

**LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS LIMITACIONES TRAS
LA INCLUSIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO – LEY
906 DE 2004**

**MARILYN ANDREA SARMIENTO SERNA
CRISTIAN SANTAMARIA CLAVIJO**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ
2015**

**LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS LIMITACIONES TRAS
LA INCLUSIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO – LEY
906 DE 2004**

MARILYN ANDREA SARMIENTO SERNA

CRISTIAN SANTAMARIA CLAVIJO

Monografía para optar por el título de

ABOGADO

Director

Jorge Isaac Gallego Castrillón

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS

PROGRAMA DE DERECHO

TULUÁ

2015

Nota de Aceptación

Presidente de Jurado

Jurado

Jurado

Jurado

Tuluá, Octubre de 2015.

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

En primera medida doy gracias a Dios por darme el impulso que necesité en el transcurso de esta batalla para salir vencedora de todos y cada uno de los tropiezos que tuve que afrontar para alcanzar mi anhelada meta. A mi familia compuesta por mis padres Margarita y Sabas, a mi hermano Santiago, a mis abuelas Ruth e Isabel, a mis tíos Janeth, Howell y Antonio, y a mi novio Ricardo, mi más sincero agradecimiento por apoyarme aun cuando sentía que las fuerzas eran pocas, pero con su amor me instruyeron para creer que mis capacidades son muchas y mis ganas por triunfar son inquebrantables.

No puedo dejar de mencionar a dos seres maravillosos, que aunque desde el cielo me cuidaron, nunca dudaron en vida que iba a lograr ser una profesional del Derecho, propósito que hoy veo un poco más cerca realizado, mis tías Hilda (Q.E.P.D) y Cesarina (Q.E.P.D) a quienes recuerdo y amo infinitamente.

Finalmente agradezco a Mi Alma Mater por permitirme ser una integrante más, pues me siento orgullosa de haber recibido tanto conocimiento jurídico y humanístico que hoy por hoy pongo en práctica, también a mis docentes Dr. Oscar Naín Borja por cultivar en mí la enseñanza del Derecho, al Dr. Luis Alberto Peralta por inculcar en mí el amor por el Derecho Penal, al Dr. Oscar Valero por transmitirme su exquisito conocimiento del Derecho Administrativo, y al Dr. Olmedo Gómez Trujillo por impartirme su amplio bagaje jurídico en las múltiples asignaturas que me enseñó; a todos gracias, por que más que personas que dejaron una huella imborrable en mi corazón, son mi ejemplo para alcanzar día a día la perfección.

MARILYN ANDREA SARMIENTO SERNA

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Hace poco más de 6 años y gracias a Dios tomé la menor decisión, estudiar derecho, una carrera que no ha sido fácil, pero que me la he disfrutado cada segundo, que me permitió conocer excelentes personas y dar lo mejor de mí, quiero agradecer principalmente a los mejores padres que la vida me pudo dar: Omar y Fanny, su apoyo y orgullo para conmigo me da fuerzas para superar los obstáculos que me plantea la vida.

A mi hermana Paula, a mis sobrinas Daniela y Valeria que quiero que vean en mí un ejemplo a seguir, a mi novia Yessica que ha creído en mis capacidades, a Francisco, Carlos Nidia, Zenaida, demás familiares, amigos y compañeros que son tantos que no puedo mencionarlos, los llevo en mi corazón, espero nunca defraudarlos, y que sigan recorriendo la vida a mi lado, por el camino que Dios nos tiene.

A mi universidad, a mis profesores y maestros, especialmente a quienes me hicieron ver la academia como una necesidad, como parte de mi vida, y me permitieron descubrir capacidades que yo desconocía, me refiero a los doctores Jairo Libreros y María Patricia Balanta, pero también a: Ciro Morán, Raul Victoria, Carlota Jaramillo y todos los demás que han contribuido con mi formación. Por último y lo más importante agradezco a Dios, que ha sido misericordioso conmigo, que me ama como su hijo que soy, y que sé que caminando de su mano alcanzaré todas mis metas, contribuyendo a la Justicia y hacer de éste un mejor país.

CRISTIAN SANTAMARIA CLAVIJO

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL ORIGEN DEL DERECHO A LA PRUEBA Y SU TENDENCIA ACTUAL	
1.1 La prueba en el Código de Procedimiento Penal Colombiano – Ley 600 de 2000, y en el Código de Procedimiento Penal Acusatorio Colombiano – Ley 906 de 2004.	3
1.2 El derecho a la prueba y su tendencia actual.	10
1.3 La carga dinámica de la prueba, la presunción de inocencia e indubio pro reo.	14
CAPÍTULO II. LOS FINES DEL PROCESO PENAL Y LAS LIMITACIONES PARA ALCANZARLOS	
2.1 El Sistema Procesal Penal adoptado en Colombia.	20
2.2 El Sistema Adversarial y sus efectos en el desarrollo del Proceso Penal.	24
2.3 La prueba de oficio y los fines del Proceso Penal.	28
CAPÍTULO III. LAS VÍCTIMAS EN LA LEY 906 DE 2004	
3.1 El derecho a la verdad en el Proceso Penal.	33
3.2 El papel de las víctimas en el Proceso Penal Colombiano y sus limitaciones.	37
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	46
ANEXOS	49

INTRODUCCIÓN

Desde las sociedades antiguas, se ha buscado la realización de la tutela judicial efectiva como valor supremo, lo anterior, a partir de elementos que permitan demostrar ante los administradores de justicia la existencia del derecho que se reclama, siendo esa la finalidad de la prueba. En materia penal, para que se profiera sentencia condenatoria, se requiere de pruebas convincentes que permitan alcanzar certeza, lo anterior, porque a partir del principio del *Indubio Pro Reo* toda duda se resolverá en favor del sujeto pasivo de la acción penal.

En Colombia, el proceso penal en materia probatoria ha sufrido cambios, desde la concepción que se traía con la ley 600 de 2000, hasta la expedición de la Ley 906 de 2004, donde se destaca la prohibición de las pruebas de oficio, a partir de un esquema de confrontación acusatorio, constituyéndose así, un espacio de confrontación entre su teleología y su práctica probatoria, que alejan principalmente la posibilidad de alcanzar la verdad como fin del proceso penal, a partir de limitantes que se evidenciaran en el curso de esta investigación.

Aunque con la expedición del acto legislativo número 03 del año 2002, se propendió por reivindicar el papel de la víctima en el proceso penal colombiano, los esfuerzos del legislador no se muestran suficientes para que estas alcancen sentimientos de justicia material, a partir de la verdad, pues encuentra limitaciones en la etapa del juicio oral, que no le permiten participar de la dinámica propia del proceso, máxime que como luego se evidenciará, hoy el juez se encuentra maniatado para brindarle a la víctimas, la verdad y la justicia que reclaman.

Esta investigación asumió una perspectiva cualitativa, donde la principal técnica fue el análisis de jurisprudencia y doctrina, y se desarrollaron una serie de entrevistas semiestructuradas con la participación de los jueces penales de conocimiento de los circuitos de las ciudades de Buga y Tuluá. Un primer momento, estudió el origen

del derecho a la prueba y su tendencia actual, a partir de los cambios probatorios presentados con la expedición de la ley 906 de 2004; luego, se analizaron las constantes limitaciones a que se ve sometida la sociedad, para el ejercicio del derecho a la prueba en el proceso penal colombiano; y finalmente, se explica dicha limitación respecto de las víctimas, ante la expedición del nuevo Código Procesal Penal.

CAPÍTULO I

EL ORIGEN DEL DERECHO A LA PRUEBA Y SU TENDENCIA ACTUAL

1.1 La prueba en el Código de Procedimiento Penal Colombiano - Ley 600 de 2000 y en el Código de Procedimiento Penal Acusatorio Colombiano - Ley 906 de 2004

Es indudable que el acto legislativo 03 de diciembre 19 de 2002 y emanado del Congreso de la República le dio al proceso penal colombiano un cambio importantísimo, pues del sistema de tendencia mixto – inquisitivo (reservado y escrito) y acusatorio (público) - como lo es el de la ley 600 de julio 24 de 2000 – y decimos -lo es- porque aún esta normatividad procedimental penal se encuentra vigente para los hechos punibles perpetrados en el distrito Judicial de Buga antes del 1º de enero de 2006-, se pasó al sistema procesal penal acusatorio, es decir, a un sistema oral y público, siendo esta la tendencia actual del derecho a la prueba en el campo penal.

Desde el punto de vista Constitucional el origen del derecho a la prueba en ambos sistemas se basa en el artículo 29 que consagra el debido proceso, que es un Derecho Fundamental, principio dentro del cual se encuentra el contenido sustancial de que quien sea objeto de un proceso penal ya sea como sindicado o imputado tiene derecho a: “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (...)”¹

Acorde con lo anterior, la prueba en el Código de Procedimiento Penal de la ley 600 del 24 de julio de 2000, encuentra su necesidad de ser en el artículo 232 al contemplarse en el mismo que “toda providencia debe fundarse en pruebas legal,

¹ Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 29.

regular y oportunamente allegadas a la actuación”² y que “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”³.

En cuanto a que la prueba sea –legal- quiere decir que es el mismo Código el que señala o consigna cuáles son las pruebas y los medios probatorios que deben recaudarse y practicarse, es decir, que una prueba es legal cuando está consignada como tal en el mismo; que esa prueba legal es –regular- cuando se haya recaudado y practicado conforme a los parámetros, requisitos o ritos indicados para ella; y -oportuna- pues que esa prueba legal y regularmente aportada o allegada a la actuación, se haya recaudado y practicado dentro de los términos indicados en él. Este punto, bien lo destaca el tratadista de derecho Penal, Jorge Arenas Salazar que expresa que:

Se entiende por prueba legal la que se obtiene conforme a las leyes que regulan su petición, ordenamiento, producción, obtención, incorporación y aducción. Esta noción de legalidad tiene su opuesta en las ilegales, que son las que han violado su régimen regulador legal. Si la prueba es ilegal, no puede servir de fundamento a decisiones judiciales en ningún caso y bajo ningún pretexto. Hacerlo es introducir corrupción al proceso. Es dar al traste con el caro principio de legalidad del proceso y de la prueba.⁴

Agregando también, que prueba regular y oportunamente allegada a la actuación quiere decir que:

La noción de regularidad versa sobre la circunstancia de aportarse la prueba por las vías o conductos regulares, es decir, con respeto por las ritualidades y formalidades legales de todos los intervinientes en el proceso. La noción de oportunidad significa

² Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000, Julio 24 de 2000, Artículo 232.

³ *Ibíd.*

⁴ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales, Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, D. C. 1.996, Pág. 596, 597 y 599.

que la prueba debe aportarse al proceso previamente al momento en que precluye el término indicado para tal fin.⁵

Es que en este Código existen tres etapas: una que se denomina previa o preliminar; otra que es la de instrucción o proceso penal propiamente dicho; estas dos etapas son de esencia sumarial, es decir, reservadas, excepto para el abogado del imputado que en la primera rindió versión libre o espontánea, y para el abogado; para las autoridades competentes para conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios; o para el recurso de queja; y para quienes legalmente intervienen en el proceso o que son parte del mismo como la Fiscalía General de la nación, Ministerio Público, sindicado, defensor, parte civil, tercero incidental y tercero civilmente responsable. La etapa antes mencionada, va hasta la ejecutoria o firmeza de la Resolución de Acusación que es cuando se da paso al juicio público, es decir, a la etapa de juzgamiento que la adelanta el juez competente; en esta etapa el juez respectivo puede decretar la práctica de pruebas de oficio.

En esta normatividad, tenemos como medios de conocimiento los elementos probatorios y como medios de prueba la inspección judicial, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio; sin embargo el funcionario judicial practicará las pruebas no incluidas en las anteriores pero “de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales”⁶; tales pruebas serían, por ejemplo: el careo que “podría tener lugar cuando los testigos entre sí, los procesados o acusados entre sí, o aquellos con estos hicieren afirmaciones ostensiblemente discordantes acerca de algún hecho o circunstancia esencial y trascendente que interese a la investigación (...)”⁷.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000, Julio 24 de 2000, Artículo 233.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Noviembre 9 de 2006. Rad.23775. M.P., Javier Zapata Ortiz.

En este Código de Procedimiento Penal, la parte civil – hoy víctima del delito- puede, previa demanda, constituirse en parte de tal naturaleza, incluso, desde cualquier momento de la investigación previa o de instrucción y una vez satisfecho este requisito, la víctima:

Quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia de la conducta investigada, la identidad de los autores o partícipes, su responsabilidad, y la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados. Podrá igualmente denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro, e interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este artículo⁸.

