

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

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

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

La pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción. En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes.

La prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta,

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

IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN PROCESO PENAL-Concreción a través de la neutralidad probatoria

IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN PROCESO PENAL-Instrumentos para garantizar imparcialidad objetiva

Entre los instrumentos diseñados por el constituyente y la Ley 906 de 2004 para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran los siguientes: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN DERECHO COMPARADO-Decreto de pruebas de oficio de manera excepcional

SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Pasividad probatoria del juez como característica

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. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal. 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.

## PROCESO PENAL-Límites constitucionales en la búsqueda de la verdad

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

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002-Adoptó un sistema de tendencia acusatoria, sin que pueda afirmarse que se trata de un sistema acusatorio puro

## SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Características

Referencia: expediente D-6482

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

Actor: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil -quien la preside-, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza, Julián Andrés Durán Puentes y Edgar Saavedra Rojas, demandaron el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Mediante auto del 22 de septiembre de 2006, el Magistrado Ponente resolvió admitir la demanda de la referencia, ordenar la fijación en lista, el traslado al Procurador, comunicar el proceso a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio del Interior y de Justicia y a la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” e invitar a participar en el debate constitucional a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a las Facultades de

Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Derecho de las Universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana.

A continuación se transcribe la disposición impugnada:

“Ley 906 de 2004

(Agosto 31)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

(...)

Artículo 361. Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

## 2. La demanda

Los demandantes consideran que la norma acusada vulnera el Preámbulo y los artículos 2º, 4º, 228 y 229 de la Constitución, por las siguientes razones:

Según criterio de los actores, la prohibición legal para que el juez decrete pruebas de oficio en el proceso penal desconoce el valor de la justicia y los deberes de las autoridades públicas de propender por la defensa y eficacia de los derechos consagrados en la Constitución. A su juicio, “ninguna ley puede limitar la capacidad de raciocinio y análisis de los jueces, puesto que ello conduciría a un pragmatismo inaceptable, de consecuencias impredecibles, con grave perjuicio para el derecho de acceso a la administración de justicia... los jueces no pueden ser meros árbitros pasivos frente a la violación de los derechos fundamentales; por el contrario, deben mantener una actitud activa y vigilante, como garantes que son, de los derechos fundamentales”.

De otra parte, los actores manifestaron que la norma acusada desconoce el principio de independencia judicial y el deber que tiene el juez de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, pues si la misión del juez en el Estado Social de Derecho es la búsqueda de la verdad y, con ella, de la justicia, la disposición que prohíbe la práctica oficiosa de pruebas se traduce en un impedimento para que el juez haga realidad la justicia material. De esta forma, concluyeron que “la expresión demandada no permite que los colombianos tengan un verdadero, real y efectivo acceso a la administración de justicia, derecho fundamental que no se agota con la simple presentación de la denuncia ni la intervención en algunas diligencias ni en el uso de los recursos, sino que debe ser entendida de manera integral en la búsqueda de los valores superiores consagrados en la Carta Política, como la justicia y la vigencia de un orden justo”.

Para apoyar esa conclusión, los demandantes citaron apartes de la sentencia C-037 de 1996, en los que esta Corporación se refirió al principio de eficiencia y al derecho de acceso a la administración de justicia. De igual manera, los actores transcribieron in extenso apartes de la sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 24468, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó que “es factible que por razones de índole

constitucional, excepcionalmente el juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal”. Y, finalmente, se refirieron a la sentencia C-591 de 2005, en la que la Corte Constitucional dijo que el sistema penal acusatorio colombiano no es un proceso adversarial típico, por lo que el juez, más que un árbitro, desempeña un papel activo para la búsqueda de la verdad y la aplicación de la justicia material. Por consiguiente, concluyeron que en el marco constitucional colombiano, la prohibición de que el juez decreta pruebas de oficio resulta contraria al valor justicia, fundamento del Estado Social de Derecho.

### 3. Intervenciones

#### 3.1 Ministerio del Interior y de Justicia

Dentro de la oportunidad legal prevista, mediante apoderado, el Ministerio en comento intervino en el presente asunto para justificar la constitucionalidad de la norma acusada. A su juicio, esa disposición debe ser declarada exequible por las siguientes razones:

En primer lugar, aclaró que, a su juicio, no es cierto que el Código de Procedimiento Penal impida a los jueces ejercer su deber constitucional de buscar la justicia, pues el objetivo de la disposición es dar coherencia al nuevo esquema de la justicia penal e imprimir celeridad y eficacia del proceso oral. De tal suerte que se entiende que al juez corresponde “actuar como tercero que interviene activamente para dirimir los conflictos naturales que se presentan en la interrelación de los miembros de una comunidad, en aras de evitar reacciones impropias en una sociedad gobernada por normas protectoras, que propenden a la convivencia pacífica”.

El interviniente dijo que, al surtirse la actuación procesal en audiencias orales, se elimina el “carácter escriturario, lento y teórico” del procedimiento, por lo que el juez debe asumir su calidad de “árbitro imparcial, de un tercero que realiza valoraciones sin más influencias que los principios y valores constitucionales y legales”. De hecho, afirmó que, si se tiene claro que el nuevo sistema procesal es “un proceso de partes”, en el que el juez debe vigilar, dirigir y garantizar la igualdad de armas dentro del proceso, es lógico concluir que no le corresponde pedir pruebas de oficio que, necesariamente, implican la adopción de posición de parte.

Finalmente, el Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que el objetivo de la implementación del sistema penal acusatorio en el Acto Legislativo 3 de 2002 fue el de escindir de las funciones judiciales, la labor investigativa. De este modo, por una parte, la búsqueda de la prueba corresponde a la Fiscalía y a los organismos de policía judicial y, por otra, el juzgamiento y calificación jurídica de las conductas punibles corresponde al juez. Así, entendido el juez como un árbitro, “llevándolo figurativamente como lo hacen los actores al campo del juego del fútbol”, ejerce sus funciones en forma autónoma, independiente y con el mayor grado de efectividad de la justicia. Por consiguiente, concluye que la norma acusada no sólo no impide la búsqueda de la justicia material, sino que la hace más eficaz.

#### 3.2 Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación, doctor Mario Germán Iguarán Arana, intervino en el proceso para manifestar que, a su juicio, la norma acusada es exequible. Para llegar a esa conclusión, en resumen, dijo lo siguiente:

Como en repetidas oportunidades lo ha expresado la Corte Constitucional, al legislador corresponde diseñar las reglas del debido proceso penal, establecer los medios de prueba admisibles y señalar cuando un instrumento probatorio no es idóneo en el proceso. Sin embargo, esa facultad está limitada por la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación de los derechos de defensa e igualdad de partes, entre otros.

Después de adelantar un análisis sobre el sentido de los derechos a la igualdad de partes, a la búsqueda de la verdad y de defensa en el debido proceso penal y, en especial, sobre el derecho a presentar y controvertir pruebas, a conocer las pruebas que se harán valer en el juicio para preparar la estrategia de defensa y decretarlas en la oportunidad procesal pertinente, pues “decretar la práctica de pruebas por fuera de las audiencias estipuladas para ello, es sorprender a la contraparte (defensa o fiscalía), violándose por esta vía el derecho de defensa”, concluyó que la prohibición para la práctica de pruebas de oficio desarrolla la Constitución porque el juez debe actuar con la mayor y absoluta imparcialidad que impide asumir una posición de parte en el proceso penal.

De otra parte, el interviniente dijo que la norma acusada que aparentemente contiene una mera prohibición de carácter procesal, implementa dentro de la forma de un elemento sustancial ineludible que se refiere a la imparcialidad del juez dentro del proceso. Por lo tanto, según la Fiscalía, debe entenderse que el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, contiene una protección sustancial a las partes, “para que en el momento de asumir el proceso, en ningún caso se vean en la necesidad de depender de la intromisión del juez decretando pruebas no pedidas en la audiencia preparatoria”.

Así, concluyó que “un cambio en la norma acusada implicaría necesariamente un cambio en el sistema procesal penal, el cual dejaría de ser esencialmente acusatorio y adversarial, para volver a uno inquisitivo, donde la imparcialidad del juez se vería seriamente cuestionada, y por tanto significaría un cambio del sistema en el que el constituyente previó que cada parte jugará su rol”.

### 3.3 Intervención ciudadana

3.3.1. El Ciudadano Martín Bermúdez Muñoz intervino en el proceso para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la norma acusada, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

La Corte Constitucional “no tiene competencia para instaurar en el proceso penal las pruebas de oficio”, pues si aquellas han sido prohibidas por la ley quiere decir que el legislador asumió una ideología en el proceso que debe ser respetada por el juez constitucional. De esta manera, considera que esta Corporación sólo podría estudiar la constitucionalidad de una disposición que otorgue facultades de oficio al juez penal, pues resultaría “inconstitucional que, mediante expediente de declarar (sic) inconstitucionalidad de la norma demandada, la Corte Constitucional termine consagrando una competencia que sólo puede otorgar y regular el legislador”.

De otra parte, el ciudadano interviniente considera que, a diferencia de los procedimientos laboral, civil y administrativo en los cuales la prueba de oficio es una facultad para el juzgador –a este respecto critica in extenso la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia que considera el decreto de pruebas de oficio como un deber del juez –, en el proceso penal no puede tenerse de esa manera, pues el ejercicio de esa atribución podría significar la afectación de los derechos del sindicado. Por esta razón, afirmó enfáticamente que la declaratoria de inexecutable de la norma acusada violaría flagrantemente el principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución Política a favor del sindicado, por cuanto al suplir la deficiencia probatoria de alguna de las partes en el proceso se asume una posición de parte y se deja sin efectos el principio de in dubio pro reo.

Por último, dijo que la demanda objeto de estudio no contiene un cotejo de la norma impugnada con las normas constitucionales que se estiman violadas, pues los argumentos planteados “no son más que una repetición de un discurso relativo a la justicia, la verdad y los derechos fundamentales, al cual no se le hace ningún desarrollo coherente en la demanda”. Así, concluyó que considerar que para que un juez sea justo o para que aplique el derecho sustancial o para que la víctima pueda acceder a la justicia, o para que se protejan los derechos fundamentales, el juez debe poder decretar pruebas de oficio, es un despropósito que no puede imponerse.

