del precedente permite concluir que no se determinó que la norma contraria, es decir, aquella que autorizara eventualmente la práctica de pruebas de oficio por parte del juez, fuera per sé inconstitucional”. Esa justificación, si bien puede ser aceptable (ya que se permiten las pruebas de oficio por parte del juez de control de garantías), no es suficiente ni precisa en este caso concreto por las razones que paso a explicar.

10. Si bien la sentencia C-396 de 2007, se pronunció respecto de una prohibición expresa y la norma ahora conocida es una facultad, ambas son dos circunstancias inescindiblemente ligadas, pues la ratio decidendi de la citada sentencia se concentró en establecer ciertas reglas para evaluar la constitucionalidad o no de las pruebas de oficio en procesos de

tendencia adversarial (facultad/prohibición).

En efecto, en la sentencia C-396 de 2007, se hizo un amplio análisis acerca de la verdad como objetivo del proceso penal y sus límites, materializados principalmente en las garantías del procesado respecto de las formas de consecución de la prueba. Así mismo se indicó que:

“En efecto, para la Sala es evidente que la aproximación democrática y pluralista de la verdad en el proceso penal impone el respeto, por parte de la legislación y de la jurisdicción, de los principios de la actividad probatoria que buscan conciliar la tensión existente entre eficacia del derecho penal y respeto por los derechos y libertades individuales.

Estos elementos de la actividad probatoria, que surgen de la estructura misma del sistema penal adversarial o acusatorio son sintetizados en la sentencia C-396 de 2007 así:

“i) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba... ii) El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que... el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos. iii) En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la búsqueda de la verdad, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos... los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima[33] están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado. iv)... por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria... v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración.”

Al identificar la tendencia adversarial que tiene el procedimiento penal militar regulado en la Ley 1407 de 2010, estas consideraciones debieron ser aplicadas, pues -reitero- la

facultad o la prohibición de la práctica de pruebas de oficio en etapa de juicio o audiencia preparatoria (o sus equivalentes) en un sistema adversarial, son dos caras de la misma moneda, que deben ser evaluadas desde los parámetros constitucionales ya establecidos por esta Corporación y por la Constitución.

11. Aunado a lo anterior, es importante advertir lo siguiente: las citas utilizadas en la presente sentencia[34] están encaminadas a demostrar que en la C-396 de 2007 no se cercenó ni se prohibió que el Legislador eventualmente facultara al juez para practicar pruebas de oficio. Lo anterior es cierto, pero allí se presenta sólo una parte de las consideraciones en las cuales se indica que la Ley colombiana, puede elegir entre varios de los modelos propuestos por la doctrina y que no debe adscribirse a uno u otro sistema penal en su totalidad[35]. Así mismo se muestra que el juez sí tiene la facultad de practicar pruebas de oficio, pero en etapas procesales diferentes a la audiencia preparatoria y/o de juicio oral[36], éste último segmento importante de la sentencia, no se aclara en las citas presentadas.

Por lo anterior, estimo que contrario a lo indicado en la ponencia, no se realizó una lectura atenta de la sentencia C-396 de 2007 ni de los demás precedentes sobre el sistema penal acusatorio.

12. Por último, quiero reiterar que en Colombia el Legislador está investido de “libertad de configuración legislativa” o tiene un “margen de libertad de configuración legislativa”, según las denominaciones que le ha otorgado la jurisprudencia constitucional a esa potestad. A pesar de la claridad de este concepto el Magistrado ponente propuso una denominación diferente referida a “la discrecionalidad del legislador en la configuración de los procesos judiciales”, la cual no fue acogida por la Sala Plena pues las palabras “libertad o potestad” y “discrecionalidad” tienen implicaciones y orígenes distintos, como explicaré a continuación.

Sin embargo, antes he de dejar constancia de que en la sesión presencial en la cual fue discutida la ponencia presentada por el Dr. Alejandro Linares Cantillo, la mayoría de la Sala le solicitó cambiar esa referencia por la usada reiteradamente por esta Corte, a lo cual él accedió. A pesar de ello, sorpresivamente en la sentencia presentada para firmas quedó establecida la controversial discrecionalidad legislativa; es decir, se omitió realizar la

variación solicitada por la mayoría de los magistrados que conforman la Sala Plena de la Corporación.