En el caso de que la persona perjudicada con el delito no sea abogada, debe entonces, y para constituirse en parte civil, otorgarle poder a un profesional del derecho, en los términos de los artículos 47 y 48 de la citada ley, destacándose los anteriores, como los medios idóneos a través del cual la víctima puede, en la ley 600 participar del curso del proceso penal.

Ahora, en el Código de Procedimiento Penal Acusatorio o Ley 906 de Agosto 31 de 2004 que es, tal y como se ha esbozado en párrafos anteriores, la gran novedad del acto legislativo 03 de diciembre 19 de 2002, encontramos que las pruebas, y según el artículo 372, “tiene por fin llevar a conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe”⁹.

Lo anterior, porque las pruebas en este sistema procesal penal son necesarias, no solo para crear en el juez la convicción de que los hechos delictuosos sí existieron, si no también, de que esos hechos punibles fueron cometidos con dolo, culpa o preterintención, y en calidad de autor o partícipe, por el acusado; y ese convencimiento lo debe obtener el juez de conocimiento en la etapa del juicio que es en la que se practican todas las pruebas solicitadas por el respectivo fiscal y

⁸ Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000, Julio 24 de 2000, Artículo 50.

⁹ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Artículo 372.

defensor en una audiencia denominada preparatoria; y es que desde la misma audiencia de formulación de acusación, el fiscal y el defensor pueden solicitar el descubrimiento recíproco de elementos materiales probatorios y evidencia física y el juez de conocimiento, no solamente autoriza ese descubrimiento, sino que también lo ordena.

Este descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física debe quedar completo en el desarrollo de la audiencia preparatoria en el curso de la cual la fiscalía y la defensa solicitan las pruebas que necesitan para hacer valer sus pretensiones; en esta audiencia y de manera excepcional y agotadas las solicitudes probatorias de la Fiscalía y de la defensa, el Ministerio Público, si es que se encuentra presente, también podrá solicitar la práctica de una prueba que no fue pedida por éstos y que es de esencia influyente en los resultados del juicio y de la cual él tiene pleno conocimiento¹⁰.

De otra parte, la convicción que sobre la existencia y materialización del hecho punible y de la responsabilidad que como autor o partícipe le cabe al acusado, debe ser clara y diáfana, sin asomo de ninguna duda razonable, es decir, de una duda basada en fundamentos probatorios, pues si sobre esa existencia y materialización del hecho punible o de la responsabilidad del acusado cae la circunstancia en mención, se presentará entonces la figura jurídica del *In Dubio Pro Reo* ante la cual habrá que declarar al acusado INOCENTE, aspecto sobre el cual esta investigación ahondará en líneas posteriores.

En este sistema procesal penal la actuación de la víctima debe canalizarse a través de la Fiscalía¹¹. En esta ley también existen las etapas de indagación, investigación y juicio; la indagación llega hasta el momento en que la fiscalía decide vincular a una persona mediante la imputación de cargos, audiencia esta que se lleva ante un juez de control de garantías; con esta imputación de cargos comienza la etapa de

¹⁰ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Artículo 357.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Auto del 6 de Marzo de 2013. Rad.40330. M.P., Julio Enrique Socha Salamanca.

investigación la cual culmina con la formulación de acusación o con la formulación de preclusión, evento en el cual se archiva todo lo actuado previo el trámite a los recursos legales; el escrito de una u otra decisión se presenta ante el juez competente o de conocimiento y si la misma es la formulación de acusación , pues previo señalamiento de hora y fecha por parte del juez se celebrará la audiencia para la formulación de la misma, dándose así inicio a la etapa de juicio.

Tanto la indagación como la investigación y juicio son de característica oral y pública con algunas decisiones reservadas como lo serían, por ejemplo: las órdenes de captura; o los allanamientos y registros a inmuebles, diligencias en las cuales debe mediar la intervención del juez de garantías con el fin de que no se vayan a violar o poner en riesgo los derechos fundamentales de las personas.

Para condenarse a un acusado en el sistema procesal penal de la ley 906 del 31 de agosto de 2004 se requiere -el conocimiento más allá de toda duda-, iteramos, “acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado fundado en las pruebas debatidas en el juicio”¹², y “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”¹³; ese conocimiento se puede llevar a través de medios como “la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”¹⁴.

Como podemos observar en el listado anterior no aparece el medio probatorio del indicio; empero, ello no quiere decir que este haya desaparecido como prueba en este sistema procedimental penal, pues el mismo se encuentra implícito en –o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico- según pronunciamiento de la misma Corte Suprema de Justicia¹⁵.

¹² Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Artículo 381.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Artículo 382.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad.24468. M.P., Edgar Lombana Trujillo.

En este sistema “toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357”¹⁶ y que hace alusión a la oportunidad que tiene el Ministerio Público de solicitar la práctica de alguna prueba y que ya hemos consignado o referenciado en acápite anteriores; y esa prueba solicitada por este servidor estatal “se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”¹⁷.

Así mismo, en este procedimiento penal al juez de conocimiento o competente le está prohibido decretar la práctica de prueba de oficio y así lo consagra el artículo 361; sin embargo hay una excepción a esta prohibición y es cuando: “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”¹⁸. En todo caso, la prohibición de decretar y practicar pruebas de oficio, no aplica para el juez de control de garantías¹⁹, presentándose así una limitante en cuanto a este derecho fundamental para el aludido funcionario judicial, como luego se expondrá. Finalmente, vale la pena recordar que “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto”²⁰ Y “los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo”²¹.

Por consiguiente, teniendo claro el esquema procesal y probatorio del sistema penal colombiano, resulta oportuno analizar la tendencia del derecho a la prueba desde sus generalidades a punto de considerársele hoy como un derecho fundamental, aspecto que se desarrollará en las siguientes líneas.

¹⁶ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Artículo 374.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Marzo 30 de 2006. Op. Cit. 14

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C 396 del 23 de Mayo de 2007 M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Artículo 380.

²¹ *Ibíd.*

1.2 El derecho a la prueba y su tendencia actual

Nuestra Constitución Política de 1991 ha justificado la inclusión de un derecho al cual puede acceder cualquier persona, que para un caso particular tratándose de un sindicado, de presentar y controvertir las pruebas que sean allegadas en su contra, cuando el fin de éstas recaiga en la oposición sobre sus pretensiones. Es el artículo 29 de esta máxima normativa la encargada de abordar esta situación, pues como bien lo resalta, manifiesta que: "(...) Quien sea sindicado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra". Es así, como la Prueba viene a ser más que un derecho consignado en la Carta Política, pues se convierte en uno de carácter fundamental y justiciable mediante la Acción de tutela, porque toda persona la tendrá para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares²².

Es bien sabido que toda prueba empleada en el transcurso de un proceso de cualquier naturaleza, mantiene implícita la esencia de demostrar con instrumentos la veracidad de una serie de hechos que pretenden ser favorables para quien se le atribuye la responsabilidad, esto de acuerdo a la parte procesal que la solicite y que encuentre en dicha prueba la manera de salir victoriosa en la confrontación. Así es como se le reconoce el carácter de prueba judicial a los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos²³, y

²² Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2591 del 19 de Noviembre de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Artículo 1.

²³ RUIZ, Luis Bernardo. El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad de Antioquia. Disponible en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2552>. Consultado el día 16 de Julio de 2015 a las 10:50 AM.

con ello es que se observa el valor intrínseco y su necesidad por emplearla, pues es el instrumento de defensa mejor estructurado con el cual se pretenderá formar en el juez un convencimiento que lo conduzca a tomar sus decisiones, con base a lo debidamente probado en el juicio que se adelante.

Con respecto a la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal, está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas²⁴. El juez como director del proceso deberá en todo momento propender para que no se desvanezca la utilidad práctica para la cual fue llamada la prueba como el medio para acceder a la verdad, la justicia y la reparación; elementos que se conjugan para confrontar los juicios venideros de la parte adversaria quien ataca con otros medios de prueba eficaces frente a los ojos del juez, pero mortíferas para su atacante, pues como en todo litigio, se hace más que recurrente encontrar una parte vencida y otra vencedora, dado a que el lente vigilante de un funcionario imparcial y honesto estará solo enfocado en determinar a quién otorgarle la verdad y a quien reprochar.

La situación anterior está supeditada a entender a grandes rasgos lo siguiente: el juez en nuestro actual sistema penal acusatorio es un convidado de piedra sujeto a cumplir con una serie de parámetros que nuestra legislación le impone, y que frente a ello no hay recriminación, porque está cumpliendo con una normatividad vinculante y fríamente desentonada con los planteamientos de muchos tratadistas opositores del actual procedimiento penal, pero aun así se vislumbra la falta de interés y compromiso por querer cumplir con uno de los fines que tiene el Estado y que para lo cual se ven trazados en nuestra Constitución: “son fines esenciales del

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 453 del 2 de Mayo de 2005. M.P., Manuel José Cepeda Espinosa.

Estado: (...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”²⁵ Por ello, destiñe andar aplicando disposiciones no muy concordantes con esta máxima ordenanza, pues tratando a la prueba como un derecho fundamental, recae en el mismo Estado proporcionarle el valor que merece, en manos de quien le sea más fácil proporcionarla con el único fin de lograr la justicia que Colombia tanto necesita.

Anterior a la ley que contempla el rito procesal penal Colombiano vigente, la fundamentalidad del derecho a la prueba concordaba con lo escriturado en la Carta Política de 1991, donde el juzgador aplicaba el debido proceso en cada actuación de la cual hacía parte, sin dejar de observar el fin para el cual era llamada su intervención en el litigio que le correspondía asumir, pues decretando pruebas de oficio permitía acercarse un poco más a la oscura y hoy temible “verdad” a la que hoy en día muy pocos han logrado acceder, pues como un ser supremo y temible no le era difícil ni desconocido sumergirse en sus aguas, pues no había escapatoria para quien pretendiera burlar dicho sistema.

Ahora, 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 constitucionalidad²⁶. Es de resaltar que el papel de las víctimas resulta actualmente preponderante frente a las

²⁵ Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 2.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 591 del 9 de Junio de 2005. M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

disposiciones que aún se conservan en la normatividad procesal penal acusatoria²⁷, como se señalará en el capítulo final de esta investigación.

Conforme a lo anterior, cada postulado encuentra su razón de ser en las normas de carácter internacional que son vinculantes y adoptadas en nuestro estado, pues en ellas encontramos condensadas los principios reguladores de las conductas sociales propiamente esperadas, y que se hacen efectivas con la exigencia del cabal cumplimiento de cada una de ellas al reconocer que:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil²⁸.

Así las cosas, a la víctima no solo le fue suficiente ser oída y escuchada en público, sino que también se le atribuyó la posibilidad de aportar pruebas, generando gran valor procesal su intervención, concibiendo la idea de generalizar el escenario propio para practicar un juicio serio y real en cabeza de las partes procesales (demandante y demandado) a una más amplia circunscrita al desarrollo de una defensa igualitaria, pues como en toda actuación, su finalidad irá encaminada a obtener el mejor provecho sobre sus intereses.

Finalmente, es destacable comprender que si 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 preparatoria²⁹, como se ha visto que en países

²⁷ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004.

²⁸ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Artículo 14.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C 396 del 23 de Mayo de 2007. Op. Cit. 18.

como Puerto Rico y Estados Unidos, el sistema inquisitivo se mantiene latente, no obliga a nuestro país a adoptarlo por seguir un parámetro convincente, pero sí nos faculta de volverlo a adoptar bajo la premisa de que el juez deberá emitir en sus resoluciones muestras de una confrontación probatoria materializada en principios de igualdad, justicia y reparación integral.

1.3 La carga dinámica de la prueba, la presunción de inocencia e *Indubio Pro Reo*

El instituto de la carga dinámica de la prueba, significa en esencia que el *Onus Probandi* recae en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de aportar la prueba pertinente para demostrar su afirmación, sin consideración de su posición de demandante o demandado³⁰. Es decir, que se deja de lado la teoría ancestral de que el actor debe probar los fundamentos de su demanda o que en materia penal debe probar siempre la fiscalía.

Uno de los primeros antecedentes sobre la materia, lo encontramos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde el año 1988 consagró que siempre corresponde al estado, probar lo sucedido cuando se trate de desapariciones de sujetos que se hallaban bajo protección estatal, por lo que se invierte la carga de la prueba del lado del estado³¹, lo que significó, en su momento, un valioso avance de cara a la materialización de la justicia y la búsqueda de la verdad.