3.3.2. El Ciudadano Mauricio Pava Lugo intervino en el proceso para solicitar a la Corte que declare “la inexecutable de la norma demandada con el condicionamiento de que la inaplicación del art. 361 del C.P.P. solo lo puede ser bajo las siguientes reglas instrumentales: solo para casos excepcionales y tratándose de proteger la garantía de inocencia del ciudadano juzgado.- La decisión que las decreta debe ser debidamente motivada.- Solo sobre fuentes de prueba que surjan o consten dentro del juicio.- No puede referirse a hechos que no hubiesen sido objeto de la acusación.- Debe garantizarse el derecho de defensa y de contradicción sobre la actividad probatoria decretada oficiosamente, en mí concepto permitiéndole a la parte solicitar prueba adicional para, si es del caso, controvertir las decretadas oficiosamente y, por otro lado y así sea extraño a las formas procesales que nos han regido, permitiendo la interposición de recursos (reposición y apelación) en contra de la decisión de decreto de pruebas de oficio”. Para llegar a esa conclusión se apoyó, en resumen, en los siguientes argumentos:

En primer lugar, el interviniente llamó la atención en el hecho de que la prohibición de las pruebas de oficio es un asunto que compromete la estructura del sistema acusatorio y la imparcialidad del juez, pues representa una verdadera garantía para la persona que es objeto de juzgamiento. Sobre esta base dijo que los conceptos de verdad y justicia no pueden ser analizados sólo desde una perspectiva y requieren que sean abordados “con responsabilidad procesal”.

A pesar de que si bien es cierto en el proceso penal se busca establecer la verdad de lo sucedido y que, como lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, el juez no es un mero árbitro, no lo es menos que esos argumentos no son suficientes para concluir la inconstitucionalidad de la norma acusada, en tanto que “nuestra propia Carta Política autoriza que se sacrifique la ‘verdad material o histórica’ por el respeto de ciertas garantías; ello aunque en apariencia contradeciría el art. 228 de la Carta Política que eventualmente

pueden sacrificar la 'verdad' como derecho sustancial, también constituyen en si mismo derecho sustancial". Para sustentar esa apreciación, el interviniente se refirió al artículo 29 de la Carta que, sin importar si la prueba puede o no conducir a la verdad material, ordena declarar nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. De igual manera, se refirió a la exoneración de declarar contra los familiares, consagrada en el artículo 33 superior y a la aplicación del principio del in dubio pro reo, como garantías que, a su juicio, permiten sacrificar la verdad material en aras de defender derechos sustanciales de enorme envergadura constitucional. En consecuencia, concluye que "el argumento de 'la verdad' no resuelve el problema".

De otra parte, el ciudadano dijo que la prohibición de decretar pruebas de oficio es una garantía del ciudadano investigado porque está diseñado en el esquema de "igualdad de armas", según el cual todas las partes (recuerda que mediante sentencia C-454 de 2006, la Corte Constitucional autorizó a la víctima a intervenir probatoriamente en el proceso penal), pueden solicitar las pruebas dirigidas a demostrar sus intereses y, en especial, si la Fiscalía no logra demostrar la culpabilidad, la inocencia se presume y, por consiguiente, debe absolver al inculcado. De esta forma, si la producción de la prueba le fue confiada a los fiscales "debe estarle vedada la posibilidad al juez de suplir la actividad del fiscal decretando pruebas de oficio para fortalecer la hipótesis acusatoria", pues de lo contrario se afectaría la posición de equilibrio que se debe garantizar en el sistema penal acusatorio.

Incluso, dijo, el impedimento del decreto de pruebas en ciertas etapas procesales ha sido una costumbre procesal que ha sido declarada constitucional en múltiples oportunidades. Por ejemplo, el hecho de que no se pueda decretar pruebas de oficio en el trámite de la casación o que en segunda instancia esté vedada esta facultad, muestra con claridad que esa es una facultad que la Constitución le ha permitido al legislador y, por consiguiente, no ha sido una regla absoluta en nuestro ordenamiento jurídico.

Por las anteriores razones, el ciudadano concluyó que la norma acusada debe mantenerse en el ordenamiento, pues lo contrario comprometería "principios como el acusatorio o el de la imparcialidad del juez". Sin embargo, en desarrollo de las premisas fundamentales del Estado Social de Derecho, esta garantía podría inaplicarse excepcionalmente para proteger al ciudadano que es juzgado en un juicio en donde no se ofrezca prueba en su favor cuando la misma surja de 'bulto' de la actuación procesal. En otras palabras, a pesar de que el interviniente considera que la norma acusada es constitucional, plantea situaciones en las que podría inaplicarse, pero solamente para proteger los derechos del inculcado. Por ello, considera la necesidad de establecer reglas instrumentales para que autorice y, al mismo tiempo, señale límites precisos para la inaplicación de la prohibición de la práctica de pruebas de oficio. Al respecto, consideró que la sentencia del 30 de marzo de 2006 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que inaplicó el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, resulta un importante punto de partida, en tanto que es indispensable motivar la decisión de inaplicar la disposición y hacerlo en situaciones excepcionalísimas. De igual manera, siguiendo líneas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y comentadas por doctrinantes, concluyó la existencia de algunas premisas que podrían limitar la iniciativa probatoria del juez.

### 3.4 Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por encargo del Vicepresidente Académico de dicha Academia, el doctor Fernando Arboleda Ripoll intervino en el proceso para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada, por las siguientes razones:

El asunto propuesto por los demandantes resulta, desde el punto de vista constitucional, bastante problemático, por lo que hubiera sido útil analizar visiones de contexto, estructuras generales del sistema penal acusatorio y no solamente la disposición aislada, pues resulta indispensable establecer consecuencias no sólo frente al núcleo esencial de los principios y valores que se consideran vulnerados con la disposición acusada, sino también respecto de los principios y valores superiores que concurren y soportan la prohibición objeto de análisis. Dicho de otro modo, no sólo es necesario analizar la razonabilidad de la prohibición sino de todos los derechos e intereses constitucionales en tensión.

Con base en el concepto de proceso penal como “derecho constitucional aplicado”, opina que el fundamento de la norma acusada es la garantía de imparcialidad del juez o tribunal competente, la cual no sólo encuentra sustento en nuestra Constitución sino en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, el tema de la imparcialidad del juez ha sido un asunto bastante discutido en la doctrina y jurisprudencia; por ejemplo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imparcialidad judicial comprende una doble perspectiva: la subjetiva, que consiste en averiguar si el juez tiene un compromiso mental con anterioridad al juzgamiento y, la objetiva, cuando no concurren circunstancias que lleven a considerar la pérdida de la neutralidad por parte del juez. Por esta razón, sostiene que “el Tribunal no sólo debe ser imparcial sino presentarse como tal”. A ese respecto, recordó que el Tribunal de Estambul señaló que debe garantizarse la “imparcialidad aparente, entendiéndose la que se verifica de la sola configuración del aparato, independientemente de su intervención particular, se hace derivar en la confiabilidad que los tribunales de una sociedad democrática debe ofrecer a los eventuales justiciables”.

Lo anterior se concreta, según criterio del interviniente, en el aislamiento del juez en el proceso de recaudo de la prueba y el total compromiso en la etapa del juzgamiento, pues de esta forma se “garantiza la incontaminación e imparcialidad del juez frente a las pretensiones de la contienda”, por lo que la norma acusada resulta un claro desarrollo de los estándares internacionales del proceso penal en la democracia. Al respecto, citó la sentencia C-1288 de 2001 en la que la Corte Constitucional se refirió a la imparcialidad del juez como garantía básica en el enjuiciamiento.

No obstante, precisa que una parte de la doctrina considera que esa medida, que hace parte fundamental de la configuración del nuevo sistema penal, puede entrar en conflicto con la eficacia del proceso y con la realización de la justicia material, entendida ésta como la comprobación de la verdad que debe encontrar el juez. Sin embargo, dijo, el concepto de verdad tampoco es unívoco porque claramente se encuentran las percepciones de verdad absoluta (racionalidad empirista que supone la imposición de los hechos por sí mismos) y la verdad normativa (caracterizada por la argumentación). Por ello, concluye que la verdad en el proceso penal “es la conclusión del juez una vez agotado el proceso y corresponde a una aproximación confiable y razonable del objeto que la comprende... por eso, como lo sostiene el profesor Barbosa Castillo... el establecimiento de la verdad, noción normativa, como

primer fin del proceso, no es llegar a ella, sino es aproximarse tanto como sea razonablemente posible, lo que se traduce en hacer el mejor esfuerzo en la comprobación de los realmente ocurrido”.

Conforme a lo anterior, el interviniente concluye que ni la solución planteada por los demandantes (la inexecutable de la prohibición de las pruebas de oficio), ni la de la Corte Suprema de Justicia (inaplicación del artículo 361 de la Ley 906 de 2004), “no resuelve el problema de la ruptura de la imparcialidad por parte del juez en los casos excepcionales en que previamente aparezca que puede incurrirse en injusticia. Es decir, cuando la eficacia del proceso se ve enfrentada al mantenimiento de la imparcialidad”. Según su criterio, el sistema penal que nos rige, en su visión de conjunto, es el que le permite al juez resolver la tensión entre imparcialidad y eficacia, sin que se abandonen aquellas. De esta forma, el juez puede intervenir en los interrogatorios y contrainterrogatorios de testigos y de partes, puede formular interrogatorios complementarios, puede autorizar las pruebas solicitadas por el Ministerio Público, en su calidad de persona neutral en la contienda. Esta última intervención, ajena en otros países, ya por sí misma justificaría la prohibición de las pruebas de oficio que, bajo ningún punto, puede justificarse por las deficiencias de la cultura institucional, en tanto que “no resultan plausibles para sostener que deban ser suplidas por el juez, y conforme a ello, que por el riesgo que el Ministerio Público no llegue a cumplir con su función, debe entonces el juez contar para sí con facultades de ordenación oficiosa de la práctica de pruebas”. En consecuencia, afirmó que los cargos de la demanda no tienen en cuenta todos los aspectos que rodean la medida reprochada, pues no presenta una comprensión total del sistema al cual aparece integrada.

### 3.5 Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

Después de analizar in extenso uno por uno de los presupuestos mínimos que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, deben reunir las demandas de inconstitucionalidad, concluyó que los cargos de la demanda no son específicos, ni establece razonablemente cómo la prohibición acusada enerva el cumplimiento de los mandatos constitucionales por parte de los jueces. Por esta razón, considera que la Corte debe declararse inhibida para conocer de fondo el asunto de la referencia.

No obstante lo anterior, como pretensión subsidiaria, solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma acusada, “en el sentido de observarse una flagrante injusticia material, pues como se ha expuesto en precedencia, de no hacerlo así, deviene en un desconocimiento de la justicia material como postulado constitucional inescindible al proceso penal acusatorio”. Para sustentar esa petición dijo:

Ha sido criterio unánime de las altas cortes el definir que nuestro sistema penal no corresponde al acusatorio puro semejante a los de origen anglosajón, ni tampoco a los de origen continental europeo. Es, entonces, un sistema especial de tendencia acusatoria con características propias, en el que intervienen no solo acusador y acusado, sino también la víctima y el Ministerio Público.