13. Ahora bien, como lo ha establecido esta Corte en innumerables providencias la libertad o potestad de configuración legislativa es un desarrollo de la cláusula general de competencia del Congreso para hacer las leyes, derivada de la literalidad de los artículos 114 y 150 Superiores. En tal virtud, el poder legislativo está facultado para expedir leyes “en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de legislación y cuya regulación no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso cuando esos temas no están comprendidos dentro de las funciones que han sido asignadas expresamente al Congreso en la Carta”[37].

Así se ha entendido que el Legislador goza de un amplio margen de configuración, pues las funciones identificadas en el artículo 150 de la Constitución no son taxativas, sino meramente enunciativas. Desde muy temprano esta Corte, mediante sentencia C-527 de 1994[38], manifestó que:

“De otro lado, la Corte Constitucional recuerda que en Colombia la cláusula general de competencia normativa está radicada en el Congreso, puesto que a éste corresponde “hacer las leyes” (C.P Arts 114 y 150). Esta es una diferencia profunda de nuestro ordenamiento constitucional con el de otros países, como el de Francia. En efecto, el artículo 34 de la Constitución de la República [Francia] enumera las materias que son competencia del Parlamento, de suerte que toda otra materia es competencia reglamentaria del ejecutivo (artículo 37 de esa constitución), lo cual significa que ese régimen constitucional atribuye el poder principal de elaborar las reglas de derecho al Ejecutivo (cláusula general de competencia) y tan sólo un poder secundario y taxativo al Parlamento.

En cambio, en Colombia, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a éste corresponde “hacer las leyes”, por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior, entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que por ello

implicaría desconocer que en el constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencias está radicada en el Congreso.”

De igual manera, esta Corte identificó que esa potestad en cabeza del Legislador fue una elección consiente del constituyente de 1991 y que los límites a la misma están establecidos únicamente por la Carta. En efecto, tal libertad configurativa no significa que el Legislador, en el ejercicio de su función constitucional por excelencia -hacer leyes-, carezca de restricciones.

14. Ahora bien, frente a los orígenes y fundamentos del concepto de discrecionalidad existen multiplicidad de teorías y variaciones que no pretendo abordar en este salvamento de voto. Sin embargo, es posible afirmar que en derecho, la discrecionalidad surge debido a la necesidad de dotar de cierto margen de acción a algunos organismos o autoridades estatales, cuando las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y célere de la función pública[40], se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

En efecto, una de las principales herramientas para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general, en los términos que la legislación avala. En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando, con un margen de apreciación amplio dentro de las opciones de ley, una autoridad puede tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

15. Esta breve explicación sobre el origen y fundamento constitucional y jurisprudencial de la cláusula general de competencia del Congreso y la correspondiente libertad o potestad que de ésta se deriva, está encaminada a resaltar las diferencias de éstos conceptos con el de “discrecionalidad legislativa”, propuesto -en mi concepto- erróneamente por el Magistrado ponente.

Como se desprende de lo reseñado, hablar de discrecionalidad sugiere mayores límites al

ejercicio del Congreso, pues implícitamente indica que la función de hacer leyes es reglada, lo cual es constitucionalmente incorrecto. Por esas razones se solicitó al Magistrado ponente no equiparar los conceptos y mantener la sólida y reiterada denominación: “libertad de configuración legislativa” o “margen de configuración legislativa”.

Expresados los motivos de mi salvamento de voto reitero que no comparto la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 27 de abril de 2016, mediante la cual se profirió la sentencia C-205 de 2016.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Esquema anexo

PROCESO PENAL MILITAR

INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN

Acusación suficiente

Fin bsfdg

JUICIO

[1] Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda

duda.

[2] Cuando “(...) la Corte entra a proveer sobre su admisibilidad, esta primera providencia constituye apenas el estudio o juicio inicial del asunto que habrá de desarrollarse a través de diferentes etapas que se encuentran previstas en el Decreto 2067 de 1991, como lo son la probatoria, la intervención ciudadana y el concepto del Procurador General de la Nación, que una vez cumplidas y valoradas por el juez constitucional le permiten ahora disponer de mayores elementos de juicio para entrar a proferir la decisión que corresponda la cual puede ser de mérito, inhibitoria o incluso de estarse a lo resuelto”: Corte Constitucional, Sentencia C-856-05.

[3] La Sentencia C-1154-05 ordenó estarse a lo resuelto en esta Sentencia.