En Colombia, la institución estudiada, tiene como primer antecedente, el derecho administrativo, concretamente fallos del Consejo de Estado, como el del 30 de Julio de 1992, donde se expresó, que en tratándose de responsabilidad médica, recae

³⁰ PEYRANO, Jorge. Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe. Argentina. 2004. Pág. 25.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velázquez Rodríguez Vs Honduras, 29 de Julio de 1988.

en los demandados la carga de la prueba³², es decir, deberán los médicos probar, que actuaron con la diligencia y el cuidado necesario, según el caso concreto. En el área del derecho laboral, la inversión de la carga de la prueba, también se erige como un derecho, en favor del sujeto que se encuentra en inferioridad al interior del proceso, esto es, el trabajador, como por ejemplo cuando se afirma que se presume una relación laboral y el empleador debe probar que lo que existe es un contrato civil o comercial³³.

En lo que atañe a los derechos de la población desplazada, se presume cierta toda actuación de una víctima de desplazamiento forzado, correspondiendo probar a quien pretenda controvertirla³⁴. Actualmente, la carga dinámica de la prueba tiene amplia aceptación en el derecho administrativo a partir de la ley 1437 de 2011, y en el derecho civil, al tenor de lo preceptuado en la ley 1564 de 2012, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y Código General del Proceso, respectivamente.

Sin lugar a dudas, con la inversión de la carga de la prueba, se ha aproximado al conglomerado social, la tutela judicial efectiva, entendida como la justicia. Aunque en materia penal hay cierta reticencia para hacer uso de esta figura jurídico procesal. Al respecto, Dice el autor DANIEL PULECIO BOEK que posterior a la entrada en vigencia del actual sistema penal acusatorio³⁵, cada parte debe probar, no necesariamente lo que está en mejores condiciones de probar sino lo que le

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Sentencia del 30 de Julio de 1992. Consejero Ponente Daniel Suarez Hernández.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C 665 del 12 de Noviembre de 1998. M.P., Hernando Herrera Vergara.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 923 del 9 de Diciembre de 2009. M.P., Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁵ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004.

conviene³⁶. Y como se indicará en líneas siguientes, tal aseveración goza de toda credibilidad, a partir de importantes pronunciamientos jurisprudenciales.

La Corte Constitucional colombiana³⁷ avalo, por decirlo de alguna forma, que en tratándose de procesos de extinción de dominio, la carga de la prueba se invierte y el indiciado deberá probar el origen de sus bienes, en aras de salir absuelto del proceso penal; aunque también es clara, al anotar que el ente investigador, es decir La Fiscalía General de la Nación debe contar con elementos mínimos para llevar a juicio.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación³⁸ avalo la inversión de la carga probatoria, en acciones que versen sobre lavado de activos, argumentando que el procesado, es quien se encuentra en la mejor condición de demostrar el origen y la legalidad de su dinero; La misma Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación emitida dentro de un proceso, por el delito de omisión de agente retenedor, avala el cambio de la regla general probatoria, argumentado que en estos casos, debe probar lo sucedido con el dinero, el mismo procesado, apuntando a su cómoda condición de demostrar la honorabilidad de su actuación, en aspectos que eran de su responsabilidad.

Por lo tanto, si la defensa quería demostrar, a partir del ofrecimiento de elementos probatorios concretos y verificables, que parte de los dineros declarados como recaudados por concepto de IVA, no entraron realmente a las arcas del procesado, debió aportar los elementos de juicio necesarios para ello, los cuales de todas maneras no podían exculpar totalmente al procesado, como quiera que éste admitió

³⁶ PULECIO BOEK, Daniel; La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal: análisis jurisprudencial. Disponible en: www.libreriadela.com/la-teoria-de-la-carga-dinamica-de-la-prueba-en-materia-penal-analisis-jurisprudencial-derecho-penal.html. Consultado el día 13 de Julio de 2015 a las 8:14 a.m.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-590 del 27 de Agosto de 2009. M.P., Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de Abril de 2008. Radicado 23757. M.P., Alfredo Gómez Quintero.

que parte de los mismos sí fueron efectivamente recibidos, pero que tuvo que destinarlos a otros menesteres por las dificultades económicas³⁹.

Incluso, en delitos, como acceso carnal en menor, también se ha hecho aplicación de esta figura, toda vez que, que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en Colombia, en sentencia de casación⁴⁰ afirmó que la defensa debe contribuir con asuntos probatorios, en aras de aportar elementos suficientes al juicio y quebrantar la tesis de la fiscalía, para que el acusado sea absuelto, razón por la que debe aplicarse la carga dinámica de la prueba.

A partir de la tendencia encaminada a establecer los cambios probatorios en materia penal, esta investigación podría hacerse la siguiente pregunta ¿dónde queda la presunción de inocencia del acusado? Lo anterior, porque nadie tiene que construir su inocencia, sólo una sentencia declarará esa culpabilidad jurídicamente construida que implica la adquisición de un grado de certeza⁴¹. Hoy no existe duda alguna de que es presunción de inocencia, además que ella surge desde el inicio del proceso y ninguna actuación que se surta dentro del mismo puede desconocerla, contrario al *in dubio pro reo* que aparece al momento de realizar la valoración de las pruebas, es decir que cuando en la etapa de juicio oral se estiman las pruebas existentes y permanece duda respecto de responsabilidad penal por parte del procesado, el juzgador siguiendo el principio que indica que toda duda debe resolverse en favor del reo, deberá absolverlo⁴².

La presunción de inocencia surge en la antigüedad, donde en su momento existía era una presunción de culpabilidad, Ulpiano fue el primero en mencionarla en siglo

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de Mayo de 2009. Radicado 31147. M.P., Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de Mayo de 2009. Radicado 31103. M.P., Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴¹ BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993, Pág. 20.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de Abril de 2003. Radicado 14636. M.P., Fernando Arboleda Ripoll.

III, concretamente en la obra *corpus civile* cuando afirmo “nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor dejar impune un delito que correr el riesgo de castigar un inocente”, luego fue la ley de las 7 partidas, la que consagró una serie de garantías procesales, al aseverar que la prueba que condene debe ser tan clara como la luz; posteriormente, Beccaria en el año 1764 en la publicación del libro de los delitos y las penas atestiguo, “(...)un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”⁴³.

La figura objeto de estudio, también figuró, en de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano promulgada en Francia en 1789, donde se dio la siguiente definición: “Debe presumirse a todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”⁴⁴. Pero fue la declaración universal de los derechos humanos, la que afianzo la existencia de esta garantía procesal fundamental al referir que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”⁴⁵, hoy la presunción de inocencia, es pilar la de la Constitucional Nacional de Colombia⁴⁶ y principio del Código de Procedimiento Penal Colombiano⁴⁷.

Por ende, aunque El principio de presunción de inocencia le permite al sindicado y su defensa, guardar silencio y no exponer su teoría del caso⁴⁸. Cambios jurisprudenciales y doctrinantes como el profesor Pulecio Boek, estiman necesario, cambiar las reglas probatorias comunes en materia penal, siempre que el acusado

⁴³ BECCARIA, César, De los Delitos y de las Penas, 2da Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, Pág. 119.

⁴⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de Agosto de 1789, Artículo 9.

⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948, Artículo 11.

⁴⁶ Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 29.

⁴⁷ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Artículo 7.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 069 del 10 de Febrero de 2009. M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

presente pruebas que le beneficien, en aras de aportar elementos suficientes al juicio y alcanzar la verdad como fin del proceso penal, quedando claro que la prueba condenatoria, siempre debe provenir del ente acusador, y a esta postura adhiere esta investigación, aunado a que como se dijo en líneas anteriores, la prueba hoy se considera un derecho fundamental, incluso para las víctimas que reclaman verdad y justicia como fines del proceso penal, aspectos que se estudiarán en líneas siguientes.

CAPÍTULO II

LOS FINES DEL PROCESO PENAL Y LAS LIMITACIONES PARA ALCANZARLOS

2.1 Sistema Procesal Penal Adoptado en Colombia

Antes de la expedición de la ley 906 de 2004, en Colombia existía un modelo procesal penal de corte inquisitivo, esto es donde el juez era tan responsable como las partes de allegar material probatorio al interior del proceso penal, ese modelo procesal penal era reglado por la ley 600 de 2000, y en lo que atañe a la práctica de pruebas, decía:

ARTICULO 401. AUDIENCIA PREPARATORIA. Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. **El juez podrá decretar pruebas de oficio.** (Negrillas fuera de texto.)⁴⁹

Luego, con la expedición de la ley 906 de 2004, cambió el sistema procesal penal hacia uno supuestamente de corte adversarial, donde se le prohibió al juez de manera expresa, el decreto de pruebas de oficio, esta es la exposición de motivos de la mencionada ley:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 906 DE 2004:

⁴⁹ Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000, Julio 24 de 2000.

Con la expedición del acto legislativo 03 del 20 de diciembre de 2002, el constituyente borró las ataduras normativas que impedían el diseño, construcción e implementación del sistema acusatorio en materia criminal. Por este motivo, se presenta a la consideración de la Honorable Cámara de Representantes, en cumplimiento del mandato conferido por el constituyente, el proyecto de código de procedimiento penal que adecua el rito procesal a los noveles principios y derroteros normativos plasmados en la Carta Política.

VIII. Estructura del juicio

Antes de terminar la audiencia de formulación de acusación el juez fijará fecha y hora, en un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) para llevar a cabo audiencia preparatoria. En esta diligencia las partes presentaran sus observaciones relacionadas con el descubrimiento de la prueba, bajo el entendido que el juez rechazará como pruebas las que no hubiesen sido descubiertas; la defensa descubrirá sus elementos materiales probatorios; manifestarán su interés en presentar estipulaciones probatorias o acuerdos a que pueden llegar la fiscalía y la defensa sobre hechos y circunstancias que se aceptan como probadas y sobre las cuales se excluye toda posibilidad de controversia probatoria; y presentarán las solicitudes referidas a las pruebas que fiscalía y defensa pretenden que sean practicadas, durante el juicio en sustento de su pretensión.

Concluida la intervención de las partes “el juez decretará 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 pertinencia y admisibilidad” previstas en el proyecto, reconociendo en todo caso que el juez, dada su imparcialidad y teniendo en cuenta el carácter adversarial de la controversia, **no puede decretar oficiosamente la práctica de ninguna prueba**; señalará el orden en que deban presentarse las pruebas en desarrollo del juicio, en todo caso disponiendo que primero se presenten las pruebas de cargo de la fiscalía y luego las de la defensa; restringirá, de oficio o a petición de la fiscalía, si fuere del caso, la publicidad de los procedimientos por

motivos de orden público, moral pública, seguridad nacional, de las víctimas, de los menores de edad o por interés de la justicia.(Negrilla fuera del texto).

Cuando el juez rechace la admisión de alguna prueba solicitada por las partes, oralmente expresará su decisión, contra la cual procede el recurso de apelación (...)”⁵⁰

Seguidamente, la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, expresa de manera taxativa, que en ningún caso el juez podrá decretar pruebas de oficio, lo que supone un cambio en el modelo procesal penal aplicado en Colombia, al señalar: “Artículo 361. Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

Así las cosas, en Colombia se pasó de un proceso penal donde estaba permitido el decreto de pruebas de oficio, lo que hacía que el juez fuera tan responsable como las partes, de la consecución de la verdad; a un proceso penal donde el juzgador encuentra vedada la posibilidad de acceder a la verdad y garantizar ésta como fin del proceso penal. La anterior premisa bajo el argumento que ahora nos encontramos ante un esquema adversarial del que se predica la igualdad de partes, y que el decretar pruebas de oficio rompe la imparcialidad.

Fue el Acto Legislativo 03 de 2002, el que dio inicio al modelo procesal penal, que hoy rige en Colombia, acto a través del cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de 1991, dando paso a un *sistema de tendencia acusatoria*⁵¹ que se materializa con la publicación de la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se crea el Código de Procedimiento Penal y a la que ya hemos hecho referencia, en esta investigación.

⁵⁰ Congreso de la República de Colombia, Exposición de motivos de la Ley 906 de 2006, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C 541 del 24 de Mayo de 2005. M.P., Rodrigo Escobar Gil.

No obstante lo anterior, considera este trabajo, que en Colombia no puede hablarse de un esquema adversarial, en primer lugar, porque el principal sustento del mismo es la igualdad de armas entre las partes, algo de lo que no se puede predicar en una realidad tan desigual como la nuestra; y en segundo lugar, porque el sistema procesal penal que aquí se aplica no es de dos partes, sino que concurren otros sujetos procesales como el ministerio público- representante de la sociedad civil- y las víctimas, también con iniciativa probatoria⁵², lo que hace que de entrada se descarte que nos encontremos ante un sistema penal adversarial puro.