Dentro de las principales características del sistema se encuentra que las funciones de los sujetos procesales son claramente separadas, pues a la Fiscalía corresponde la práctica de las pruebas (investigar y acusar sin funciones jurisdiccionales), al juez de control de garantías

el poder de coerción y el control sobre las actuaciones de la Fiscalía que afectan derechos fundamentales y al juez de conocimiento el poder de decisión. De igual forma, dijo que parte de la finalidad misma del sistema penal acusatorio es el respeto por la dignidad humana y el conjunto de medios procesales rectoras para asegurar el ejercicio de los derechos constitucionales.

En especial, respecto de la función del juez, la Escuela Judicial dijo que no es un “árbitro espectador de dos partes en contienda en un proceso que se reputa adversarial, sino que juega un papel activo en la protección de las garantías constitucionales y legales que a cada uno le corresponde procurando mantener el equilibrio entre las partes y la eficacia de la actividad estatal frente a los derechos del procesado, mediante la ponderación de intereses”. Sobre esta base y, para evaluar la facultad para decretar pruebas de oficio, el interviniente consideró necesario distinguir la función de los jueces de control de garantías y de conocimiento. Respecto de los primeros dijo que, en razón a que su función es la salvaguarda de los derechos fundamentales, en el proceso de recaudo de elementos materiales probatorios, esto es, sin que en esta etapa pueda hablarse de pruebas ni de desequilibrio de las partes ni de resquebrajamiento de la estructura del proceso penal, el juez puede extender sus facultades oficiosas no para establecer la responsabilidad penal del procesado sino para garantizar el goce efectivo de los derechos superiores. De esta forma, manifestó que “el juez de control de garantías no puede estar supeditado a los argumentos de las partes desprovistos de elementos de convicción, o únicamente a los que le presenten, sino que, si los considera insuficientes para la resolución del asunto de su competencia, el juez tiene la potestad, en virtud de su función constitucional, de extender sus facultades oficiosas de manera razonable para los fines exclusivos del control judicial que se le solicite”.

De otra parte, a juicio de la Escuela Judicial, el valor constitucional de la justicia material no está en conexión directa con la prohibición de decretar pruebas de oficio, pues ese compromiso no sólo corresponde al juez sino al Estado. Así, en el nuevo contexto de la justicia penal consagrado en el Acto Legislativo número 3 de 2002, la labor investigativa no le corresponde al juez, sino a los otros intervinientes del proceso, como a la Fiscalía, cuya principal función es la búsqueda de la verdad, a la defensa, al Ministerio Público y a las víctimas. Por ello, la norma acusada no sólo no viola la Constitución sino que desarrolla las reglas previstas en el acto legislativo que impulsó el sistema penal acusatorio.

No obstante lo anterior, dijo que, en algunos eventos excepcionalísimos, sería viable la prueba oficiosa en cabeza del juez de conocimiento. Esos casos serían aquellos en los que sea “dramática” la afectación de la función constitucional de hacer efectiva la justicia material.

#### 4. Concepto del Ministerio Público

En razón a que la Corte Constitucional aceptó el impedimento formulado por el Procurador General de la Nación y el Viceprocurador para presentar el concepto de rigor en el presente asunto, la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, doctora Carmenza Isaza Delgado, intervino dentro de la oportunidad procesal prevista, con el fin de solicitar que la Corte resuelva declarar la exequibilidad de la norma acusada.

En primer término, la Vista Fiscal señaló que la norma acusada no consagra una prohibición

absoluta de la práctica de pruebas de oficio, simplemente está limitada a impedir que se decreten en la audiencia preparatoria, pues no sólo está consagrada en el capítulo I del Título III del Código de Procedimiento Penal y su contenido no fue reproducido en ninguna otra etapa del proceso, sino también porque ese es el escenario en el cual las partes, la víctima y el Ministerio Público pueden solicitar las pruebas.

Con base en ese supuesto, el Ministerio Público afirma que la disposición acusada es procedente y razonable para “garantizar la independencia de las funciones de investigación y juzgamiento, la imparcialidad del juez de conocimiento y evitar la formación de prejuicios antes del acopio probatorio, en un sistema procesal adversarial, regido por el principio acusatorio y en el cual debe garantizarse la igualdad de armas”.

La Constitución asigna a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. Por consiguiente, dentro del nuevo esquema penal, corresponde a la Fiscalía y no al juez, la responsabilidad en el recaudo de los elementos materiales probatorios y el descubrimiento de la verdad.

En ejercicio de la libertad de configuración legislativa, el Legislador adoptó el sistema procesal acusatorio con la intervención probatoria de las partes, el Ministerio Público y, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-454 de 2006 de la Corte Constitucional, de las víctimas. Por ello, no puede sostenerse que la única manera de garantizar el descubrimiento de la verdad es mediante la intervención probatoria del juez, lo cual, incluso, pone en riesgo el principio de imparcialidad judicial y la recta administración de justicia. No obstante, precisó que lo dicho no quiere decir que el juez no esté comprometido con la verdad, significa que debe actuar conforme al principio de in dubio pro reo y a la presunción de inocencia.

Finalmente, la Vista Fiscal precisó que, eventualmente podría autorizarse la prueba de oficio decretada por el juez de conocimiento en la audiencia del juicio oral en el que se han presentado todos los elementos de convicción ofrecidos por las partes y, por ende, “la neutralidad frente a los planteamientos de las partes ha menguado”. Así, en aquellos casos en los que como resultado de la actividad probatoria surge la necesidad de recaudar otros elementos de convicción porque el “administrador de justicia afronta dudas” que no puede resolver absolviendo porque no se presentan a favor del acusado, el juez penal puede “decretar pruebas de oficio en el juicio oral, apoyado en la necesidad de proteger un derecho fundamental” y, con ello, busca salvaguardar la presunción de inocencia. De todas maneras, en ese caso, el juez debe someter la prueba a contradicción y controversia de las partes para garantizar la igualdad de las partes. Al final, precisa que, a su juicio, “cuando por deficiencias en la defensa no se solicitaron y practicaron pruebas pertinentes y conducentes a favor del acusado, y todo conduce a una sentencia condenatoria, el juez de conocimiento debe declarar la nulidad por violación del derecho a la defensa y no puede decretar pruebas de oficio porque carece de autorización legal”

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una disposición que hace parte de una ley.

2. No obstante lo anterior, uno de los ciudadanos intervinientes afirma que esta Corporación no tiene competencia para retirar del ordenamiento jurídico la prohibición del decreto de pruebas de oficio en el proceso penal, porque esa disposición hace parte de la ideología del sistema acusatorio que acogió el legislador como mecanismo idóneo para adelantar el proceso penal. A su juicio, esta Corporación sólo podría estudiar la atribución de facultades otorgadas al juez o a cualquier autoridad pública, pero, en ningún caso, puede otorgar y regular una competencia porque es una decisión exclusiva del legislador.

Al margen de que claramente el artículo 241 de la Constitución le otorga a la Corte Constitucional la competencia para conocer de las demandas formuladas contra leyes en sentido formal y material, como es el caso de la demanda de la referencia, la Sala considera prudente precisar brevemente que, contrario a lo expuesto por el interviniente, esta Corporación sí tiene competencia para conocer de la demanda formulada por los actores, además del argumento formal, en consideración a argumentos sustanciales, a saber:

3. El artículo 4º de la Carta señala que la Constitución es norma de normas y, por lo tanto, se impone preferentemente frente a la ley y a cualquier norma jurídica. Para garantizar esa eficacia vinculante e imperativa de la Constitución, se encomendó a la Corte Constitucional la función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241). En este sentido, resulta evidente que, en ejercicio de su función, esta Corporación debe retirar del ordenamiento jurídico disposiciones, textos normativos o reglas jurídicas que contravienen las normas superiores, por lo que es irrelevante, para efectos de fijar la competencia de esta Corporación, averiguar si la ley consagra facultades, restringe, crea o modifica derechos. De hecho, si la propia Carta establece un mecanismo de control a la actividad legislativa, porque de esta forma se garantiza el principio de supremacía constitucional (artículos 40 y 241), no tendría sentido sostener que algunas de las disposiciones legales no pueden ser objeto de control constitucional, pues esa tesis implicaría la afectación de la propia Constitución.

Resulta claro, entonces, que el control de constitucionalidad de la ley, que corresponde ejercer a esta Corporación, es el mecanismo para asegurar la eficacia de la Constitución en el marco de cartas rígidas en donde, de una parte, distinguen las normas superior y las ordinarias y, de otra, consagran el principio de supremacía de la Constitución.

4. Además de lo anterior, aunque si bien es cierto en múltiples oportunidades esta Corporación ha advertido que, en desarrollo de la cláusula general para crear el derecho atribuida al Congreso de la República en el artículo 150 de la Constitución, el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para regular los procesos judiciales, sus etapas, las oportunidades y requisitos para acceder a la administración de justicia, los mecanismos para adelantar la defensa y la actividad probatoria, también es cierto que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que esa libertad de configuración normativa del legislador en el diseño de los procedimientos y etapas judiciales no es absoluta, puesto que se encuentra limitada por los derechos sustanciales y la defensa

de las garantías esenciales de las personas. De esta forma, razones de política legislativa, circunstancias propias de la dinámica social y cultural, o modificaciones en la perspectiva con que se afrontan y desarrollan los distintos valores constitucionales, pueden dar lugar al cambio legislativo y a regulaciones del proceso distintas, de tal manera que las normas del procedimiento judicial, su diseño y las etapas propias del acceso a la justicia pueden variar y adquirir formas distintas, pero todas conforme a los paradigmas mínimos que la Constitución consagra.

Existencia de cargos de inconstitucionalidad y fallo de fondo

5. La Escuela Judicial “Lara Bonilla” y uno de los ciudadanos intervinientes consideran que la demanda está estructurada en un discurso ambiguo y general que no concreta cargos de inconstitucionalidad, pues los argumentos no son específicos ni explican claramente por qué la prohibición acusada desconoce los mandatos constitucionales que se consideran infringidos.

En tal virtud, en primer lugar, la Sala debe resolver si la demanda plantea un cargo de inconstitucionalidad que se derive de la confrontación entre la norma acusada y la Carta y, por consiguiente, si esta Corporación puede pronunciarse de fondo respecto de ella.

6. En múltiples oportunidades, esta Corporación ha indicado que si bien es cierto la acción de inconstitucionalidad concreta los derechos de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y de acceso a la justicia para defender la Constitución (artículos 40 y 229 de la Carta), no lo es menos que es válido constitucionalmente señalar condiciones de procedencia formal, como una carga procesal razonable que busca racionalizar su uso e impedir el control de constitucionalidad oficioso de todas las leyes. De esta forma, el artículo 2° del Decreto 2067 de 19911, dispuso que una demanda de inconstitucional se entiende presentada en debida forma cuando señala: i) las normas que se acusan como inconstitucionales, ii) las normas superiores que se consideran vulneradas, iii) las razones por las que la Corte Constitucional es competente para conocer la demanda y, iv) los motivos por los cuales se estima que las disposiciones constitucionales han sido infringidas.