[4] “ii) el sistema inquisitivo puro, en el que corresponde al juez la investigación y juzgamiento de las conductas reprochables penalmente, por lo que puede advertirse que la búsqueda de la verdad y la justicia es una clara responsabilidad judicial; ii) sistemas con tendencia acusatoria y acusatorios típicos, en los cuales se distinguen y separan las etapas cognoscitiva y valorativa del hecho, por lo que la búsqueda de la verdad de lo sucedido no está a cargo del juez y, con base en ella, a él corresponde hacer justicia en el caso concreto y, iii) los sistemas mixtos en que toman elementos de los dos esquemas extremos, por lo que la lucha contra la impunidad, la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia material son responsabilidades compartidas entre autoridades judiciales y administrativas”.

[5] La referencia a la discrecionalidad legislativa en la configuración de la ley ha sido utilizada en varias ocasiones por esta Corte. Así, “en determinadas materias, como puede ser la definición de los hechos gravables, la Carta atribuye una amplísima discrecionalidad al Legislador”: sentencia C-093/01; “el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para organizar el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar”: sentencia C-173/06; “La dosimetría de las penas, ha dicho la Corte, es sin duda un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad”: sentencia C-290/08, confirmada por la sentencia C-100/11 y por la sentencia C-334/13; “la jurisprudencia ha entendido que en estas materias al legislador le cabe un amplio margen

de discrecionalidad a la hora de organizar dichos monopolios”: C-1067/08. Las negrillas no son originales.

[6] La Sentencia C-144-10 realiza un recuento de los precedentes que han identificado estos límites a la discrecionalidad legislativa, en materia procesal. Varios de ellos, fueron precisados en la Sentencia C-227-09.

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-1287-01.

[8] El Decreto Ley 1797 de 2000, por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, dispuso en el parágrafo del artículo 77 “Tratándose de faltas relacionadas con el desempeño de las funciones jurisdicciones (sic) propias del respectivo cargo, les serán aplicadas las normas disciplinarias de la rama jurisdiccional por las autoridades en ellas señaladas”.

[9] “Como puede advertirse, en la estructura del Estado colombiano, la justicia penal militar está adscrita a la fuerza pública y hace parte de la rama ejecutiva del poder público. No obstante, administra justicia y así lo reitera el artículo 116 superior. Pero el cumplimiento de esta función, si bien la sujeta a los principios constitucionales que rigen la administración de justicia, no trastoca su naturaleza, es decir, no hace a la justicia penal militar parte de la rama judicial del poder público (...) Por estos motivos, el sometimiento de las faltas relacionadas con el desempeño de funciones jurisdiccionales y cometidas en la justicia penal militar, a las normas disciplinarias aplicables a la rama judicial, es compatible con la sujeción de aquella a los mismos principios constitucionales que regulan a esta última”: Corte Constitucional, sentencia C-879/03.

[10] “(...) la Corte encuentra que si bien el Comandante General de las Fuerzas Militares preside el Tribunal Superior Militar e integra la Sala Plena del mismo, realmente no ejerce funciones jurisdiccionales sino administrativas. En efecto, las funciones que desempeña el mencionado servidor público son las mismas que desarrolla un Presidente de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, en los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. No se presenta, por tanto, una coincidencia entre las funciones de mando y el ejercicio de la jurisdicción, como lo alega el demandante”: Corte Constitucional, sentencia C-928 de 2007.

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-600-11.

[13] Debe advertirse que el concepto de lo penal, utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, no se identifica por el nombre formal dado a la materia, sino por una serie de criterios e indicios en los que, según las circunstancias, pueden incluirse sanciones administrativas.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

[15] “Cfr. Pullar v. the United Kingdom, judgment of 10 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, § 30, y Fey v. Austria, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A p. 8, § 28”.

[16] “Cfr. Daktaras v. Lithuania, no. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), § 30”.

[17] “Cfr. Piersack v. Belgium, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, y De Cubber v. Belgium,

judgment of 26 October 1984, Series A no. 86”.

[18] “Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, supra nota 59”.

[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

[20] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de septiembre de 1995, Procola c. Luxemburgo, demanda n. 14570/89.

[21] Corte Constitucional, Sentencia C-396-07.

[22] Por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 17 de enero de 1970, Delcourt, Serie A, nº11.

[23] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección tercera, Sentencia del 19 de diciembre de 2000, asunto I.J.L. y otros c. Reino Unido, demandas n. 29522/95, 30056/96 y 30574/96)

[24]“El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material”: Corte Constitucional, sentencia SU-768/14.