La Corte Constitucional⁵³ precisó que, el modelo acusatorio adoptado por el constituyente y el legislador colombiano, no se asimila ni al sistema adversarial anglosajón, pero tampoco con el modelo acusatorio continental europeo, el primero se caracteriza por figuras como la del jurado de conciencia, mientras el segundo gira en torno al principio de legalidad; aun así se asimila más al segundo, al existir dos etapas procesales claramente diferenciadas, investigación y juzgamiento. Es de anotar, que en Colombia la Fiscalía General de la Nación, es un órgano adscrito a la Rama Judicial y sus compromisos son de carácter jurídico y no de carácter político⁵⁴.

Así las cosas, es claro, que el legislador consagró en la ley 906 de 2004, un proceso penal a la Colombiana, que lamentablemente desdibuja esquemas penales de carácter internacional, por lo que termina tomando una forma propia, que lejos de ser un camino hacia la justicia material, crea un modelo atípico, que implica el sacrificio de fines propios del derecho penal, como la verdad y la justicia, no solamente respecto de las partes (Fiscalía, defensa, Ministerio Público, Víctimas) tal

⁵² MORENO ARBOLEDA, Carlos Alberto. *La prueba de oficio dentro del sistema acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004*. En Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. 2007. Pág. 93.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C 591 del 9 de Junio de 2005. Op. Cit. 25.

⁵⁴ BARBOSA CASTILLO. Gerardo. *Estructura del Proceso Penal Aproximación al Proceso Penal Colombiano*. En Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal, los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá D.C. 2005. Pág. 92.

como se señalará en líneas posteriores, sino también respecto del conglomerado social, que expectante a lo que ocurra en el proceso penal, clama justicia, siendo el decreto de pruebas de oficio, un camino para alcanzar la tutela judicial efectiva.

En líneas posteriores clarificaremos como afecta el sistema adversarial, la practica penal colombiana, desde la temática de las pruebas de oficio, los fines del proceso penal, e incluso las victimas que finalmente son los interviene procesales a quienes aún no logran reivindicársele sus derechos. Adicionalmente, en los puntos siguientes, se mencionarán los resultados del trabajo de campo desarrollado en esta investigación.

2.2 El Sistema Adversarial y sus efectos en el desarrollo del proceso penal

Sin lugar a dudas el sistema adversarial, como cualquier otro esquema procesal, tiene características explícitas, que influyen en buena parte en el desarrollo del debate probatorio, a partir de un escenario que debe ser garantista, e igualitario para quienes según la ley están llamados a participar del mismo, y defender la tesis respectiva, situación anterior, que en Colombia se encuentra regulada por la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, lo anterior reafirma la importancia de armonizar el esquema procesal penal consagrado, con las características propias que debe contener, a fin de garantizar los derechos fundamentales de las partes y de los intervinientes; así como también los fines del proceso penal: La verdad, la justicia y la reparación, situación que no ocurrió en nuestro país, donde se implementó un modelo adversarial, pero no puro, sino mixto, razón por la cual no debió prohibirse el decreto de pruebas de oficio, siendo importante otorgar mayores facultades al juez, de cara de a la consecución de la verdad y brindar a las víctimas espacios de participación verdaderamente eficaces.

En Colombia, lo anterior no se dio con la implementación de la Ley 906 de 2004, pues se le dejo la consecución de los fines del proceso penal a las partes y no al

juez como debe ser, lamentablemente hoy solo la Fiscalía y la defensa son las constructoras de la verdad, esa es la verdad que se le termina brindando al conglomerado social, y a las víctimas, como se verá en su momento.

Estos aspectos mencionados terminaron desdibujando la naturaleza del proceso penal, hoy lamentablemente las partes someten al juez a la teoría que alegan, sin que este por medios propios pueda confirmar o desmentir tales asertos, lo que traduce que la verdad real pase a un segundo plano, brindando solo el esquema penal actual, una verdad procesal⁵⁵.

Por las razones antes expuestas y otras más, esta investigación procuró desarrollar un trabajo de campo, con la participación de diversos jueces penales del Distrito Judicial de Buga, a fin de establecer de primera mano, las necesidades del actual proceso penal, su percepción frente a las inquietudes que esta investigación plantea, entre otros puntos que se analizarán en su momento.

En punto de las pruebas de oficio hay discrepancia entre los jueces entrevistados, pero una inclinación a pensar que decretar una prueba de oficio rompe la imparcialidad que requiere el actual proceso penal, al respecto el Juez Tercero Penal del Circuito de Tuluá considera que:

Las pruebas de oficio serían desventajosas en el sistema como está estructurado, por cuanto se enmarcaría inicialmente una desventaja en la equidad de armas, por cuanto la situación está planteada para que Fiscalía y Defensa dentro de la actuación desarrollen ese tema probatorio (...) mi pensamiento es que si un Juez practica pruebas de oficio estaría colaborando con la teoría de la Defensa o de la Fiscalía, entonces la balanza se va a desnivelar⁵⁶.

⁵⁵ JUNG, Heike. *El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos*. En constitución y sistema acusatorio un estudio de derecho comparado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Primera Edición, Septiembre 2005. Pág. 100

⁵⁶ ENTREVISTA con el Doctor Jairo Hernán Santafé Urrego, Juez Tercero Penal del Circuito de la ciudad de Tuluá, Valle del Cauca. Tuluá, 19 de Octubre de 2015.

Planteamiento anterior, que se aleja de los postulados de esta investigación, pues como se verá en su momento, en ocasiones, la renuencia a decretar una prueba de oficio, quiebra la igualdad de armas, principalmente cuando se observa que una de las partes se encuentra en clara situación de desventaja, pues son pocos los casos en los que puede predicarse una verdadera igualdad, uno de ellos el Famoso Caso Colmenares, donde todos los sujetos procesales cuentan con los medios para ejercer sus derechos al interior del proceso penal.

Por tal razón, esta investigación adhiere a la postura del Juez Penal Ambulante del Distrito Judicial de Buga, que reconoce que el actual no es un verdadero proceso adversarial y señala que comparte la prohibición de pruebas de oficio siempre y cuando existiese un proceso adversarial puro, con verdadera igualdad de armas, de lo contrario deberían permitirse, refirió entre otras cosas que:

El juez con una igualdad de armas no puede intervenir (...) si logramos que haya un sistema de partes en Colombia y acusatorio, yo defiendo la tesis de que no se decreten pruebas de oficio (...) el sistema colombiano actual, no logramos implementarlo como un sistema acusatorio, sino mixto (...) la verdad solo se adquiere a través de una práctica oficiosa⁵⁷.

Entre tanto, la Juez Tercera Penal Municipal de Tuluá, señaló con relación al tema de la prueba de oficio en materia penal, que ya no se trata de si se comparte o no su decreto, sino que “no es que sea exegética, en tanto a que el procedimiento en sí en este momento, no da para que un Juez decrete una prueba (de oficio) y no hay forma en que yo la pueda decretar en un determinado momento”⁵⁸, incluso, la juez entrevistada confirma, lo que esta investigación viene sosteniendo, y es que al juez le toca observar desde la orilla como quedan en el proceso penal, aspectos por resolver,

⁵⁷ ENTREVISTA con el Doctor Fabián Duque Carvajal, Juez Penal Ambulante del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, Valle del Cauca. Buga, 19 de Octubre de 2015.

⁵⁸ ENTREVISTA con la Doctora María del Pilar Ramírez Morales, Juez Tercera Penal Municipal de la ciudad de Tuluá, Valle del Cauca. Tuluá, 19 de Octubre de 2015.

no se alcanza la verdad, porque en muchas ocasiones pruebas necesarias, quedan por practicarse, al señalar que:

No hay forma de que el juez diga que le faltó pedir tal cosa, porque entonces estaríamos en favor de alguna de las partes; uno piensa muchas veces en que a la Fiscalía o la Defensa le faltó decir una cosa u otra o pedir algo, pero no se puede decir, y considero que el sistema no da para eso⁵⁹. (Subrayado por el autor).

Por lo anterior, se hace necesario replantear el tema de la prueba de oficio en materia penal, pues los jueces no pueden seguir siendo espectadores de la verdad que construyen las partes, y escenario penal no puede constituirse en un medio para vulnerar los derechos fundamentales de las partes, y menos los fines del proceso penal, sobre la prueba de oficio, esta investigación ahondara en líneas posteriores.

Otro escenario que se observa con preocupación en el actual proceso penal, tiene que ver con la participación de las víctimas que a juicio de esta investigación no ha logrado el protagonismo que merece al interior del proceso penal, ni se le están brindando las anheladas: verdad, justicia y reparación. Lo anterior, a partir de limitantes al ejercicio de los derechos de las víctimas que conducen a la tutela judicial efectiva.

Sobre el anterior punto concuerdan en su mayoría los administradores de justicia entrevistados, en tanto que señalan que poco se ha visto de verdad y reparación en los procesos penales, aunque alguno señaló que la justicia se está garantizando, mientras una de las juzgadoras referenció que hoy las víctimas se reparan integralmente, este tópico se ampliará en el capítulo final de esta investigación.

En resumen, la practica judicial colombiana en materia penal, ha traído consigo restricción a derechos fundamentales que se han visto limitados a raíz de la prohibición del decreto de pruebas de oficio, lo que ha implicado el sacrificio de fines

⁵⁹ Ibídem.

propios del proceso penal, razón por la cual, urge modificar el artículo 361 de la ley 906 de 2004, destacando que las víctimas también se han visto vulneradas en sus derechos fundamentales, al quedar supeditadas a la verdad que les ofrecen las partes.

2.3 La Prueba de oficio y los fines del proceso penal

Es claro que el legislador colombiano, tuvo desde un inicio la intención de transformar de manera positiva el sistema procesal penal interno, sin embargo terminó desconociendo figuras indispensables para alcanzar la tutela judicial efectiva, y garantizar fines del proceso penal como la verdad y la justicia, teniendo en cuenta que se implementaron de manera radical principios de la corriente adversarial, que resultan ajenos no solo a nuestra realidad social, política, cultural, sino también, a los fines perseguidos por el propio proceso penal.

Es que en Colombia, el sistema procesal penal de tendencia acusatoria, con principios adversariales atenuados⁶⁰, no invita al juez a algo distinto, que a ser indiferente, tanto con lo que ocurre al interior del proceso penal que dirige, como con su entorno social o cultural; máxime si se tiene en cuenta que impedir el decreto de una prueba de oficio, puede frustrar la verdad, y la justicia. Debe precisarse que en múltiples procesos, como los de tipo civil, administrativo o laboral, del decreto de una prueba de oficio termina dependiendo el sentido del fallo, sin que eso implique bajo ninguna circunstancia que se ponga en entre dicho la imparcialidad del juzgador.

Esta investigación no encuentra razones constitucionalmente válidas para prohibir el decreto de pruebas de oficio en materia penal, en diversos procesos la falta de estas ha traído como consecuencia que se absuelvan personas con características

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de mayo de 2007. Rad 26186.M.P., Sigifredo Espinosa Pérez.

de culpables, o se terminen condenando inocentes que no gozaron de un buen defensor, regularmente de oficio; valdría la pena preguntarse *¿Por qué negar el decreto de pruebas de oficio en una rama de interés general, como la penal; y permitirlo en negocios cuyo interés es de carácter privado como los civiles?*, pregunta que no puede ser respondida al menos por ahora, lo que permite inferir que el juicio del legislador, fue errado en este aspecto, al colocar por el encima el sistema, de los fines del proceso penal.

La Corte Constitucional Colombiana a través de sentencia C-396 de 2007, declaró exequible el artículo 361 de la ley 906 de 2004, el mismo que prohíbe el decreto de pruebas de oficio, donde el máximo órgano constitucional, a juicio de esta investigación, pareciera que le diera más prevalencia a la facultad que tiene el legislador de regular los procedimientos, que a la misma verdad, la justicia y por ende a la tutela judicial efectiva, todas ellas fines del proceso penal.

Tal como quedó evidenciado con el trabajo de campo desarrollado en esta investigación, los jueces penales de los circuitos de Buga y Tuluá, no hacen uso de la potestad interpretativa que otorgó la Corte Suprema de Justicia, cuando al estudiar el artículo ampliamente traído a colación expresó que al juzgador, le es válido inaplicar el artículo 361, a fin de garantizar alguno de los fines del proceso penal, en palabras de la corte:

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 penal⁶¹.

Así las cosas, mal hacen los jueces del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, al no hacer uso de esa potestad, aun encontrando que en muchos casos se hace

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Op. Cit. 14.

necesario para garantizar la justicia, por lo que se reitera, que el proceso pena tal como está consagrado hoy en día en nuestra legislación, hace que el juez sea un convidado de piedra para quien termina siendo lo mismo la verdad que la apariencia, sin embargo, el objeto de esta investigación, no es cuestionar la labor del juzgador, sino hacer hincapié en la necesidad de inaplicar el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, cuando el caso lo amerite, como referenció uno de los administradores de justicia sobre el tema al decir que “echaría mano de la sentencia para decretar pruebas de oficio (...) la corte da un aval lejano para decretarlas pero lo haría”.