Especialmente, en cuanto a este último requisito, la Corte ha explicado que el cargo de inconstitucionalidad “no se satisface con la exposición de cualquier tipo de razones o motivos, sino que es necesario que éstas sean ‘claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes’<sup>2</sup>. El cargo es claro cuando se presentan argumentos comprensivos y consecuentes con lo solicitado. Los motivos de impugnación son ciertos cuando la demanda recae sobre una proposición normativa real y existente<sup>3</sup>, y no sobre una deducida por el actor, o implícita<sup>4</sup>. Las razones de inconstitucionalidad son específicas cuando el actor explica por qué la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta, pues “el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan”<sup>5</sup>.

En este mismo sentido, el cargo de inconstitucionalidad es pertinente cuando presenta

argumentos de constitucionalidad congruentes con lo solicitado, pues las discusiones puramente legales y las solicitudes dirigidas a constatar la vigencia o aplicabilidad de la ley no son admisibles en el proceso de constitucionalidad. Por ello, la Corte ha dicho que no prosperan las acusaciones cuyo fundamento es el análisis de conveniencia<sup>6</sup>, necesidad<sup>7</sup> o actualidad doctrinaria<sup>8</sup>. Finalmente, los cargos son suficientes cuando la demanda está dirigida a desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la ley, esto es, cuando se genera un verdadero debate constitucional<sup>9</sup>.

7. Según criterio de los demandantes, el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 vulnera el Preámbulo y los artículos 2º, 4º, 228 y 229 de la Constitución, por cuanto, a su juicio, la prohibición de la iniciativa probatoria del juez penal implica el abandono del deber estatal de averiguar la verdad y pronunciar una sentencia justa. Dicho de otra manera, la demanda parte del supuesto de que el juez tiene el deber jurídico de encontrar la verdad para concretar la justicia material, consagrada en la Carta como un valor (preámbulo), un fin del Estado (artículo 2º) y un derecho (artículos 228 y 229). De esta forma, concluye que el impedimento legal para decretar pruebas de oficio coloca al juez en una posición de árbitro que lo obliga a resolver controversias únicamente con base en la verdad de las partes.

La simple descripción de los planteamientos de la demanda no sólo plantean un debate filosófico y político en torno a las finalidades del derecho penal y a la función del juez penal en cada caso concreto, sino también presentan una discusión constitucional respecto de la visión que el Constituyente tiene del rol del juez penal en el sistema acusatorio. Luego, para la Sala es claro que, en esta última perspectiva, esto es, la visión jurídico constitucional del tema, la demanda formula planteamientos claros, que surgen de la oposición objetiva y verificable de las normas confrontadas, pertinentes y suficientes para adelantar un verdadero debate constitucional.

De hecho, como se vio en el resumen de los antecedentes de esta providencia, las acusaciones de la demanda generaron un debate constitucional claro y suficientemente contundente para concluir que existe cargos de inconstitucionalidad y, por consiguiente, esta Sala debe emitir pronunciamiento de fondo respecto de la norma demandada.

#### Problema jurídico

8. Los demandantes sostienen que la prohibición de la iniciativa probatoria consagrada en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 desconoce que la Constitución encomendó al juez la búsqueda de la verdad y la concreción de la justicia material en el proceso penal, pues sólo si se conoce lo realmente ocurrido puede hacerse justicia en el caso concreto. De esta forma, se preguntan si, como lo ha dicho esta Corporación, el juez en el sistema penal acusatorio no es un árbitro, ¿cómo puede averiguar la verdad, hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, hacer justicia y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales, si la ley limita su capacidad de raciocinio respecto de los hechos?. Por esas razones consideran que la norma acusada debe ser declarada inexecutable.

Por su parte, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, el ciudadano Martín Bermúdez la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Ministerio Público, concurren en solicitar que la Corte declare la exequibilidad de la norma acusada. A su turno, el ciudadano Mauricio Pava y la Escuela Judicial Lara Bonilla, esta última como

petición subsidiaria a la principal de la providencia inhibitoria por ausencia de cargo, opinan que la Corte debe declarar la exequibilidad condicionada de la disposición, en el entendido de que procede su inaplicación en situaciones excepcionales de afectación de derechos fundamentales.

Los intervinientes que consideran necesario condicionar la constitucionalidad de la norma acusada parten de la base de que existen situaciones límite, en las que el juez debe intervenir probatoriamente para combatir el desequilibrio de las partes y proteger, en especial, al sindicado.

9. Planteado el debate en los términos descritos en precedencia, la cuestión que corresponde resolver a la Sala se circunscribe a averiguar si para garantizar el descubrimiento de la verdad y, con ella, la realización de la justicia es condición sine qua non, reconocerle iniciativa probatoria al juez en el sistema penal acusatorio.

Para resolver el problema jurídico planteado, correspondería a la Corte abordar el estudio de cuestiones discutidas a lo largo de la historia jurídica: ¿la búsqueda de la verdad debe ser un objetivo o una finalidad inescindible en el proceso penal?, ¿cuál es la función de la prueba en la búsqueda de la verdad?, ¿cuál debe ser el rol del juez en la búsqueda de la verdad?. Obviamente, el debate presenta una discusión filosófica que la Corte no puede tomar partido y que no puede resolver con fuerza de autoridad judicial. Por ello, el análisis que realizará la Sala estará centrado en el modelo de justicia procesal penal que nuestra Constitución consagra después de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Con base en lo expuesto, la Corte estudiará en esta oportunidad: i) si la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso penal tiene incidencia constitucional y, por consiguiente, si puede considerarse de obligatoria observancia para el juez, ii) cómo debe actuar el juez imparcial e independiente en la búsqueda de la realización de los derechos e intereses en conflicto en el proceso penal; iii) en situaciones en las que se presenta tensión entre la búsqueda de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales, cuál debe ser el rol del juez en el sistema penal acusatorio; iv) con base en lo anterior, la Sala deberá, finalmente, concluir si el legislador tenía facultades para prohibir las pruebas de oficio en el proceso penal o si afectó el núcleo esencial de derechos e intereses fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

Verdad y justicia en el proceso penal. Búsqueda de la verdad como valor, principio y derecho constitucional.

10. Tal y como claramente aparece en el Preámbulo de la Constitución, el Estado Colombiano debe dirigirse hacia la búsqueda de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. De esta forma, el artículo 2º superior dispuso que un fin esencial del Estado es la vigencia de un orden justo. Y, los artículos 229 y 230 de la Carta garantizan el derecho de todas las personas para acceder a la administración de justicia y obtener una sentencia de acuerdo con la ley y la Constitución. En esta última faceta de la justicia como derecho subjetivo, la Carta encomendó su materialización y la función de administrar justicia fundamentalmente a los jueces y, excepcionalmente, a ciertas autoridades públicas y a los particulares. Eso muestra, entonces, que en la Constitución, la búsqueda y realización de la justicia es una función primordial para el Estado de Derecho y

estructural en el Estado Social y Democrático.

Ahora, en esa búsqueda y concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. Bien decía Carnelutti, “cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad”. Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

En este mismo sentido, el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, señaló como principio rector del proceso penal, la imparcialidad del juez, según el cual, en ejercicio de sus funciones, “los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. De esta forma, la verdad en el proceso constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar sino es un paradigma imperativo en la labor judicial.

Pero, además, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en sostener que, en aplicación de normas constitucionales internas y de normas de derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad<sup>10</sup>, en el proceso penal, de un lado, la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas. Al respecto, la Corte dijo:

“En tal sentido, conviene precisar que el derecho a la verdad presenta una doble connotación, por cuanto a su vez es un derecho colectivo e individual. Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que le asiste a cada pueblo a conocer su historia, a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Este derecho implica que se preserve del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

(...)

De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Incluso, para autores como R. Mattarollo el derecho que tienen las víctimas y sus familiares a conocer la verdad de lo ocurrido “integra hoy derecho internacional consuetudinario”<sup>11</sup>. La garantía de esta faceta individual del derecho a conocer la verdad, pasa asimismo porque las víctimas y sus

familiares puedan acceder a los documentos públicos en los cuales reposen las informaciones sobre la comisión de estos crímenes”<sup>12</sup>.

Entonces, en el contexto de nuestra Constitución, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección a la víctima y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional<sup>13</sup>.

11. No obstante lo anterior, aunque es clara e indiscutible la relación existente entre verdad y justicia y el deber estatal de buscar la primera para concretar la segunda, la manera de encontrarlas o los métodos utilizados para lograr la sentencia verdadera y justa no ha sido un tema pacífico ni unánime en la doctrina y en la legislación penal, pues como advierte Luigi Ferrajoli, “si una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad” y, agrega, “las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad”<sup>14</sup>.

Precisamente, por la dificultad de desentrañar la verdad en el proceso penal, la doctrina especializada ha discutido a lo largo de la historia si es factible reconstruir lo sucedido. En efecto, mientras que para algunos doctrinantes la verdad desaparece absolutamente como finalidad del proceso penal y pasa a ser algo contingente, porque puede alcanzarse o no mediante el proceso<sup>15</sup>, otros filósofos del derecho penal opinan que la verdad existe de manera ajena al proceso, por eso, para hacer justicia, corresponde al juez encontrarla y reconstruirla<sup>16</sup> (concepto de verdad formal que impide que la verdad sea sometida a acuerdos consensuales o a disposición de las partes). Otras corrientes del pensamiento sostienen que la verdad en el proceso penal es relativa y que el objetivo de la prueba no es la búsqueda de lo sucedido sino el convencimiento del juez<sup>17</sup>. De esta forma, la prueba sólo tiene un fin argumentativo y está basada en la búsqueda de lo cierto en el proceso.

Sobre las diferentes formas de verdad en el derecho penal, Michel Foucault advertía:

“En realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de la regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior de la verdad... En el derecho penal hay diferentes formas de verdad”<sup>18</sup>

En una posición intermedia entre la inexistencia absoluta de la verdad penal y la reconstrucción judicial de la verdad formal, Taruffo decía que “el proceso no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles... es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular”. De igual manera, la corriente del “garantismo penal” distingue la verdad jurídica de la verdad factual, para concluir que la decisión judicial justa debe aproximar el vínculo entre verdad judicial, garantías penales y procesales y la verdad fáctica que da origen al proceso<sup>19</sup>.

12. Así las cosas, sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal 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 penal.

Con base en esta primera premisa, la Sala procede a estudiar cómo se ha concretado en la Constitución y cómo debe desarrollarse en la ley el procedimiento penal que busca aproximar la verdad fáctica con la verdad procesal y jurídica y, de esta manera, encontrar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal.