[25] Corte Constitucional, sentencias T-264/09 y T-213/12.

[26] Corte Constitucional, sentencias T-264/09 y C-159/07.

[27] Corte Constitucional, sentencia SU-768/14.

[28] Cfr. sentencia C-396 de 2007: “es claro que aunque es cierto que la búsqueda de la verdad fáctica es un objetivo constitucional que no puede abandonarse por las autoridades que tienen a su cargo esa labor, también lo es que, a lo largo de la historia y en desarrollo de la política criminal, los Estados han diseñado diferentes modelos o técnicas para la averiguación de lo sucedido, puesto que, dentro del marco de la sociedad democrática se trata de conciliar la tensión existente entre el respeto por las libertades y derechos ciudadanos y la efectividad del derecho penal que, en sentido estricto, no es más que el reflejo del ejercicio legítimo del ius punendi del Estado. (...) // En este aspecto, resulta interesante la advertencia del penalista alemán Claus Roxin Claus, cuando decía que si bien el Estado tiene el deber de esclarecer los hechos, esa obligación “no rige en forma ilimitada”, pues está restringida por un número de prohibiciones en la producción de la prueba. Así, decía: // ‘La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado... ‘no es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio’” Página 191. Deja en claro que la averiguación de los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos”

[29] M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[30] Cfr. sentencia C-396 de 2007: “30. Así las cosas, la simple ubicación de la norma demandada en el sistema jurídico procesal penal permitiría concluir que el intervencionismo probatorio está prohibido, en forma categórica, solamente para el juez de conocimiento, quien tiene a su cargo la dirección y manejo del debate probatorio entre las partes y, no para el juez de control de garantías; sin embargo, la interpretación teleológica de la norma también conduce a la misma conclusión...

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

31. 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). En efecto, en el esquema colombiano, a diferencia de otros países, el juez de control de garantías puede decretar pruebas para defender los derechos y garantías en tensión, la víctima puede solicitar pruebas para descubrir la verdad, el

Ministerio Público puede pedir pruebas, si el juez advierte vacío probatorio lo advierte al Ministerio Público para que pida las pertinentes y el juez de conocimiento tiene a su cargo el control de las formas que tienen contenido sustancial. En este último aspecto, por ejemplo, el juez de conocimiento: i) controla formal y materialmente el escrito de acusación presentado por la Fiscalía (artículos 336 y 337 del Código de Procedimiento Penal), ii) asiste al descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas (artículo 344), iii) puede conainterrogar testigos (artículo 397), iv) ejerce control sustancial y formal sobre los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 348 a 354), v) realiza control integral sobre la aplicación del principio de oportunidad, vi) decide la pertinencia y admisibilidad de la prueba (artículos 375 y 376) y, vii) realiza control sobre los acuerdos probatorios (artículo 356, numeral 4º).

Eso muestra, entonces, que en nuestra legislación, el juez lejos de ser un convidado de piedra, es una autoridad plenamente activa en la búsqueda de la verdad, la realización de la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales que se encuentran en tensión en el proceso penal, por esa razón dirige el proceso penal y exige la aplicación del derecho, aunque, de acuerdo con la libertad de configuración normativa del legislador, no pueda decretar pruebas de oficio en la audiencia preparatoria.<sup>32</sup> 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.”

[31] Que como se ha reiterado en varias ocasiones, es fuente de derecho.

[32] En ese momento se demandó la norma indicando que se estaba limitando al juez su capacidad de realizar un raciocinio respecto de los hechos, basado en circunstancias que él mismo debía investigar y probar. Se explicó que la norma vulneraba el derecho a la verdad, la independencia judicial y la prevalencia del derecho sustancial.

[33] Después de la sentencia C-454 de 2006, por medio de la cual, esta Corporación, autorizó a los representantes de las víctimas en el proceso penal a presentar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, “en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

[35] Se reseña el sistema inquisitivo puro, el adversarial o acusatorio puro y varios sistemas mixtos.

[36] Es por ello, que en esa misma sentencia se resalta la importancia que tiene la separación de competencias entre los jueces de control de garantías y los jueces de conocimiento, así como la posibilidad de los primeros de decretar pruebas y la prohibición expresa y necesaria para los segundos.

[37] Sentencia C-437 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[38] M. P. Alejandro Martínez Caballero

[39] Ib.

[40] Artículo 209 de la Constitución.