El juzgador tal vez no hace uso de esta prerrogativa por desconocimiento a la sentencia referida, o en ocasiones por temor a incurrir en una conducta punible, como el prevaricato por acción, sin embargo, tras la investigación desarrollada se observa imperativo que los administradores de justicia se empoderen de las herramientas que a través de la providencia referida, otorgó el órgano de cierre constitucional, a fin de garantizar que en el discurrir de los procesos penales se alcancen, la verdad, la justicia y la reparación.

Vale la pena anotar, que la igualdad es un derecho fundamental, que permiten inaplicar el artículo 361 de la ley 906 de 2004, conforme los criterios antes expuestos, toda vez que si bien es cierto, la acción penal está en cabeza de la Fiscalía, quien a su vez es el aparato investigativo de carácter estatal⁶²; no es menos cierto que el sujeto pasivo de la acción penal, también tiene derecho a contar con una defensa, que dependiendo las características que tenga, pueden forjar un debate procesal en condiciones de desigualdad, bien sea en favor del acusado, o en favor de la Fiscalía, razón suficientemente válida, para pensar que el juzgador no puede radicalizar los criterios adversariales, en el escenario procesal penal colombiano, basta observar lo dicho por la Corte Constitucional:

⁶² Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 250 modificado por el artículo 02 del Acto Legislativo 03 del año 2002.

(...) En Ninguna ley se 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 fundamentales⁶³.

La consigna anterior, se hace a partir del supuesto, de que el administrador de justicia tiene que garantizar la igualdad de armas entre las partes⁶⁴, por lo cual, si encuentra que la defensa del sujeto pasivo de la acción penal es “pobre”, mientras que la Fiscalía actúa con diligencia en el discurrir del proceso, mal haría el sentenciador en no decretar una prueba de oficio, si al menos en apariencia existen dudas sobre la responsabilidad del acusado, toda vez que al no decretarlas se está rompiendo la igualdad, garantía indispensable en procesos penales de tipo acusatorio, igual actitud debe tomar el juzgador cuando sea el ente acusador, el que no actúa con diligencia, mientras la defensa si lo hace, y se visualiza que una persona con características de “responsable” penalmente hablando, terminará absuelta, por lo que se afirma que en ocasiones la única manera de garantizar la igualdad del proceso penal, es decretando pruebas de oficio.

Prueba de lo anterior, es lo expresado por uno de los operadores de justicia entrevistados, al narrar que tuvo conocimiento de un proceso penal de inasistencia alimentaria, donde el ente acusador no presentó prueba que acreditara el parentesco entre el padre acusado y el menor, se terminó absolviendo a una persona, con todas las características de culpable, por falta de la plena prueba, prueba que bien habría podido allegarse de oficio, pero no ocurrió ante la prohibición legal.

⁶³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 396 del 23 de Mayo de 2007. Op. Cit. 18.

⁶⁴ MORENO ARBOLEDA, Carlos Alberto. La prueba de oficio dentro del sistema acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. Op. Cit. 51.

Por consiguiente, desde esta investigación se pretende demostrar como este modelo procesal penal colombiano - Adversarial Mixto, requiere con urgencia un replanteamiento en torno al tema de la prueba de oficio, a fin de garantizar los fines del proceso penal como lo son la verdad, la justicia y la reparación, presupuestos que en todos los procesos no se alcanzan por la mera actividad de las partes, lo que reafirma la necesidad de que el juez tenga esta potestad, para hacer uso de ella cuando las circunstancias lo ameriten, de lo contrario estaría llamado a observar desde la distancia, cómo se sacrifican los fines del proceso penal.

De igual manera los juzgadores consultados reconocen como fines del proceso penal la verdad, la justicia y la reparación, de los cuales la verdad principalmente, y a la reparación, no se está alcanzando a partir del modelo implementado, toda vez que la verdad que se les ofrece a las víctimas, es la que construyen las partes, y la reparación solo se obtiene especialmente en procesos de poca cuantía, razón por la cual hoy la administración de justicia le debe a la ciudadanía en palabras del Juez Penal Ambulante del Distrito Judicial de Buga, Valle: verdad y reparación, a su juicio, se brinda justicia.

Vale la pena anotar, que aunque son las víctimas las principales urgidas de verdad, la ciudadanía en general se interesa por conocer los resultados de este tipo de procesos, regularmente de interés colectivo, verdad que lamentablemente no garantiza hoy el proceso penal, pues regularmente la congestión en la fiscalía, no permite construirla con detenimiento, la presunción de inocencia también hace que poco se interesa la defensa por ella, y la imposibilidad del juzgador de decretar pruebas de oficio confirman la talanquera para alcanzar este importante fin del proceso penal, que se estudiara en el siguiente capítulo de esta investigación, junto con algunas limitantes en materia de víctimas.

CAPÍTULO III

LAS VÍCTIMAS EN LA LEY 906 DE 2004

3.1 El Derecho a la verdad en el Proceso Penal

El Derecho Penal en sus amplias concepciones, ha sido denominado como garantista, toda vez que en él se han incorporado los amplios ideales de Justicia y de la materialidad efectiva de una verdad que solo sale a relucir una vez que en el campo de la confrontación se expongan los intereses, soportados de un invaluable y categórico medio probatorio, que a criterio del Juez tendrán la validez necesaria para ser acreedor a los intereses que se persiguen. Lo anterior, se vislumbra como percepciones diáfanos de nuestro actual Estado Social de Derecho, que va encaminado a la protección de los derechos fundamentales incorporados en cada actuación que de forma real o presuntiva está sujeto el reo procesal.

La aproximación a encontrar la verdad en el proceso penal, es un fin. En la Constitución Política de 1991, reconocida por su amplio mandato constitucional, encargada de reglamentar prerrogativas, la verdad se funde en la esencia de todo interés que se persigue, porque a toda costa, cada persona hace uso de las atribuciones legales que se le conceden para acceder a todo aquello que le beneficie. Si no es así, se estaría frente a una clara violación de un principio fundamental e inherente a la condición humana, como lo sería el de su dignidad, y el ocultamiento de la información requerida para emplearla como prueba en favor de todas las víctimas inmiscuidas en el proceso penal fracasaría por la misma violación que se suscita en el proceso que pretende erradicar con esa condición maliciosa. Ahora bien, en esta clase de asuntos, se hace importante establecer la seriedad que se debe asumir al momento de querer alcanzar un juicio íntegro.

En voz de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia se predica que el concepto de un derecho a la verdad ha sido impulsado principalmente por la Comisión Interamericana de derechos humanos. (...) El primer principio contenido en el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad reconoce el derecho a la verdad en los siguientes términos:

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan tales actos⁶⁵.

La verdad resulta ser el fin de una lucha constante cuyo propósito es reconocerle a quien se ve perjudicado con el agravio, una reparación integral por los daños causados, si se desconoce la verdad que originó el daño, muy difícilmente se podrá pretender alcanzar ese resarcimiento, y muy complejo sería evitar que a futuro, otras personas sean víctimas de hechos similares, porque desconocerían sus prerrogativas y los mecanismos a los que pueden acceder para que no se vean más violentados sus derechos y exigencias que están soportados por los principios en los que se funda nuestra Constitución Nacional.

El juez como árbitro y director del proceso no puede ser ajeno al desconocer que este principio natural como lo es el de la verdad sea socavado. Dentro de su función imparcial también debe velar por el cabal cumplimiento de principios fundamentales que estén afectando la búsqueda de este fin, que pretende reflejarse ya materializado, porque es con la reparación que se define a quien se le atribuye la responsabilidad de un hecho y en manos de quien radica hacer efectivo su

⁶⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La víctima en el Sistema Penal. Editorial Leyer, Junio, 2007, Pág. 373.

realización. Por tanto, el juez debe de inmiscuirse en el debate, no para desnivelar las cargas o para dar herramientas de más a las partes que se enfrentan en el litigio, sino para mejorar la condición de quien no cuente con los recursos probatorios suficientes; cada una de ellas deberá estar soportada de unas pruebas legalmente obtenidas, y haber sido decretadas y practicadas en el momento procesal indicado para lograr su validez, para que al finalizar el debate procesal se atribuya una responsabilidad a quien la tenga, así como hacerle asumir las consecuencias que acarrea dicha conducta, pues el juzgador imparte justicia en conjunto con la exploración de una verdad material y de la reparación efectiva de los intereses expuestos.

Es así como compartimos el criterio adoptado por el Juez Penal Ambulante de la ciudad de Buga, Valle, en el que manifiesta que:

Se busca dentro de un juicio la verdad, y la verdad solo se adquiere a través de una práctica de pruebas oficiosa, y como el corte de nuestro sistema penal acusatorio no es meramente adversarial y de partes, sino que es mixto, entonces encontrar la verdad en un sistema mixto, es posible que se decreten pruebas de oficio y así mismo se practiquen muchas. Por eso dentro del sistema colombiano yo considero válido y necesario el decreto, solicitud y práctica de pruebas de oficio⁶⁶.

Lo anterior, es una posición que deja entender claramente, que si se pretende prohibir el decreto y practica oficiosa de pruebas, se debería tener un sistema adversarial puro, y no entonces un sistema mixto en el que es innegable la necesidad de estas, pues si bien la interpretación del sistema penal acusatorio colombiano actual referente a esta temática no debe de ser exegético, pues al existir jurisprudencia a la que esta tesis puede adherir, se hace más factible interpretar que la búsqueda de este principio de verdad se haga posible, pues la participación del juzgador no es la de inmiscuirse totalmente, sino que orienta para que no se vea

⁶⁶ ENTREVISTA con el Doctor Fabián Duque Carvajal. Op. Cit. 56.

desquebrajada la función para la cual es llamado, tratando de obtener a su vez la justicia como valor jurídico y la reparación como la culminación de ese arduo esfuerzo por alcanzarla.

A su vez, este funcionario judicial expone que: “Estamos en deuda amplia con la verdad, porque el sistema no nos ha permitido, no tenemos unas armas amplias para encontrar la verdad, tenemos una carencia en el allego de pruebas testimoniales al proceso”⁶⁷. Esto refleja que de entrada existe un impedimento para alcanzar el tan anhelado principio, que no llega solo, sino de la mano de las pruebas recolectadas y debidamente aportadas, en ese caso el testigo se muestra muchas veces renuente, porque no se le otorga la protección que solicita, pues es bien sabido que en Colombia los mecanismos ofrecidos para conseguir la protección de quienes pretendan colaborar con la administración de justicia es escasa o poco confiable, distintas a las ofrecidas en otro país, por este y otros motivos se requieren las pruebas de oficio.

Seguidamente, respecto al tema de la reparación que se debe de garantizar a las víctimas, este Juzgador aclaró que: “La reparación en Colombia es difícil, una persona no encuentra ser reparada con facilidad y menos dentro de un incidente que manejamos donde concretamente no se han definido las etapas procesales del incidente (...) en temas de reparación y de verdad si estamos muy carentes”.

Compartimos el comentario precedente, al tenor de que no están en exhibición los medios que se puedan emplear para concretar una verdad y hacerla real, pues está escriturada pero no pasa de ser solo letra muerta, porque en Colombia no se ha sembrado la cultura de fijar la mirada a alcanzar un solo fin, sino que está puesta en llegar a los intereses particulares de las partes que en el proceso se disputan la libertad, la seguridad, la vida, el patrimonio, pero nunca visualizado desde un ámbito en conjunto, sino solo a lo individual, a lo que solo le compete a quien se vea

⁶⁷ Ibidem.

perjudicado sin siquiera propender por empezar a adquirir una posición distinta que los identifique de los demás y les permita marcar una pauta que refleje un verdadero sentido de pertenencia con la realidad socio jurídica en la que estamos inmersos diariamente.

La participación de las víctimas o perjudicados en el proceso penal no se justifica solamente por la perspectiva de lograr un bien patrimonial como reparación, sino, además y especialmente, por el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad. Contribuir en la definición de la verdad y en el rechazo a la falsedad, es tan importante como lograr lo válido, lo útil, lo interesante⁶⁸.

A continuación, nos remitiremos a exponer un último punto crucial en esta temática probatoria que pretende a grandes rasgos esclarecer la participación que han tenido las víctimas en el proceso penal Colombiano, y las limitaciones a las que se han enfrentado en aras de obtener una realización efectiva de los principios de verdad, justicia y reparación.