#### Límites constitucionales en la búsqueda de la verdad en el proceso penal

13. Se advirtió en precedencia que, dentro de los parámetros constitucionales, el legislador goza de amplio margen de discrecionalidad en el diseño de los procesos judiciales y de los instrumentos procesales y sustanciales que permiten concretar la justicia material en el proceso penal. De esta manera, es claro que aunque es cierto que la búsqueda de la verdad fáctica es un objetivo constitucional que no puede abandonarse por las autoridades que tienen a su cargo esa labor, también lo es que, a lo largo de la historia y en desarrollo de la política criminal, los Estados han diseñado diferentes modelos o técnicas para la averiguación de lo sucedido, puesto que, dentro del marco de la sociedad democrática se trata de conciliar la tensión existente entre el respeto por las libertades y derechos ciudadanos y la efectividad del derecho penal que, en sentido estricto, no es más que el reflejo del ejercicio legítimo del ius punendi del Estado.

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

14. Este modelo de justicia penal en el que el Estado pretende obtener la verdad con las garantías de libertad es el adoptado en la Constitución de 1991, pues sin lugar a dudas la verdad en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas. Así, no puede desconocerse que la constitucionalización de las garantías procesales en el proceso penal es un mecanismo imperativo y necesario para concretar el valor superior del reconocimiento y realización de la justicia en el ordenamiento jurídico. De esta forma y, refiriéndose a la rigurosidad de las formalidades en el proceso penal para la protección de los derechos de los implicados, se ha concluido que “se distorsiona la verdad por medio de numerosas garantías jurídicas, como por ejemplo las prohibiciones de prueba, que se imponen en el camino de la indagación de toda la verdad. Ellas nos obligan a no tomar conocimiento de partes de la realidad y a dejarlas a un lado en la búsqueda de la verdad. También esto resulta en una verdad formal”<sup>20</sup>

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

En este aspecto, resulta interesante la advertencia del penalista alemán Claus Roxin Claus, cuando decía que si bien el Estado tiene el deber de esclarecer los 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”<sup>21</sup>.

Con esa claridad, ahora, la Sala pasa a analizar cómo debe resolverse la tensión existente entre búsqueda de la verdad en el proceso penal y la defensa de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Diseño sustancial y procesal en el sistema penal acusatorio para buscar la verdad y defender los derechos en el proceso penal.

15. Para resolver la tensión entre, de un lado, el deber del Estado y el derecho a conocer la verdad, como punto de partida de la sentencia justa y, de otro, la protección de los derechos y garantías en el proceso penal, los Estados han perfilado un conjunto de mecanismos procesales que se consideran apropiados y adecuados para cada ordenamiento jurídico. Así, se han diseñado cuatro prototipos de esquemas procesales, a saber i) el sistema dispositivo, según el cual corresponde a las partes iniciar el proceso con el planteamiento de los hechos y normas jurídicas que serán objeto de análisis judicial, impulsarlo mediante la intervención activa en las actuaciones judiciales y aportar todos los elementos probatorios al proceso. Este sistema ha sido tradicionalmente utilizado en la justicia civil; 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.

En Colombia, con la reforma introducida por el Acto Legislativo número 3 de 2002, el Constituyente escogió claramente el modelo acusatorio para el proceso penal y la Ley 906 de 2004 concretó un nuevo sistema penal acusatorio para conciliarla .

De todas maneras, cabe recordar que, en anteriores oportunidades, esta Corporación ha dejado en claro que, con base en los antecedentes legislativos, el actual procedimiento penal no comparte el diseño de un sistema acusatorio puro, desarrollado en el derecho anglosajón, sino que “se diseñó un sistema de tendencia acusatoria”<sup>22</sup>, en el cual la función del juez “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”<sup>23</sup>.

16. Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes:

i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral. Al respecto, Ferrajoli dijo:

“La separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás... la garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio”<sup>24</sup>.

Esa separación de funciones, incluso, hace que algunos doctrinantes afirmen que las responsabilidades en relación con la política criminal se hubieren modificado, pues el referente de la eficacia para la Fiscalía General de la Nación será la disminución del delito y el castigo oportuno del mismo, mientras que para el juez es la protección de los derechos de

las personas y la eficacia de la investigación.

ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego. En este aspecto, el mismo autor citado manifestó:

“la rígida separación de papeles entre los actores del proceso, que como se ha visto... constituye la primera característica del sistema acusatorio, impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de la refutación, ni tampoco por el juez que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas. De la misma manera que al acusador le están vetadas las funciones de enjuiciamiento, al juez deben estarle prohibidas las funciones de acusación...25”

iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso.

17. De otra parte, con la introducción del sistema penal acusatorio, también cambiaron estructuras en la actividad probatoria que deben adecuarse a los nuevos roles del juez y de los intervinientes en el proceso penal. Dicho de otro modo, dentro de los rasgos estructurales más marcados en el procedimiento penal acusatorio colombiano, se encuentran los que modificaron la actividad probatoria en el proceso, puesto que el Constituyente y el legislador consideraron necesario modificar e intensificar la aplicación de reglas procesales importantes para condicionar la averiguación de la verdad en el proceso penal y, de esta forma, concretar el deber de buscar la justicia material en nuestro Estado Constitucional. 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, se pueden sintetizar así:

i) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

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, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, 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: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima<sup>26</sup> 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) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, 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 y, como lo advertía la doctrina italiana, en la concepción dialéctica de la prueba, según la cual “el concepto de prueba moderno se ha basado en el orden asimétrico, en el que se privilegia al juez, mediante la formulación de la verdad real que supera la verdad probable”<sup>27</sup>

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.

18. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal. 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.

Ahora, a pesar de que es importante para el control de constitucionalidad de la disposición acusada el argumento expuesto en precedencia, según el cual la prohibición del decreto y práctica de pruebas de oficio en la etapa del juzgamiento hace parte de la estructura del modelo procesal penal diseñado por el Acto Legislativo número 3 de 2002, lo cierto es que ese planteamiento no es suficiente para desvirtuar los cargos y declarar, desde ya, su conformidad con la Carta, de un lado, porque, como lo ha advertido esta Corporación, en el proceso acusatorio el juez no es solamente un árbitro y, de otro, resulta claro que la regla probatoria objeto de estudio también debe respetar otros principios y garantías constitucionales que se encuentran en la Constitución.

19. En efecto, ya se recordó en esta providencia que la Corte Constitucional ha dicho, en reiteradas oportunidades<sup>28</sup>, que el proceso acusatorio en nuestra legislación no es típicamente adversarial, ni un sistema acusatorio puro, por lo que el juez no es un árbitro, sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito. De ahí que, el sólo hecho de que la pasividad probatoria del juez sea una regla estructural en el esquema penal acusatorio no es suficiente para concluir la constitucionalidad de la norma acusada.

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

Por ejemplo, el artículo 268 del Decreto Ley 78 de 1987 o Código de Procedimiento Penal de Portugal, autoriza al juez, en casos precisos, a decretar pruebas de oficio. De igual manera, el artículo 388 de Ley 23984 de 1991 en Argentina, dispone que “si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de ellos”. También, el artículo 507 del Código Procesal Penal Italiano de 1988, dispone que “terminada la práctica de pruebas, si fuere absolutamente necesario, el juez puede disponer, aún de oficio, la práctica de nuevos medios de prueba”. Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela prescribe, en su artículo 360, que “excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en

el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento, El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes". Finalmente, los artículos 728 y 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España, señalan:

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

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

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

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

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

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

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.

Por consiguiente, ahora debe averiguar la Sala si es constitucionalmente válido que, ante la insuficiencia de elementos probatorios en el juicio, el juez deba proferir fallo sin que pueda decretar pruebas de oficio. Para ello, se analizará si, como lo afirman todos los intervinientes, la justificación para la prohibición demandada se encuentra en la correcta interpretación de los conceptos de imparcialidad e igualdad de armas probatorias en el proceso penal.

Neutralidad probatoria como método de concreción de la imparcialidad del juez. Igualdad de armas en el proceso penal

21. Desde la misma conformación del Estado y de la consagración de los poderes que lo integran se entregó a los jueces la responsabilidad y la función de resolver de manera pacífica y definitiva las controversias. Condición sine qua non para desarrollar dicha atribución, es la imparcialidad e independencia del juez en la definición de los asuntos a su cargo, pues estas son, indudablemente, unas de las principales premisas de la aplicación de la justicia en los Estados Democráticos.

En efecto, a pesar de que en nuestra Constitución no existe referencia expresa a la

imparcialidad judicial, es obvio que esta garantía surge del derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia para que se adelante el proceso de acuerdo con las reglas de cada juicio y se resuelva el conflicto bajo el imperio de la ley y la Constitución (artículos 29, 229 y 230 de la Carta). Es claro, entonces, que del conjunto de las garantías procesales y sustanciales que rodea a la administración de justicia se incluye el derecho a un juez imparcial.

En efecto, el nexo entre sistemas de garantías penales y sistemas de garantías procesales es inevitable y necesario. Sin embargo, hay reglas jurídicas para garantizar la imparcialidad e independencia judicial y el deber Estatal de buscar la verdad mediante la prueba que son comunes en todos los esquemas procesales y otras que son propias de algunos de ellos. Por ejemplo, las garantías orgánicas de separación entre juez y acusación y las instrumentales de oralidad, publicidad y contradicción en la formación de la prueba son características propias del proceso acusatorio o con tendencia acusatoria; mientras que la independencia, imparcialidad y el deber de proferir sentencias en derecho, son similares a todos los modelos y la necesidad de garantizarlo en los distintos ordenamientos jurídicos genera unanimidad.

22. No obstante lo anterior, la cuestión es más disímil a la hora de establecer cómo se garantiza la imparcialidad del juez, puesto que hay diferentes percepciones a lo largo de la historia y distintos métodos en el derecho que buscan el sistema más adecuado para asegurar la ecuanimidad y rectitud de la administración de justicia. Desde la concepción de total pasividad judicial en la aplicación e interpretación de la ley<sup>29</sup>, hasta la consagración de un conjunto de reglas procesales y sustanciales que le permiten resolver los conflictos con libertad dentro de la legalidad, sin interferencias ni presiones ajenas al proceso, han sido desarrollados como métodos para garantizar la imparcialidad del juez. Por consiguiente, es razonable entender que al legislador corresponde diseñar el esquema procesal que considera adecuado para la búsqueda de la verdad y para concretar la imparcialidad, pues los dos son conceptos tan amplios que su concreción corresponde al legislador.