3.2 El papel de las víctimas en el Proceso Penal Colombiano y sus limitaciones.

Desde un ámbito general, es válido hoy afirmar que las víctimas en el proceso penal han estado muy limitadas. Si bien, el actual sistema penal acusatorio les ha permitido una intervención pormenorizada en la actuación litigiosa, pero el papel estelar lo desempeña la figura del Representante legal – apoderado que para esta diligencia ha de llamarse: representante de víctimas- ; su función principal no es otra que acompañar a la víctima desde la fase investigativa aun cuando ésta está ausente, pero también se le identifica por custodiar y velar por la protección de los derechos constitucionales fundamentales y las garantías que la ley les ofrece,

⁶⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. Op. Cit. 64, Pág. 381.

reconocidas en la Carta Política de 1991, a quien ha sufrido un agravio tras la lesión de un bien jurídico tutelado, y que la misma normatividad colombiana vigente ha consolidado en una obligación exclusiva del Estado su reparación integral.

Ahora bien, el actual Código de Procedimiento Penal tratándose de los Derechos que tienen las víctimas en dicho proceso manifiesta entre otras cosas:

ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

(...)

h. A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, por un abogado que podrá ser designado de oficio⁶⁹.

Se observa cómo ya ha sido consagrada su participación en la práctica judicial penal, sin más reparo que de estar asistida por un profesional del Derecho o por estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, pero en palabras de la Juez Tercera Penal Municipal de Tuluá, Valle esta consagración legislativa solo queda en palabras, al indicar que como existen aspectos positivos también hay falencias en la aplicación del sistema penal acusatorio, al destacar que: “falta mucha gente, ya que ahora solo contamos con dos representantes de las víctimas (en la ciudad de Tuluá), y afortunadamente ya están los estudiantes ahí ayudando, pero hay municipios donde no hay universidades, y donde hay un Defensor de víctimas para un solo municipio”⁷⁰.

⁶⁹ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004.

⁷⁰ ENTREVISTA con la Doctora María del Pilar Ramírez Morales. Op. Cit 57.

Lo anterior, vislumbra la inexistencia de un engranaje total para hacer efectivo estas disposiciones penales, porque falta una armonización de funciones, en donde cada órgano se ocupe de ejercer la función para la cual está llamado, pero a su vez coopere con el normal funcionamiento del aparato judicial que tiene como fin alcanzar una adecuada administración de justicia y hacerse accesible a todos por igual, postura que ésta funcionaria cataloga en que al existir una falla, “la gente ve que muchas veces el sistema no está funcionando”⁷¹, y termina notándose más las cosas negativas que las cosas buenas.

Por su parte, también existe otra postura por la cual se cree que a pesar de que la integración de las víctimas ésta contemplada, ésta no resulta ser como se esperaba, tal como el Juez Tercero Penal de Circuito de Tuluá, Valle lo expone: “las víctimas a veces ni siquiera se acercan a los estrados para hacer valer sus derechos”⁷², situación que nadie desmentiría, porque las víctimas se muestran ausentes, no comparecen al llamado que la Justicia les hace, dado a que en la gran mayoría de casos, sus intereses solo están supeditados a un beneficio económico que se ve materializado con una reparación que la Fiscalía General de la Nación en su función de ente acusador logra para ellos.

Resulta entonces necesario conjugar lo mencionado anteriormente, con lo que se menciona en el artículo 137 de esta normatividad procesal en materia penal, que referencia lo siguiente:

ARTÍCULO 137. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² ENTREVISTA con el Doctor Jairo Hernán Santafé Urrego. Op. Cit. 55.

(...)

7. Las víctimas podrán formular ante el Juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

Situación está donde los agraviados requieren del acompañamiento para entablar la acción pertinente, en razón de la interposición de un incidente de reparación integral en que la misma normatividad penal ha establecido el tiempo para ser presentada, y así obtener un resarcimiento económico por el daño que se le había causado con una determinada conducta punible. Valga destacar que la finalidad única del proceso penal para con las víctimas no es retribuirles económicamente el daño que les fue causado, sino que se remonta también a la efectivización de los principios con los que se pretende obtener la verdad sobre el hecho originador de la conducta punible, y la justicia para que no haya impunidad.

En razón a lo anterior, y conforme a una armónica apreciación sobre el aspecto de la reparación, solo será procedente y factible la realización del incidente de reparación integral tal como lo expone el artículo 102 de la Ley 906 de 2004:

ARTÍCULO 102. PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. En firme la sentencia condenatoria, y previa solicitud expresa por la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este código, de ser solicitadas por el incidentante⁷³.

Es entonces claro entender, que la Ley ha establecido un término en el que deberá solicitar su resarcimiento, pero de no hacerlo en el momento oportuno habrá lugar

⁷³ Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004.

a que dicha acción pueda caducar, en los términos del siguiente artículo:

ARTÍCULO 106. CADUCIDAD. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio⁷⁴.

El ejercicio del derecho a obtener reparación por parte de las personas que han sufrido daño, puede lograrse, como lo ha señalado la ONU directamente o por conducto del Alto Comisionado en Colombia según el caso, mediante: (i) la *restitutio in integrum*, o reposición de la situación a su estado original; (ii) la indemnización o reparación por equivalencia en dinero, y (iii) la satisfacción o reparación moral. Así, en orden a la reparación se impone la regla consuetudinaria según la cual “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”. En este sentido, el derecho de obtener reparación es de carácter integral, pues deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Por ello comprenderá: a) Medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación; b) Medidas de satisfacción de alcance general⁷⁵.

Finalmente, pese a los tropiezos que en la práctica demuestra la aplicación del sistema penal acusatorio Colombiano refiriéndose al tema de las víctimas, es factible entender que tienen un papel importante pero que no es desarrollado a plenitud. Adicionalmente, el juez funge como garante de los derechos que les han sido atribuidos desde la misma Constitución Nacional y las leyes vigentes, pero no puede obligarlos a comparecer a cada una de las etapas procesales que se agotan; frente a ello, el Juzgador debe de asegurar su comparecencia con un delegado que oficiosamente puede solicitar que intervenga aun cuando la víctima no lo ha hecho,

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. Op. Cit. 64, Pág. 387.

en pro de velar por sus intereses, dignificándolo y permitiéndole acceder a la reparación integral que debe significar la verdadera eficacia de los principios de verdad, justicia y reparación aunque en la realidad tal como lo han dilucidado los jueces entrevistados esto no se logre a cabalidad.

Con fundamento en lo expuesto a lo largo de la investigación, aunado a los resultados del trabajo de campo desarrollado, resulta imperioso, que tanto los jueces penales como los demás intervinientes procesales, se conviertan en protagonistas en la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación como fines del proceso penal, a través de un escenario que garantice los derechos de las víctimas y la fundamentalidad del derecho a la prueba, incluso desde los jueces.

CONCLUSIONES

La principal finalidad de este proceso investigativo, era determinar el carácter fundamental del derecho a la prueba, aspecto que sin lugar a dudas se logró demostrar a partir de diversas posturas doctrinarias, que permitieron establecer que hoy la prueba es una garantía tan importante como cualquier otra, es precisamente de ésta que dependen las resultas de un proceso.

Sin embargo se evidenció, que en el proceso penal colombiano, a partir de la Ley 906 de 2004, el derecho a la prueba se limitó para los operadores de justicia, a partir de la prohibición de decretar pruebas de oficio, contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, lo que trajo consigo que la verdad, la justicia y la reparación como fines de este proceso se sacrificaran, toda vez, que la única verdad que hoy se le ofrece al conglomerado social es la que brindan las partes.

El trabajo de campo desarrollado con la participación de diversos jueces penales del Distrito Judicial de Buga, permitió establecer que existe cierta pasividad por parte de los juzgadores a decretar pruebas de oficio, aun existiendo un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que expresó que por razones constitucionales se pueden decretar pruebas de oficio. Asimismo, se logró determinar que el sistema procesal penal colombiano, no corresponde a un adversarial puro, sino que se encuentra matizado por ciertas figuras o intervinientes que invitan al juez a ser protagonista en la consecución de la verdad y la defensa de los derechos de las víctimas, y no ser un mero espectador.

Contrario a lo que piensan algunos de los jueces entrevistados, ésta investigación evidenció que en Colombia, no se puede hablar de igualdad de armas al interior del proceso penal, y que en ocasiones la igualdad entre las partes, sólo se garantiza decretando pruebas de oficio, algo que no tiene por qué afectar la imparcialidad, en primer término porque en los procesos de este tipo está el interés general, y en

segundo lugar porque los fines del proceso penal no se pueden sacrificar en detrimento de los derechos de las víctimas.

Vale la pena anotar que la participación de las víctimas en el proceso penal, a partir de la promulgación de la ley 906 de 2004, es limitada, en primer lugar su rol tiende a confundirse con de otros intervinientes, especialmente con el de la Fiscalía, y en segundo lugar no se les está brindando, ni verdad, ni justicia, ni reparación, anteriores aspectos en los que concuerda esta investigación con los resultados del trabajo de campo.

Por lo anterior, algunas propuestas para alcanzar los fines del proceso penal en la práctica judicial son:

1. Permitir de manera ocasional, siempre que el juez lo encuentre conveniente la inversión en la carga de la prueba en los procesos penales, a partir de la jurisprudencia traída a colación en el curso de la investigación.
2. Plantear una reforma legislativa al interior del Congreso de la Republica, que permita el decreto de pruebas de oficio en materia penal, teniendo en cuenta que la prueba es un derecho fundamental que no se le puede cercenar a los jueces, y se convierte en instrumento, no sólo para alcanzar la verdad, la justicia y la reparación como fines del proceso penal, sino para garantizar la igualdad entre las partes.
3. Incentivar la actividad discrecional de los jueces, invitándolos por razones constitucionales a inaplicar el artículo 361 de la ley 906 de 2004, a fin de que decreten pruebas de oficio, siguiendo el criterio de la Sentencia del 30 de Marzo de 2007, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado: 24468, ampliamente mencionada en la investigación.
4. Empoderar a las víctimas en el proceso penal, permitiéndoles mayor actividad probatoria, a partir de la posibilidad de presentar una teoría del

caso, interrogar y conainterrogar a los testigos, lo anterior para garantizar una reparación integral, más allá de lo económico y puedan alcanzar la verdad y la justicia como fines del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo No. 03 del 19 de Diciembre de 2002, por la cual se reforma la Constitución Nacional.

ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales, Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, D. C. 1.996.

BARBOSA CASTILLO. Gerardo. Estructura del Proceso Penal Aproximación al Proceso Penal Colombiano. En Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal, los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá D.C. 2005.

BECCARIA, César, De los Delitos y de las Penas, 2da Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.

BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000, Julio 24 de 2000.

Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004.

Congreso de la República de Colombia, Exposición de motivos de la Ley 906 de 2006, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Sentencia del 30 de Julio de 1992. Consejero Ponente Daniel Suarez Hernández.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional, Sentencia C 665 del 12 de Noviembre de 1998. M.P., Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T 453 del 2 de Mayo de 2005. M.P., Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C 541 del 24 de Mayo de 2005. M.P., Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C 591 del 9 de Junio de 2005. M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C 396 del 23 de Mayo de 2007 M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 069 del 10 de Febrero de 2009. M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia T-590 del 27 de Agosto de 2009. M.P., Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-923 del 9 de Diciembre de 2009. M.P., Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velázquez Rodríguez Vs Honduras, 29 de Julio de 1988.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de Abril de 2003. Radicado 14636. M.P., Fernando Arboleda Ripoll.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad.24468. M.P., Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Noviembre 9 de 2006. Rad.23775. M.P., Javier Zapata Ortiz.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de mayo de 2007. Rad 26186.M.P., Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de Abril de 2008. Radicado 23757. M.P., Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de Mayo de 2009. Radicado 31147. M.P., Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de Mayo de 2009. Radicado 31103. M.P., Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Auto del 6 de Marzo de 2013. Rad.40330. M.P., Julio Enrique Socha Salamanca.

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de Agosto de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La víctima en el Sistema Penal. Editorial Leyer, Junio, 2007.

JUNG, Heike. El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos. En constitución y sistema acusatorio un estudio de derecho comparado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Primera Edición, Septiembre 2005.

MORENO ARBOLEDA, Carlos Alberto. La prueba de oficio dentro del sistema acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. En Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. 2007.

Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

PEYRANO, Jorge. Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe. Argentina. 2004.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2591 del 19 de Noviembre de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

PULECIO BOEK, Daniel; La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal: análisis jurisprudencial. Disponible en: www.libreriadelau.com/la-teoria-de-la-carga-dinamica-de-la-prueba-en-materia-penal-analisis-jurisprudencial-derecho-penal.html.

RUIZ, Luis Bernardo. El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad de Antioquia. Disponible en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2552>.

ANEXOS

ENTREVISTA AL JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE TULUÁ, VALLE

Doctor Jairo Hernán Santafé Urrego

1. ¿Usted comparte o no la limitación que establece el Código de Procedimiento Penal sobre el decreto y práctica de las pruebas de oficio?

El sentido en que está estructurado el nuevo sistema penal acusatorio de un raigambre adversarial y con intervención del Ministerio Público (Procurador) dentro de la actuación probatoria, consideramos que las pruebas de oficio serían desventajosas en el sistema como está estructurado, por cuanto se enmarcaría inicialmente una desventaja en la equidad de armas, por cuanto la situación está planteada para que Fiscalía y Defensa dentro de la actuación desarrollen ese tema probatorio. Emerge el funcionario judicial en calidad de árbitro, como se puede llamar en este evento, el imparcial, y que en el encuentro entre la Defensa y la Fiscalía sería marcar el derrotero por el cual estaría sentando ya el funcionario su criterio, es decir, es arriesgado uno como funcionario incluso a veces hasta contrainterrogar a las partes o hacer uso del interrogatorio que lo faculta para interactuar frente al proceso, más aun cuando está ordenando pruebas de oficio.

Considero que dentro de ese marco es difícil o improcedente tratar de implementar pruebas de oficio, aunque hay criterios que se pueden presentar.

2. Conforme a la negativa expuesta sobre el decreto y práctica oficiosa de las pruebas, ¿Usted qué crítica le hace al sistema inquisitivo en el que anteriormente se le daba al Juez la facultad de intervenir en la actuación judicial sin limitación alguna?

La estructura de la Ley 600 de 2000 es distinta a este nuevo sistema acusatorio – Ley 906 de 2004, es decir, en esa época se podría ordenar en la etapa preparatoria pruebas de oficio, máxime que es una situación de la prueba constituida. Hoy en día el debate probatorio se hace ya dentro del juicio oral, allá es que se va a discutir todos los temas.

Considero que como está organizado el nuevo sistema penal acusatorio de manera oral y adversarial, distinto al sistema que anteriormente nos regía, es imposible para mí a criterio personal, proceder a estructurar pruebas de oficio, que sería enmarcarse el funcionario dentro de un criterio sobre lo que está pensando o sobre lo que ya está direccionado.

3. Dentro de las funciones judiciales que desempeña, ¿Alguna vez ha decretado pruebas de oficio?

Dentro de la hermenéutica jurídica que nos ha correspondido en este circuito no, además no recuerdo haber procedido de hacer uso de el resorte de pruebas de oficio, incluso soy muy escéptico a veces a agotar el tema de interrogar a los testigos.

4. Teniendo en cuenta que en la actualidad existe Sentencia del 30 de Marzo de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en donde se puede aplicar en determinados casos el decreto de pruebas de oficio, ¿Alguna vez se ha acogido a esta jurisprudencia para decretar oficiosamente alguna prueba?

Personalmente no he tomado la iniciativa de practicar pruebas de oficio, sé que existe la mencionada sentencia sobre lo que se puede hacer, pero la norma dice también que se puede en un momento dado llevar a cabo una prueba sobreviniente, que ésta sí se está aplicado, mas no la prueba de oficio, por cuanto a que mi

pensamiento es que si un Juez practica pruebas de oficio estaría colaborando con la teoría de la Defensa o de la Fiscalía, entonces la balanza se va a desnivelar.

5. ¿Usted considera que los principios de verdad, justicia y reparación actualmente se han cumplido a cabalidad?

Dentro de la filosofía de este nuevo sistema, realmente es el espíritu del que se encuentre con la justicia, reparación y verdad, pero dentro de lo que la realidad nos depara, yo veo muy poco eso, por cuanto el afán de las personas vinculadas a un proceso de cualquier manera en terminar en forma anticipada la actuación, y aceptan su responsabilidad en cualquier etapa del proceso y la situación hasta ahí llega, nos quedamos a veces sin saber ¿Qué pasó? ¿Qué sucedió? ¡Y qué problema para los incidentes de reparación!.

6. ¿Usted cómo aprecia la participación de las víctimas en el proceso penal, teniendo en cuenta que son la parte pasiva en las que recae un agravio, y si cree factible la posibilidad de que ellos presenten una Teoría del Caso?

Sí, las víctimas actualmente están muy limitadas, en las últimas jurisprudencias de la Corte los están prácticamente limitando a la actuación. Anteriormente en la misma etapa de la audiencia preparatoria podían pedir pruebas, ahora no, ya que deben ser descubiertas en el momento de la acusación, es decir, el nivel o la participación de las víctimas en la actuación procesal de pronto pueden estar en cualquier momento dado garantizadas, pero en la práctica son muy limitadas, es muy heterogénea la situación que le depara a las víctimas realmente obtener el espíritu para el cual fue constituido el sistema penal acusatorio.

7. ¿Usted considera que las víctimas se encuentran reparadas integralmente?

No, las víctimas a veces ni siquiera se acercan a los estrados para hacer valer sus derechos.

8. ¿Usted tiene algún comentario o alguna crítica por hacer al nuevo sistema penal acusatorio colombiano – Ley 906 de 2004?

Frente al sistema probatorio considero que a la estructura del nuevo Código de Procedimiento Penal está diseñado para un sistema adversarial dado a que son las partes las que deben de traer las pruebas, y frente a la actividad de la víctima sí considero que el Estado debería de garantizarle más sus derechos, igualmente los están de pronto considerando frente a lo que pueden ser las mujeres o a los menores de edad, porque la Defensoría Pública si les está colaborando pero a gente de escasos recursos que no cuente con un abogado en las etapas de audiencia preparatoria y en los incidentes de reparación, porque al no contar con ellos estos quedan en el limbo.

ENTREVISTA A LA JUEZ TERCERA PENAL MUNICIPAL DE TULUÁ, VALLE

Doctora María del Pilar Ramírez Morales

1. ¿Usted comparte o no la limitación que establece el Código de Procedimiento Penal sobre el decreto y práctica de las pruebas de oficio?

No se trata de que comparta, la verdad es que hay mucha jurisprudencia y a raíz de la iniciación del sistema penal acusatorio se estableció que se trata de oralidad, que ya no opera un sistema inquisitivo donde las partes llegan a un sitio y presentan las pruebas, entonces sería contradictorio que el Juez también las practicara, porque lo que se trata es que todas las partes le entregan las pruebas que se practicaran en el juicio, entonces no veo por donde el Juez vaya de oficio a decretarlas, y de hecho hay abogados litigantes que finalmente son civilistas, que de pronto no manejan mucho el sistema acusatorio ahora que es adversarial y han solicitado eso, y lo que nosotros hacemos es que se lo negamos y decimos que no es procedente. De pronto, lo que ha pasado y que lo he aceptado es que presentan en la audiencia preparatoria algo que no se ha vuelto a hacer y es una inspección, por lo que tendríamos que salir de la audiencia pero ahí en ese caso no es que yo las esté decretando, simplemente yo estoy aceptando que la presenta la parte que para ese caso fue una Defensa que solicitó esa práctica de prueba y se realizó.

Yo tengo conceptos muy constitucionalistas, muy dada a establecer primero la prioridad de los derechos fundamentales, pero ahí no es que sea exegética, en tanto a que el procedimiento en sí en este momento no da para que un Juez decrete una prueba y no hay forma en que yo la pueda decretar en un determinado momento.

2. Conforme a la negativa expuesta sobre el decreto y práctica oficiosa de las pruebas, ¿Usted qué crítica le hace al sistema inquisitivo en el que

anteriormente se le daba al Juez la facultad de intervenir en la actuación judicial sin limitación alguna?

Yo siempre he compartido que me gusta mucho el sistema penal acusatorio actual, lo veo más amplio para las personas porque es más rápido en el sentido de que todo es oral y anteriormente era escrito. A mí me gusta mucho el sistema de ahora, aunque tengo muchas críticas, pero me gusta más que el de la Ley 600 de 2000.

3. Dentro de las funciones judiciales que desempeña, ¿Alguna vez ha decretado pruebas de oficio?

No, porque el procedimiento en el sistema acusatorio respecto de la audiencia preparatoria dice que: “las partes allegaran al Juez de conocimiento las pruebas que van a ser decretadas en el juicio...”, y no hay forma de que el juez diga que le faltó pedir tal cosa, porque entonces estaríamos en favor de alguna de las partes; uno piensa muchas veces en que a la Fiscalía o la Defensa le faltó decir una cosa u otra o pedir algo, pero no se puede decir, y considero que el sistema no da para eso.

4. Teniendo en cuenta que en la actualidad existe Sentencia del 30 de Marzo de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en donde se puede aplicar en determinados casos el decreto de pruebas de oficio, ¿Alguna vez se ha acogido a esta jurisprudencia para decretar oficiosamente alguna prueba?

Eso depende del momento en que le llegue a uno, uno no puede pasarse a decir que nunca le va a pasar, depende de lo que le presenten a uno las partes y luego uno entra a estudiar el caso; y no es que exegéticamente yo me case con eso, no, porque si llega a suceder que en determinado caso se vea necesario uno entraría a analizar si realmente se violan derechos fundamentales.

Muchas veces la prueba anticipada o pruebas que lleguen después, que evidentemente eso tenga que ver con la libertad de la persona y que se viole un

derecho fundamental ahí es muy posible que sí me acoja a dicha jurisprudencia, aunque en ese caso no sería tanto que el juez las decrete sino que las acepte.

5. ¿Usted considera que los principios de verdad, justicia y reparación actualmente se han cumplido a cabalidad?

Sí, yo considero que en cierta parte sí y todo depende también de las partes, de los abogados, de los representantes de las víctimas, porque a veces uno se queda cojo en eso de que las partes no analizan todo el caso, así como uno hace para establecer si se puede llegar a que reparen a la víctima. Hay que mirar más allá en la reparación de las víctimas, que sí se da, que se da justicia, verdad y reparación, como por ejemplo en los delitos de extorsión, en el entendido de que uno llegue aquí y de pronto la gente dice que lo extorsionaron pero nunca recuperó, y en este sistema está mejor la víctima porque se tiene más en cuenta.

6. ¿Usted cómo aprecia la participación de las víctimas en el proceso penal, teniendo en cuenta que son la parte pasiva en las que recae un agravio, y si cree factible la posibilidad de que ellos presenten una Teoría del Caso?

Sí, yo creo que va a llegar un momento en que también se va a lograr eso, lo que pasa es que también se dice en este sistema que la víctima iba a la par de la Fiscalía y así se fue edificando en este nuevo sistema, entonces la víctima trabajaría en conjunto con la Fiscalía para establecer lo que deberían de hacer, pero de hecho hay una sentencia que hace referencia a que la víctima debe de participar en el proceso penal, pero ha sido que en muchos juzgados no lo tuvieron en cuenta, fue así como en una ocasión apliqué esa jurisprudencia y me decían que no me complicara, y fue allí que me di cuenta que eran algunos municipios los que aplicaban de forma distinta el tema de permitir a la víctima su participación.

Considero que la víctima también tiene su derecho, y ocurrió que ante el Tribunal empezaron a decretar nulidades por la ausencia de los representantes de las víctimas en las audiencias que se realizaban, y fue así como se encendió la alarma y hoy por hoy se trata de dar cumplimiento a lo que la jurisprudencia dice.

7. ¿Usted considera que las víctimas se encuentran reparadas integralmente?

Sí considero que han sido reparadas en su totalidad.

8. ¿Usted tiene algún comentario o alguna crítica por hacer al nuevo sistema penal acusatorio colombiano – Ley 906 de 2004?

El sistema está dado para que funcione y de hecho yo inicié el sistema en un Juzgado de Control de Garantías, y eso fue un caos porque no se sabía para dónde coger, porque uno decía una cosa y el otro decía otra, que teníamos competencia para un municipio o para otro, pero lo que sucede es que falta el engranaje total de todas las entidades, porque Medicina Legal no está comprometido porque no está en funcionamiento las 24 horas como sí lo está la Unidad de Reacción Inmediata – URI, ya que cuando se necesita un examen urgente éste se pierde, a veces en sus otras dependencias son mucho más eficaces, y la otra entidad que no está muy involucrada es el INPEC, porque yo he criticado mucho de que si un Juez dice que una persona queda en libertad, ellos tienen el mecanismo para que esa persona se vaya y eso es lo que tendría que pasar, pero ellos se los llevan esposados violándole el derecho sabiendo que ya quedó en libertad, y como tal no están comprometidos en muchas cosas; también mencionar a la Registraduría.