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. En tal virtud, la imparcialidad de los jueces implica que la resolución judicial de cualquier clase de proceso se adopte sin opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán ni sobre el resultado de los mismos ni con presiones o influencias externas al proceso. Así, la imparcialidad tiene como fin último proteger la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías y a la administración de justicia objetiva.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español<sup>30</sup>, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>31</sup>, dijo que hay dos formas de apreciar la imparcialidad judicial, a saber: una vertiente subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes y, otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso. En otras palabras, como bien lo advierte la doctrina española<sup>32</sup>, la imparcialidad

judicial no sólo se garantiza con las reglas tendientes a retirar del proceso a quien, por circunstancias subjetivas, podría afectar la igualdad de trato jurídico (impedimentos, recusaciones y objeción de conciencia), sino también mediante la consagración de instrumentos propios del proceso que concretan la realización de la justicia. De esta forma, el juez debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial, puesto que, como lo ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en múltiples decisiones, en la imparcialidad judicial no sólo es importante serlo sino parecer imparcial, por lo que los jueces de los que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, deben separarse del proceso.

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. En otras palabras, en el sistema acusatorio la garantía de imparcialidad judicial no sólo consiste en la adopción de instrumentos externos al proceso (carrera judicial, independencia administrativa de la rama judicial de los demás poderes públicos, autonomía financiera de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación y asuntos propios de la imparcialidad subjetiva), sino también en el diseño de reglas al interior del proceso.

Ahora, aunque es cierto que la Constitución no definía originalmente ni tampoco lo hace con el Acto Legislativo 3 de 2002, cómo deben mantener los jueces su imparcialidad, con la implementación del sistema penal acusatorio sí consagró principios implícitos que determinan el rol del juez y su ámbito de actuación, exteriorizando una forma de concretar la independencia judicial. En efecto, entre los instrumentos diseñados por el constituyente y la Ley 906 de 2004 para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran los siguientes: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía. Nótese que estos tres instrumentos para garantizar la neutralidad del juez están referidos al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio.

Muchos doctrinantes consideran indudable que el juez que adelanta la investigación no resuelve el caso con plena imparcialidad, puesto que es natural que asuma un preconcepto determinado con base en el cual dirige el proceso penal. La estricta separación de las funciones del acusador y del juez, entonces, impide que el juez falle conforme a sus propios prejuicios. Esta tendencia probatoria en el proceso penal estuvo claramente establecida desde mediados del siglo XIX y, en especial, con las experiencias de los regímenes autoritarios en Europa en los que se presentaron arbitrariedades y subjetivismos en el decreto y práctica de las pruebas que el juez consideraba pertinentes para posteriormente valorarlas. Entonces, a pesar de que, ciertamente, es muy relativo considerar que la práctica de la actividad probatoria de manera oficiosa por el juez lo haga perder su imparcialidad, lo que sucede es que el concepto de imparcialidad en el modelo penal acusatorio pasó a ser sinónimo del concepto de neutralidad cognoscitiva del juez, lo cual responde al esquema procesal que escogió el Constituyente con la introducción del sistema penal acusatorio en el Acto Legislativo número 3 de 2002.

De hecho, autores como Ferrajoli afirman que “para garantizar la imparcialidad del juez es

preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como, por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y, aunque sea de manera ambigua, también en el mixto”<sup>33</sup>

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

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

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

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

Por estas razones, es lógico concluir que la prohibición a los jueces de decretar pruebas dirigidas a investigar la veracidad de las acusaciones de la Fiscalía, desarrolla el principio de

imparcialidad judicial garantizado en la Constitución.

25. Con todo, a lo anterior podría objetarse que con el decreto oficioso de la prueba, el juez no necesariamente busca la condena del acusado ni pretende ubicarse en posición de parte, pues la simple decisión de practicar pruebas no conduce a un convencimiento inmediato sino que pretende buscar la verdad de lo ocurrido, por lo que el juez debía tener acceso a esa facultad.

A pesar de la aparente fuerza del argumento, la Sala no lo comparte por dos motivos: El primero, porque no se trata de avalar el abandono de la búsqueda de la verdad, se trata de acercar el proceso penal a las garantías de la democracia constitucional y en este sentido entender el concepto de verdad. El segundo, porque es evidente que el decreto oficioso de pruebas, que parte de vacíos probatorios que pretende llenar el juez, desequilibra la posición en que se encuentran las partes y la igualdad de instrumentos procesales que están diseñados en el proceso penal para garantizar la eficacia de los derechos y libertades de los intervinientes en el proceso penal.

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.

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

“Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de ‘igualdad de armas’<sup>34</sup>, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (Resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas “exige que se conceda el

mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente”.

En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se hace derivar del artículo 6.1, contenido del principio jurídico conocido bajo el brocardo “audiatur et altera pars” y que literalmente significa, escuchar también a la otra parte. Dice al respecto la Convención Europea:

Artículo 6 . Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

Desde otra perspectiva, el principio de igualdad de armas constituye una de las características más sobresalientes de la metodología de investigación que impone el entrante modelo acusatorio.

En efecto, de acuerdo con el sistema de investigación que viene desmontándose, acogido por el constituyente de 1991 y que todavía rige en los territorios en los que no ha entrado en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio, la Fiscalía está obligada a desplegar una instrucción integral respecto del hecho delictivo. El método de investigación integral -de estirpe alemana- compromete al ente de instrucción en la investigación de los elementos de convicción favorables que pudieran absolver de responsabilidad al procesado, así como de los desfavorables que pudieran perjudicarlo. El artículo 250 constitucional establecía dicha obligación en los siguientes términos: “[l]a Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten”.

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

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

que si la Fiscalía podía resolver autónomamente, por ejemplo, la preclusión de la investigación, y el procesado pudiera permanecer inactivo en el proceso, existiera una norma que obligara al ente de instrucción a investigar también lo que resulte favorable al procesado”<sup>35</sup>

En este orden de ideas, aunque en principio podría considerarse que la actividad probatoria del juez es un instrumento fundamental para la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, con la consagración del sistema penal acusatorio se impone la inactividad o pasividad probatoria del juez en las etapas en donde se controvierte el material probatorio aportado (audiencias preparatoria y de juicio), porque esa filosofía está estrechamente ligada al derecho de defensa del inculpado; de ahí que en caso de que exista la menor duda de que la conducta genera responsabilidad penal o que no fue cometida por el acusado, el juez debe exonerar o absolver de los cargos. En esta medida y con la máxima eficacia de la presunción de inocencia y del in dubio pro reo, es claro que la prohibición objeto de estudio esa es una garantía a favor del acusado.

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. Es más, el hecho de que en países en los que la prohibición de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio es aún más absoluta que en Colombia, tales como Estados Unidos y Puerto Rico, nuestro legislador se encuentre en el deber constitucional de regularlo en forma idéntica.

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

28. Finalmente, es importante aclarar si, como lo sostienen algunos de los intervinientes, es necesario condicionar la constitucionalidad de la norma acusada, en tanto que si bien no encuentran discutible su constitucionalidad, el carácter absoluto de la prohibición exige que, en algunos casos límite, es necesario autorizar el decreto y práctica oficiosa de pruebas para evitar la afectación grave de derechos de las víctimas o del sindicado. Entonces, a la Sala le surgen dos interrogantes: ¿ la prohibición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 es absoluta?, esto es, ¿tanto los jueces de control de garantías como los de conocimiento están impedidos para decretar pruebas de oficio en todos los casos?. Las respuestas a estas preguntas, efectivamente, tienen incidencia constitucional, pues si esta limitación se aplica a los jueces de control de garantías cuyas funciones están centradas en la preservación de la eficacia de los derechos y libertades individuales y, no precisamente, en la dialéctica probatoria, claramente podrían afectarse normas constitucionales que exigen al juez la defensa de derechos subjetivos de aplicación inmediata, tales como la libertad, el debido

proceso y la igualdad, entre otros. Entra, pues, la Corte a resolver esos interrogantes.

La prohibición contenida en la norma demandada sólo se aplica en las audiencias preparatoria y de juicio.

29. A juicio de esta Sala, la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. A esa conclusión se llega después de adelantar el análisis sistemático y teleológico de la norma acusada que a continuación se expone:

El artículo 361 de la Ley 906 de 2004 se encuentra incluido en el Libro III del Juicio en el sistema penal acusatorio, Capítulo I, correspondiente a la audiencia preparatoria. En efecto, el Código de Procedimiento Penal se encuentra dividido en siete libros, el I, correspondiente a disposiciones generales, el libro II sobre las Técnicas de Indagación e Investigación de la Prueba y Sistemas Probatorios, el III sobre el Juicio, el libro IV, relativo a la ejecución de sentencias, el libro V sobre Cooperación Internacional, el libro VI, Justicia Restaurativa y, el libro VII sobre el Régimen de Implementación.

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.

En efecto, en varias oportunidades esta Corporación ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el “garante de los derechos constitucionales y ... supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”<sup>36</sup>. De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto, puede decretar pruebas de oficio cuando considere estrictamente indispensable para desarrollar su labor. De hecho, no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para averiguar la veracidad de lo 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.

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

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

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

Secretaria General

Salvamento de voto del Magistrado NILSON PINILLA PINILLA a la Sentencia C-396/07

Referencia: expediente D-6482

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el acostumbrado respeto hacia las decisiones de la corporación, me permito reiterar sucintamente las razones que, debidamente expuestas durante el curso del debate en la Sala Plena, me llevaron a apartarme del fallo adoptado en la sentencia C-396 de mayo 23 de 2007, por medio de la cual se declaró la exequibilidad del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), habida cuenta que la prohibición absoluta allí contenida ha debido excluirse del ordenamiento jurídico pues, según razonadamente considero, enerva la efectividad de la justicia material y la obligación estatal de establecer la verdad real.

Desde el preámbulo de nuestra Carta Política y particularmente en desarrollo de sus artículos 2, 29, 228, 229 y 250, se proclama asegurar a los titulares del poder soberano, entre otras cosas, la justicia. Para tal efecto, resulta imperativo que dentro de un marco jurídico se garantice un orden social justo, fin por el cual se promulgaron las normas que integran la Constitución, incluido el citado artículo 2º que señala que dentro de la finalidad esencial del Estado, además de servir a la comunidad, se encuentra el deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, al igual que la vigencia de ese orden justo, dentro de lo cual fulgura para toda persona el acceso a la administración de justicia, que debe ser debida, oportuna y acertadamente impartida, en el ámbito bajo estudio por los Jueces de la República en lo penal.

Bajo tales supuestos a todos los Jueces, no sólo a quienes materializan el *ius puniendi* del Estado, se les ha encomendado la dispendiosa e inexorable labor de i) buscar la verdad, ii) hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, y iii) procurar la defensa y eficacia de los derechos constitucionales.

De allí que en las diferentes áreas del derecho se les permita recabar pruebas de oficio cuando así lo consideren pertinente<sup>37</sup>, claro está, sin dar lugar al irrespeto o al desplazamiento de las labores probatorias emanadas del interés que le incumbe a las partes en conflicto en cada tipo de proceso. Luego, si en otras ramas del derecho es factible la actividad probatoria oficiosa, un contrasentido resulta que en el derecho penal, que debe ser más garantista por mediar un derecho fundamental como el de la libertad, se vete al Juez que desea y debe buscar la verdad, como forma de garantizar la justicia y los derechos fundamentales.