Para mí si camina el sistema penal acusatorio más que la Ley 600 de 2000, por el tiempo y porque las personas ven que si les van evacuando las cosas, las contestaciones, etc...

Falla el sistema penal acusatorio en que falta mucha gente, ya que ahora solo contamos con dos representantes de las víctimas, y afortunadamente ya están los estudiantes ahí ayudando, pero hay municipios donde no hay universidades, y donde hay un Defensor de víctimas para un solo municipio y es así como las audiencias se aplazan y a su vez se va represando el trabajo, por eso es que la gente ve que muchas veces el sistema no está funcionando; también se ve la necesidad de más salas de audiencias para evacuar oportunamente las diligencias. Además en las grandes ciudades es mejor, y con tanto tropiezo se ve que las cosas evolucionan.

ENTREVISTA AL JUEZ PENAL AMBULANTE DEL DISTRITO JUDICIAL DE GUADALAJARA DE BUGA, VALLE

Doctor Fabián Duque Carvajal

1. ¿Usted comparte o no la limitación que establece el Código de Procedimiento Penal sobre el decreto y práctica de las pruebas de oficio?

Importantísimo desde ya es empezar a materializar o defender la estructura que se empezó a implementar con la modificación que se le hizo a la Constitución a través del acto legislativo No. 03 del 2002, y fue tratar de desligarnos o de quitarnos de encima el sistema anterior con el principio de la permanencia de la prueba. ¿Por qué me voy a ese tiempo atrás? Porque si con ese acto legislativo se pretendió quitar ese principio de la permanencia de la prueba, con éste lo que se pretendía era implementar la carga dinámica de la prueba y por ello asumir un rol completamente diferente y más encaminado a un sistema de partes y netamente acusatorio.

Si lográramos implementar un sistema de partes netamente acusatorio en Colombia, la no práctica de pruebas de oficio o decreto de las mismas sería la carta propia para el desarrollo del sistema. Ello porque como lo dice el legislador, y como el mismo sistema anglosajón lo trae, el sistema es de partes y por ello el Juez lógicamente no tendrá una dinámica sino meramente de intervención y coordinación del acto, más no de toma de decisiones. El poder implementar el sistema de partes es a su vez poder implementar sobre unas bases firmes el principio de la igualdad de armas sobre el que se cimenta un sistema acusatorio propio. Si ese sistema acusatorio no se cimenta sobre la igualdad de armas, hay una desconfiguración del mismo que es lo que está pasando en este momento en el país.

El juez con una igualdad de armas no puede intervenir porque siempre van a ver dos partes que es un acusante y la otra que se defiende, si hay un tercero que

interviene, es el que desiguala las cargas y el principio de igualdad de armas se ve doblegado ante esa injerencia que el Juez tiene sobre el acto.

Entonces para redondear la idea, es que si logramos que haya un sistema de partes en Colombia acusatorio, yo defiendiendo la tesis de que no se decreten pruebas de oficio, ¿Qué pasa con el sistema colombiano actual? Que no logramos implementarlo como sistema acusatorio, sino como sistema mixto de corte inglés y que no ha permitido injerencia totalmente de lleno para que no haya una práctica oficiosa por parte del juez, prueba de ello y ejemplo de ello es la intervención que en el juicio oral el juez hace para aclarar las preguntas que hayan versado sobre interrogatorio y contra interrogatorio, está directamente interviniendo, desvertebración de la no practica de pruebas de oficio dentro de nuestro sistema penal acusatorio también es la injerencia del Ministerio Público cuando considera que es necesario la práctica de una prueba y a través bien sea de la Fiscalía o a través de la Defensa hacen saber al juez que necesitan una práctica o decreto probatorio, eso va en contravía del principio de igualdad de armas, va en contravía de un sistema penal acusatorio puro. Como ello está así, la tesis mía que siempre se ha dicho en todo lado, va de la mano con la línea que traemos y es que se busca dentro de un juicio la verdad, y la verdad solo se adquiere a través de una práctica de pruebas oficiosa también y como el corte de nuestro sistema penal acusatorio no es meramente adversarial y de partes, sino que es mixto, entonces va a encontrar la verdad en un sistema mixto es posible que se decreten pruebas de oficio y así mismo se practiquen muchas.

Por eso dentro del sistema colombiano yo consideraría válido y necesario el decreto, solicitud y práctica de pruebas de oficio.

- 2. ¿Usted qué crítica le hace al sistema inquisitivo en el que anteriormente se le daba al Juez la facultad de intervenir en la actuación judicial sin limitación alguna?**

Yo en honor a la verdad y a la poca lectura que tenido del sistema inquisitivo, porque tengo 30 años y solo llevo 8 en la judicatura, el sistema viene desde el 2006 en el Valle del Cauca, no he tenido una materialización en vivo del sistema de Ley 600, pero me voy a atrever a decirte una serie de cosas y es que la recolección de pruebas en el sistema inquisitivo llevaba muchas veces a la ilicitud de la ilegalidad de las pruebas, por eso las pruebas de oficio allá eran tan delicadas y más porque en el principio de la permanencia de la prueba que regía ese sistema, el acusador iba muy de la mano y con armonía con el Juez, entonces eso llevaba a una serie de irregularidades y a un camino soslayado siempre a favor del ente acusador, la defensa actuaba pero por allá muy alejada. Eso me parecía a mí que tornaba irregular el procedimiento, por lo sucio y lo oscuro de la forma de la recolección probatoria.

El sistema mixto que tenemos actualmente desde las audiencias preliminares que son las primeras recolecciones de pruebas que se hacen, pasan por el filtro del Juez de control de garantías, eso es sumamente importante, porque aunque no todas las interceptaciones de comunicaciones pasan por acá, si pasan por acá pero en control posterior, o sea cuando ya se han hecho, si es muy importante porque acá se les hace un filtro, y el juez deduce si hay ilicitud, hay ilegalidad, o hay violación de derechos fundamentales en cuanto a la recolección de la prueba. Entonces si es muy importante el filtro que hace el juez ahora y que no hacía en el sistema inquisitivo.

Que se decreten o no pruebas de oficio en el sistema inquisitivo... recuerdo que sí se hacían en la audiencia preparatoria y se hacía irregular, entonces no voy de la mano, en ese sistema inquisitivo donde el acusador con el juez iban tan junto que hubiese decreto de pruebas de oficio, a diferencia de lo que dije ahora, ahora sí, porque ahora incluso hay intervención del juez de control de garantías.

El ejemplo que hemos escuchado claramente es en un proceso de inasistencia alimentaria concretamente en este sistema inquisitivo, que están en juicio las partes

inician todo el debate probatorio, la práctica de pruebas y llegan a deducir que efectivamente el padre le debe alimentos al hijo, pero al final cuando hacen los alegatos conclusivos, la defensa solicita al ente acusador que explique si en realidad se demostró o no el parentesco, ya que no hubo la prueba del registro civil de nacimiento para acreditarlo, y se quedó el sin sabor porque nunca se allegó el parentesco por parte del ente acusador, y así se quedó, una prueba tan fehaciente y fácil como esa sería fácil que el juez la practicara de oficio...de no practicarse de oficio esa prueba, sí se da el traste con todo el proceso investigativo que hizo la Fiscalía y se tendría que dictar una sentencia absolutoria obligatoriamente contra una persona que tiene todas las características de ser responsable.

3. Dentro de las funciones judiciales que desempeña, ¿Alguna vez ha decretado pruebas de oficio?

No, porque en esta etapa tan previa no está uno sometido a la cuestión de partes en la controversia entre ambos, yo en control de garantías, y yo soy juez ambulante de crimen organizado o la unidad de bandas criminales de la Fiscalía. En el valle del cauca éste es el único juzgado que hay de estas características, ¿a que lleva eso? A que yo decrete o practique pero no de oficio, sino a solicitud de la Fiscalía muchas pruebas reservadas, porque las bandas criminales son un tema complejo de manejar, que no permite mucha publicidad, entonces en las audiencias reservadas no voy a tener la obligación de decretar de oficio muchas pruebas.

Una parte especial donde yo podría decretar una prueba de oficio sería dentro de una audiencia de imposición o no de una medida de aseguramiento con la finalidad de acreditar la inferencia razonable, donde me permita ver con claridad si hay la materialización de la conducta punible en temas meramente probables...un ejemplo más palpable es el tráfico o el apoderamiento de hidrocarburos que lo estoy manejando en la actualidad, y se presenta mucho que no se diga quienes son las víctimas, solo por haber un manejo de Ecopetrol en el país se piensa que solo Ecopetrol es la víctima, pero en un tema de apoderamiento de hidrocarburos hay el

medio ambiente como víctimas, hay las personas que viven aledañas al oleoducto, y allí oficiosamente yo podría y lo pensaría hacer a futuro que se traigan un documento donde se prueben la calidad de víctimas y eso sería tácitamente la aplicación de una prueba de oficio dentro de una audiencia preliminar.

4. Teniendo en cuenta que en la actualidad existe Sentencia del 30 de Marzo de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en donde se puede aplicar en determinados casos el decreto de pruebas de oficio, ¿Alguna vez se ha acogido a esta jurisprudencia para decretar oficiosamente alguna prueba?

En honor a la congruencia y a lo que acabo de decir, es que sí echaría mano de la sentencia, no he trabajado en un bagaje amplio en juzgados de conocimiento y por eso no lo he hecho, pero he tenido la oportunidad de acercarme a esa sentencia, de leerla y es una de las formas que permite argüirle a los jueces de circuito que lo hagan, y que no teman porque la Corte le ha dado un aval aunque lejano pero se lo ha dado y sin duda alguna lo haría.

5. ¿Usted considera que los principios de verdad, justicia y reparación actualmente se han cumplido a cabalidad?

Estamos en una deuda amplia con la verdad porque el sistema no nos ha permitido, no tenemos unas armas amplias para encontrar la verdad, tenemos una carencia en el allego de pruebas testimoniales al proceso, cuando uno cita a un testigo en conocimiento, el testigo o se muestra renuente, o el acusador no le ofrece las posibilidades de protección para él que en Colombia son muy diferentes a las de cualquier otro país, acá es violento ser uno testigo, entonces la verdad empieza a verse desmenuzada y se pierde en el ambiente, la reparación es difícil, una persona no encuentra ser reparada con facilidad y menos dentro de un incidente como el que manejamos donde concretamente no se han definido las etapas procesales del incidente y la judicatura tiene falencias en el trámite del incidente.

En temas de justicia no lo toco porque ahí lo he visto fuerte, la justicia como principio fundamental lo he visto fuerte habida cuenta que el ejecutivo y el legislativo también nos ha dado la mano de una manera clara, pero en temas de verdad y reparación si estamos muy carente.

6. ¿Usted cómo aprecia la participación de las víctimas en el proceso penal, teniendo en cuenta que son la parte pasiva en las que recae un agravio, y si cree factible la posibilidad de que ellos presenten una Teoría del Caso?

Efectivamente si el sistema colombiano fuera de un corte netamente adversarial y de partes o acusatorio, no tendría la víctima porque tener injerencia dentro del proceso, porque la víctima tiene un representante claro o dos si se quiere, y es la Fiscalía o el Ministerio Público. La víctima habla a través de la Fiscalía, es positivo, pero a ello se contrapone que nuestro sistema no es de corte adversarial sino mixto entonces lógicamente la participación de la víctima como la misma Corte lo dijo en la Sentencia C 207 de 2007 creo que es, tiene una participación muy activa y debe tenerla.

7. ¿Usted considera que las víctimas se encuentran reparadas integralmente?

Los procesos penales en Colombia por mi experiencia como empleado judicial me permiten decir que solo en etapas de mínimo talante donde las cuantías sean mínimas en temas de economía para la reparación, se logran solo en esos procesos: violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria; esos procesos permiten una reparación propia y fácil porque la misma Fiscalía los llama y los hace conciliar, los juzgados intervienen también permiten la conciliación, pero cuando ya nos vamos hablar de temas de grueso calibre la reparación se queda en nada, la verdad se queda en nada.

8. ¿Usted tiene algún comentario o alguna crítica por hacer al nuevo sistema penal acusatorio colombiano – Ley 906 de 2004?

Yo lo que haría de pronto no es atacar lo que está específicamente en la ley, sino permitir nuevamente la modificación de la Constitución desde las bases de ese artículo 250 que fue el que dio vida al sistema penal, y ello con esa finalidad única hablando del decreto oficioso de pruebas, con esa única finalidad se haría un acto legislativo diferente que permitiera el ingreso de alguna forma de la participación de otra forma de los intervinientes y del decreto oficioso probatorio.