Reconózcase desde ya, por supuesto, que tal facultad debe ser excepcionalísima frente al sistema penal acusatorio implantado en Colombia, esto es, que sólo se use para superar aquellos aspectos que no permitan arribar a la verdad real trascendente, sin que pueda llegar a interferir o suplir la iniciativa de las partes y los intervinientes en procura de aporte y soporte de los supuestos básicos que deseen acreditar.

Con las aseveraciones hasta el momento expuestas refrendo, tal como en su debida oportunidad sustenté, que el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, al consagrar una prohibición absoluta para que el Juez de conocimiento decrete pruebas de oficio dentro del proceso penal, contraviene la Constitución, dado que ningún precepto de menor raigambre puede coartar, en términos que no den lugar a excepción alguna, esa obligación de esclarecer la realidad hasta donde sea posible, más allá de lo que los interesados quieran o puedan

demostrar, pues valores como la justicia y la verdad priman frente a la habilidad o a los recursos que estén al alcance o a la voluntad de las partes y los intervinientes.

Debe recordarse que en desarrollo de la potestad que tiene toda persona para acudir a un recurso efectivo, ante tribunales competentes, procurando obtener amparo frente a actos que atenten contra sus derechos fundamentales reconocidos en la preceptiva correspondiente<sup>38</sup>, en el ámbito internacional el “conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”<sup>39</sup> señala como principios generales el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación<sup>40</sup>, que deben observarse por los Estados mediante la adopción de procedimientos tendientes a la lucha contra la impunidad, entendida como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria”.

Además, se advierte que la impunidad surge cuando el autor de una violación a derechos reconocidos se mantiene ajeno a i) las investigaciones encaminadas a su inculpación, detención o procesamiento; o, ii) en el caso de ser reconocido como culpable, a una pena apropiada o a la indemnización del daño causado.

Así, ese principio prístino señala que la impunidad es una infracción de los deberes que tienen los Estados de investigar las violaciones, debiendo adoptar “medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones” (no está en negrilla en el texto original).

Para el adecuado cumplimiento de esas obligaciones referidas se consagró el “derecho a saber”, que reafirma la verdad como un derecho inalienable de los pueblos, para que a todos llegue el conocimiento cabal de lo acaecido, particularmente en cuanto guarde relación con crímenes “aberrantes”, lo cual proporciona “una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones” (principio 2º); un “deber de recordar”, que tiene su génesis al considerar que la historia de los pueblos forma parte de su patrimonio, resultando imperativo que el Estado la preserve y facilite su conocimiento (principio 3º); y un derecho imprescriptible de las víctimas y sus familias “a saber” las circunstancias en las que se cometieron esas violaciones (principio 4º).

A su vez, el principio 9º señala el derecho a la justicia como uno de los principios generales, el cual comporta como deber del Estado, en materia de administración de justicia, emprender “investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” 41. Igualmente, se consagra un derecho a la reparación tanto para las víctimas como para sus causahabientes en los casos de violaciones a derechos humanos, resultando un deber del Estado adelantar esa reparación, siendo posible el derecho a dirigirse contra el autor (principio 31).

Con inquebrantable respeto, estimo contradictorio que la Corte Constitucional, tratándose del sistema procesal penal con tendencia acusatoria implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, habiendo fungido siempre como guardiana de los derechos fundamentales del indiciado, de la víctima y de la sociedad, por ejemplo para brindar un reconocimiento pleno a los deberes constitucionales del Juez Penal, con aseveraciones como las empleadas en la sentencia C-591 de 200542 (“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; ya que, por una parte, el Juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima”), ahora se aparte de esos lineamientos para considerar que la norma demandada es exequible, supuestamente por cuanto el sistema impone inactividad o “neutralidad probatoria”, a pesar de encontrarse compelido el Juez, por normas constitucionales y trasnacionales, a buscar la verdad y la justicia material.

Basta referir como en el mismo fallo C-591 de 2005, esta corporación continúa:

“Cabe recordar, que 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.”

Entonces, tal como expuse ante el pleno de la corporación, si es obligación del Juez esclarecer la verdad en procura de la justicia material y la eficacia de los derechos fundamentales, tiene que estar facultado, así sea excepcionalmente, para decretar pruebas de oficio, con independencia o desconocimiento de si han de resultar útiles para la defensa o para la acusación, preservando siempre y con amplitud el derecho de contradicción y, en general, el debido proceso, para que todo concluya en la decisión justa, que también lo ha de ser para la sociedad y para la víctima, a la cual se le ha reconocido, dentro de ambos sistemas procesales penales (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004), al igual que en la Constitución Política colombiana y en el bloque de constitucionalidad, sus derechos a obtener una reparación integral, a conocer la verdad y acceder a la administración de justicia<sup>43</sup>.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha indicado que el derecho a la verdad no sólo radica en cabeza de la víctima de una conducta punible, pues tal potestad se extiende a sus familiares y a la sociedad. En ese sentido, en la sentencia C-370 de 2006, al estudiar la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz se estableció que el derecho a la verdad implica, i) el derecho de la víctima “a conocer la verdad de lo sucedido, a saber quienes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad”; ii) para los familiares de la víctima, “la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la

vida, el derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo"; y iii) para la sociedad, ese mismo derecho a la verdad se encamina a "la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos", aunado a que se debe guardar el interés público de la comunidad a que se investigue, se reconstruya la verdad y se sancione el delito en los eventos en los que sea procedente.

En igual sentido, en la sentencia C-454 de 200644 se reitera que ese derecho a la verdad es una garantía inalienable e imprescriptible que, de no ser atendida, afecta el derecho a la dignidad humana, como quiera que priva de información vital a una persona que participa dentro de un proceso como el penal, esto es, "el acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima".

De la misma forma, la Corte Constitucional ha determinado que el acceso a la justicia, naturalmente conlleva el derecho a que se haga justicia en cada caso concreto. Por lo tanto, implica que el Estado tiene el deber de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, a que las víctimas cuenten con un recurso judicial efectivo y a que en todos los juicios se observen las reglas del debido proceso<sup>45</sup>.

Ese derecho a la verdad y a la justicia, como valor fundamental que además conlleva el respeto a la dignidad humana, no cobija exclusivamente a la víctima, a su familia y a la sociedad, pues obviamente incluye en forma primigenia al sindicado, procesado, indiciado, imputado o acusado.

No puede olvidarse que en acatamiento de los principios rectores y las garantías de la Ley 906 de 2004, que cubren con prevalencia todas las actuaciones dentro del proceso, los Jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (artículo 5º) y la actuación procesal se debe desarrollar teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (artículo 10º), con la predominación del derecho sustancial que también impone la propia Carta Política (art. 228).

Por ende, todo impone y nada impide (salvo el culto a sistemas foráneos y el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, que sigo considerando inexecutable) que, excepcionalmente, el Juez, quien, como también se reconoce en la propia sentencia que da lugar a este salvamento, no es un simple árbitro y está obligado a buscar la verdad, pueda y deba, dentro del particular sistema acusatorio que parcialmente rige en el país, decretar pruebas de oficio, en el entendido de que para su acopio se mantengan incólumes los principios probatorios de pertinencia, publicidad, contradicción e inmediación (artículo 375, 377, 378 y 379 L. 906 de 2004).

Entonces, según los lineamientos jurisprudenciales referidos, donde esta Corte ha mantenido su rigurosa preservación de las garantías fundamentales, no es razonable que se mantenga el veto al Juez para buscar la verdad, máxime cuando en el mismo fallo del cual me aparto se aceptó que "desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal 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 penal”.

Pese a las razones de orden constitucional que se han expuesto en la presente disertación, según las cuales la prohibición del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, al someter la labor del Juez en el cumplimiento de sus deberes superiores, que le obligan a encontrar la verdad, independientemente de a quien pueda ésta afectar, la posición mayoritaria de la Sala Plena consideró que una iniciativa probatoria de carácter oficioso afecta la imparcialidad. Me debo apartar de tal apreciación, pues además de las garantías fundamentales que se ven truncadas con esa prohibición, la imparcialidad de un Juez no tiene porque menoscabarse cuando decreta pruebas de oficio.

Como fue referido con antelación, para alcanzar el debido esclarecimiento de los hechos, en los demás procesos (civil, laboral, contencioso administrativo, disciplinario y constitucional en tres de sus más preciadas manifestaciones) se dispone que el Juez decrete y practique pruebas de oficio, lo cual en nada implica que se sacrifique su neutralidad pues, por el contrario, la procuración de la verdad es el camino para que la decisión sea imparcial, certera y justa.

Cuando se decreta y practica una prueba de oficio, se mantiene i) la legalidad pues es allegada dentro de un proceso y ante un Juez; ii) la publicidad al ser incorporada ante todos los que deban y quieran asistir, dentro de un juicio oral; y, iii) la contradicción, en la medida en que nada disminuya ni coarte la facultad de controvertir los elementos de comprobación, que siempre podrán ser debatidos en la audiencia pública, provenga de quien proviniera la iniciativa.

Los doctrinantes han refrendado que el Juez “no ha sido creado solamente para aplicar leyes, recordar normas, leer jurisprudencia y hacer remembranza de los principios generales del derecho. Ha sido concebido constitucionalmente para ‘administrar justicia’, o sea, como decíamos hace poco, para acabar la incertidumbre, para lograr la paz pública... no se puede aceptar que un Juez que alberga dudas que no puede eliminar, durante el debate final se abstenga de ordenar la práctica de pruebas porque aparentemente la gramática de un artículo del Código de Procedimiento Penal se lo prohíbe. Si ese Juez obra así, es claro que realmente no cumple con la Constitución, no protege derechos, no zanja el problema, y no se orienta hacia la paz pública”<sup>46</sup>. Si para lograr la verdad “es menester utilizar como instrumento la orden y práctica de pruebas de oficio por parte del Juez, simplemente se cumple con la misión de la administración de justicia”<sup>47</sup>.

Además, así como existen áreas del derecho donde la iniciativa probatoria del Juez tiene plena cabida, justificación y aceptación, sin que ello conlleve un derrocamiento de su imparcialidad, también existen países, no sólo de habla hispana, donde pese a tener un sistema procesal penal acusatorio se admite y requiere la prueba de procedencia oficiosa, *verbi gratia*, Holanda, Francia, Alemania, Ecuador, Italia, Portugal, España, Venezuela y Argentina<sup>48</sup>, los cinco últimos citados en la página 29 del fallo que motiva este salvamento de voto.

Acorde con lo dispuesto en los artículos 728 y 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de

España, igualmente transcritos allí, el Tribunal Supremo español en decisión de marzo 9 de 2005 admitió que no se afecta el principio acusatorio ni el deber de imparcialidad judicial cuando la actividad probatoria del Juez versa sobre i) los hechos discutidos dentro del proceso, ii) las fuentes probatorias que en él militan; y, iii) se garantice el derecho de defensa de las partes<sup>49</sup>. A su vez, en pronunciamientos de junio 16 de 2004 y de mayo 5 de 2006 de esa corporación, se acepta la denominada “prueba sobre prueba”, es decir, aquélla encaminada no a probar hechos favorables o desfavorables para las partes, sino a verificar la existencia de los mismos, situación considerada como “neutral y respetuosa con el principio acusatorio”<sup>50</sup>.

Igualmente, el Tribunal Constitucional español (sentencias 188/2000, 130/2002, 229/2003 y 334 de 2005)<sup>51</sup> admite la iniciativa probatoria del Juez siempre que no constituya una actividad inquisitiva encubierta, ni una toma de partido por parte del Juez. Contrario sensu, comporta una facultad excepcional que “sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia (art. 117.3 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 741.3 C.E)”<sup>52</sup>.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia también se ha pronunciado sobre este asunto<sup>53</sup>:

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

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

Es que el esclarecimiento de la verdad, la garantía de los derechos fundamentales del acusado y de la víctima, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, no pueden dejarse al albur de la capacidad de convicción y de manejo, a veces histriónico, de la prueba y de los recursos para acopiarla, incorporarla y realzarla o rebatirla, según convenga a la causa que se represente, lo que podría provocar juzgamientos penales elitistas por el nivel de destreza y artilugios de la defensa que se pueda contratar, o la mayor o menor acuciosidad, idoneidad y específica experiencia del Fiscal, frente a un Juez a quien la ley arrastre a ser indiferente o remolón, para quien lo mismo es la verdad que la apariencia que le hayan presentado y tenga que abstraerse en una indolencia que no le puede ser propia, así calladamente deplora porqué no fue pedida y verificada tal o cual prueba, que en su fuero interno estime que podría haber sido definitiva, en cualquier sentido.

No se trata de que el Juez en la audiencia preparatoria, al decretar “la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran

prueba, de acuerdo con las reglas de la pertinencia y admisibilidad” y las que excepcionalmente solicite el Ministerio Público<sup>54</sup>, incluya las que a bien tenga, sino que realizado el juicio oral y con suficiencia de tiempo y análisis para dar lugar al debido ejercicio de contradicción, aún con pruebas adicionales que le soliciten, disponga las que surjan de las practicadas, las “pruebas de las pruebas” y la (s) que pueda (n) conducirle a imponer condena, atenuar ésta o absolver, pues la falta de tal medio de demostración podría estarle impidiendo comprobar, por ejemplo, una causal de ausencia de responsabilidad, que le sacaría del errado “conocimiento más allá de toda duda” que haya podido emerger de una defensa mal enfocada.

Tal como expuse en Sala Plena, siguiendo la doctrina citada, con la excepcional iniciativa probatoria del Juez penal no se afecta su imparcialidad, en cuanto procure i) comprobar con certeza hechos discutidos en el proceso, no diferentes a los que reposan en la imputación, independientemente de que resulten favorables a la teoría del caso de la Fiscalía, de la defensa o a los intereses de la víctima, lo cual el Juez no puede saber por anticipado; ii) no se convierte el Juez en otro acusador, pues se respeta la función de la Fiscalía y la carga probatoria que le compete para desvirtuar la presunción de inocencia; iii) prima como garantía constitucional para la sociedad, el imputado y la víctima, el acceso a la justicia, mediante una decisión basada en la verdad real; y, iv) se asegura el derecho de contradicción por ser practicadas las pruebas en el juicio, lo que no elimina la participación de las partes en su práctica y su derecho a controvertirlas, dando eficacia a la justicia material.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones de mi respetuoso disenso con la decisión mayoritaria de la Sala Plena, proferida mediante la sentencia C-396 de mayo 23 de 2007, de acuerdo con la cual se declaró la exequibilidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

Fecha ut supra,

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

2 Sentencia C-1052 de 2001.

3 En Sentencia C-362 de 2001, la Corte concluyó que no existían cargos porque los argumentos dirigidos a reprochar la disposición partían de proposiciones que no se derivaban de la norma acusada.

4 Mediante Sentencia C-504 de 1995, la Corte concluyó que la disposición acusada no correspondía a la realmente consagrada por el legislador.

5 Sentencia C-1052 de 2001

6 Puede verse la Sentencia C-269 de 1995.

7 Sentencias C-090 de 1996, C-357 de 1997, C, 374 de 1997, C-012 de 2000 y C-040 de 2000.

8 Sentencia C-504 de 1993.

9 Sentencia C-1037 de 2002.

10 Entre muchas otras, pueden verse las sentencias C-695 de 2002, C-04 de 2003, C-871 de 2003, C-575 de 2006, C-370 de 2006 y C-454 de 2006.

11 R. Mattarollo, "Amnistías e indultos recientes a la luz del derecho internacional", en Procesos de impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina, 1989-1991, Bogotá, 1991, p. 404.

12 Sentencia C-872 de 2003.

13 Debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que el objeto de la intervención de la víctima en el proceso penal no sólo es la búsqueda de la reparación integral sino también de la justicia y la verdad: sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, C-228 de 2002, C-004 de 2003 y C-014 de 2004.

14 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Página 45.

15 Al respecto, pueden consultarse los profesores italianos de la corriente racional empírica, tales como Goldschmidt, Baldwin y Langbein, en los principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez. José Antonio Díaz Cabiale. Editorial Comares. Granada. 1996.

16 Por ejemplo, Antonio María Lorca Navarrete en Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1986, páginas 203 y siguientes, afirma que "en el proceso penal se busca la investigación de toda la verdad y no solamente la verdad formal".

17 Claus Roxin afirma que probar " es convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho". Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Página 185. Igualmente, Chistian Salas Beteta, en un artículo publicado en Internet a propósito de la reforma procesal penal peruana "La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal" dice que "la prueba no pretende arribar a la verdad sino sólo crear certeza (convencimiento) en el Juez. El fin de la prueba es, pues, dejarle al Juez el convencimiento o la certeza de los hechos, que, a su vez, es la creencia de conocer la verdad o de que el conocimiento se ajusta a la realidad, lo que le permitirá adoptar su decisión. La justicia humana no puede aspirar a más, la infalibilidad es una utopía".

18 Foucault, Michel. La Verdad y las Formas Jurídicas. Editorial Gedisa. Barcelona. 1980. Página 17

19 Ferrajoli, Luigi. Epistemología Jurídica y Garantismo. Distribuciones Fontamara. S.A. México. Primera reimpresión. 2006. Página 233.

20 Volk, Klaus. Los Principios del Proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y

perspectivas. Artículo publicado en Constitución y Sistema Acusatorio. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Septiembre de 2005. Página 207.

21Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Página 190.

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

23 Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

24 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Página 567.

25 Ídem, página 611

26 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”.

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

29 Recuérdese que Montesquieu decía que los jueces sólo son “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. Del Espíritu de las Leyes. Traducción de Nicolás Estévez. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1971. Páginas 187 y siguientes.

30 Entre otras, pueden verse las sentencias 145 del 12 de julio de 1988 y 52 del 26 de febrero de 2001.

31 Sentencia del 17 de junio de 2003. Asunto: Pescador Valero Vs. España

32Picó Junio, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial José María Bosch Editor. Barcelona. 1997. Páginas 135 y siguientes.

33 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Página 582.

34 Según la Corte Constitucional, “uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, ‘que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación’<sup>34</sup>.” (Sentencia C-591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández) En el mismo sentido, Sentencia T-110 de 2005 M.P Humberto Sierra Porto

35 Sentencia C-1194 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

36 Sentencia C-210 de 2007. En el mismo sentido, sentencias C-591 de 2005 y C-873 de 2003, entre otras.

37 En el Código de Procedimiento Civil, el artículo 179 establece: “Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.” A continuación, el artículo 180 instituye: “Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el Juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso.”

A su vez, el artículo 54 del Código de Procedimiento Laboral determina: “Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquéllas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.”

Igualmente, el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 37 del Decreto 2304 de 1989) dispone: “En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podría decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista. Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.”

En igual sentido, el artículo 128 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), consagra: “Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa.”

Como también es natural, debe así mismo acudir a la práctica oficiosa de pruebas en las acciones constitucionales de tutela (arts. 21 D. 2591 de 1991 y 57 del Acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional), de habeas corpus (art. 5° L. 1095 de 2006) y pública de inconstitucionalidad (arts. 10° D. 2067 de 1991 y 56 del Acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional).

38 Derecho reconocido en el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de diciembre 10 de 1948; y en el artículo 2° numeral 3° literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en la Resolución 2200 A (XXI) de diciembre 16 de 1966, vigente para Colombia desde marzo 23 de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

39 Cfr. “Anexo al informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad. E/CN. 4/2005/102, 18 de febrero de 2005”, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. En: Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Sexta edición actualizada, 2005, págs. 140 a 153.

40 Igualmente, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó con la Resolución 2005/35 de abril 19 de 2005, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, en la cual se consagra a favor de las víctimas (artículo 11º) los derechos a obtener i) el acceso igual y efectivo a la justicia; ii) la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y, iii) el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación (págs. 154 a 161 ib.).

41 No está en negrilla en el texto original.

42 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, ninguno de los apartes citados está en negrilla en el texto original.

43 En la sentencia C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, se reafirmó que “tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.” (No está en negrilla en el texto original.)

44 M.P. Jaime Córdoba Triviño, lo transcrito no está en negrilla en el texto original.

45 C-454 de 2006, antes citada.

46 PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El Juez penal, juicio oral y pruebas de oficio. En estudios sobre el sistema penal acusatorio. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, págs. 29 y 30.

47 Ib., pág. 35.

48 JUNOY, Joan Picó I. La iniciativa probatoria del Juez penal y el principio acusatorio - Un estudio desde el derecho comparado. En XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2006, págs. 512 a 516. Como expuse y cité en Sala, la lectura completa del citado texto de este calificado autor catalán es ampliamente ilustrativa y supera con creces cualquier inquietud en torno al supuesto quebrantamiento del carácter acusatorio del sistema o de la imparcialidad del Juez que oficiosamente deba decretar el allegamiento de pruebas.

49 JUNOY..., ob. cit., pág. 519.

50 JUNOY..., ib.

51 JUNOY..., ob. cit. págs. 521 a 525.

52 Sentencia 188/2000. Cf. JUNOY..., ob. cit., pág. 521, no está en negrilla en el texto original.

53 Sentencia de marzo 30 de 2006, rad. 24.468, M. P. Edgar Lombana Trujillo, no está en negrilla en el texto original.

54 Art. 357 L. 906 de 2004, que debe observarse también a la luz de lo dispuesto en la sentencia C-454 de junio 7 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.