



Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística
Año 8, vol. 17, Agosto-Diciembre 2021
ISSN: 2007-2023
www.acspyc.es.tl

Tensiones constitucionales de la prueba de oficio en el derecho penal colombiano

Constitutional tensions of ex officio evidence in colombian criminal judge

Fecha de recepción: 23/12/2020.

Fecha de aceptación: 27/02/2021.

Mtro. Uriel Ángel Pérez Márquez
Corporación Universitaria Rafael Núñez
uriel.perez@curvirtual.edu.co
Colombia

Mtro. Fernando Luna Salas
Universidad de Cartagena
flunas@unicartagena.edu.co
Colombia

Resumen

El ordenamiento jurídico colombiano prohíbe al juez penal la práctica oficiosa de pruebas, en aras de preservar el formalismo procesal y la imparcialidad del juez dentro del proceso. Pese a ello, un amplio sector jurisprudencial advierte una contrariedad entre esta disposición y los principios constitucionales que soportan el Estado Social de Derecho. Este artículo de carácter jurídico – reflexivo, el cual se aborda desde una investigación cualitativa con revisión bibliográfica, tiene como objetivo primordial, describir y analizar ese debate, y asumir una postura garantista, coincidiendo con quienes proponen que, en el contexto de la discrecionalidad judicial, la facultad para que el juez ordene la práctica de pruebas de oficio, de manera excepcional, no debería ser restringida, toda vez que el juez, es el director del proceso, es a él a quien le corresponde determinar las circunstancias concretas en las que apele a esta posibilidad, en aras de una justicia material.

Abstract

The Colombian legal system prohibits the criminal judge from taking evidence ex officio, in order to preserve procedural formalism and the impartiality of the judge in the process. In spite of this, a broad sector of jurisprudence warns of a contradiction between this provision and the constitutional principles that support the Social State of Law. This article has a legal-reflective nature, which is approached from a qualitative research with bibliographic review, has as its main objective to describe and analyze this debate, and to assume a guaranteeing position, agreeing with those who propose that, in the context of judicial discretion, the power for the judge to order the practice of evidence ex officio, exceptionally, should not be restricted, since the judge is the director of the process, and it is up to him to determine the specific circumstances in which he appeals to this possibility, in the interest of material justice.

Palabras clave: Prueba de oficio, Discrecionalidad, Carga de la prueba, Debido proceso, Estado Social de Derecho.

Keywords: Ex officio evidence, Discretion, Burden of proof, Due process, Social state of law.

Introducción

El debate en torno al manejo de la prueba y a su sustento ideológico dentro del ordenamiento procesal penal en Colombia no ha sido para nada pacífico, metafóricamente hablando. El mismo podría resumirse en la viabilidad constitucional para que un juez penal practique y ordene pruebas de manera oficiosa, pero la vasta y variopinta gama de posturas sobre el tema, a todas luces configurado como un conflicto teórico y conceptual entre diversos



planteamientos dentro de la Carta Política Nacional, ha impedido zanjar la discusión en favor de cualquiera de las posturas en disputa¹.

¿Es constitucionalmente viable que un juez penal ordene y practique pruebas de manera oficiosa? De acuerdo con la forma como está formulada la pregunta, podría pensarse que un simple sí o no bastaría para su respuesta; no obstante, se sabe que en el contexto académico eso no sería suficiente. También se sabe que en el mundo académico la recomendación es hacer uso de preguntas abiertas, que permiten mayor despliegue conceptual; pero no es menos cierto que, en ocasiones, estas carecen de la fuerza suficiente para indagar por las posturas alrededor de un tema álgido de discusión.

Una formulación académica del problema podría ser ¿por qué es constitucionalmente viable o inviable que un juez penal de conocimiento ordene y practique pruebas de manera oficiosa? Sin embargo, se estima que la formulación inicial centra de mejor manera el debate, dejando por sentado la necesidad de la argumentación.

Hecha la anterior precisión, los intereses de este artículo son participar en el debate desde una perspectiva netamente académica, intentando dar respuesta al interrogante planteado, pero asumiendo una postura crítica y propositiva en el entendido de que lo que aquí se expone sea operativo y tenga aplicabilidad en los estrados judiciales.

El mismo describe críticamente el estado de la discusión sobre las facultades o prohibiciones que en materia procesal penal tiene el juez para ordenar de manera oficiosa la práctica de pruebas, tomando como base la siguiente estructura expositiva: (i) ubica el contexto de la carga de la prueba como punto de partida; (ii) presenta analíticamente las dos orillas del debate y (iii) justifica una inclinación en favor de la posibilidad de que el juez penal, en su calidad de operador judicial y como representante del Estado Social de Derecho, ordene y practique por oficio cierto tipo de pruebas, en aras de la aplicación de una justicia material, que va más allá del ámbito estrictamente normativo.

¹ En los últimos años el tema ha despertado gran interés, tanto a nivel nacional como internacional, y no es poco lo que se ha escrito dentro y fuera de la comunidad académica del derecho y de la doctrina jurisprudencial. Sobre el terreno aparecen trabajos de juriconsultos y estudiosos del derecho, hoy convertidos en voces autorizadas para hablar del tema, que lo han abordado con alto grado de rigor académico y de honestidad. Entre ellos destacan “La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales-institucionales o los del justiciable”, de Luis Castaño Zuluaga; “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, de Jairo Parra Quijano; “Debido Proceso Vs Prueba de Oficio”, de Adolfo Alvarado Velloso y “La prueba”, de Michelle Taruffo.



(i) La carga de la prueba como punto de partida

Planteamientos académicos y jurisprudenciales definen el derecho procesal como la disciplina encargada del estudio de las acciones y diligencias que se realizan o deberían realizarse dentro de un conflicto judicial orientado o dirigido por un juez (Azula, 1993). El derecho procesal está directamente relacionado con la función de impartir justicia (López, 2002). Dentro de estos planteamientos, los fines del proceso judicial son la conservación de la paz y la armonía social, procurando la garantía y protección de los intereses comunes (Prieto & Quintero, 2000), por tanto, la carga de la prueba ha de verse en razón de los intereses de las partes (Montejo, 2009), alejada de la concepción tradicional del derecho y de lo estrictamente normativo, en función de un efectivo acceso a una justicia material.

Es indiscutible que la prueba es determinante para que puedan ejercerse y reconocerse los derechos sustanciales, sin ella el Estado no puede ejercer su función de administrar justicia a través del proceso que se recrea con los hechos debidamente reconocidos y probados, desterrándose así decisiones amparadas en el conocimiento íntimo del juez (Del Río y Luna, 2020, p. 28)

El proceso penal es de carácter público y de interés general. La fiscalía está obligada a garantizar el derecho a la justicia de la víctima y de la sociedad en su conjunto. De allí se desprende el concepto del *deber funcional de probar*, consistente en la obligación que le atañe al ente acusador de buscar e incorporar los medios de conocimiento al proceso.

Recuérdese que el principio de investigación integral establece que la labor investigativa del ente acusador conlleva la recopilación y el aporte al proceso judicial de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y de la información legalmente obtenida, sin que ello implique que el aparato estatal enfoque o establezca algún tipo de vinculación entre el sujeto activo y el hecho delictivo que se le imputa (Montejo, 2009). El actuar investigativo de la fiscalía debe centrarse por igual en la víctima y en el presunto agresor, en el entendido de que el eventual hallazgo de una prueba favorable al imputado debe ser comunicada y aportarse a la defensa.

En relación con la carga de la prueba y en virtud de la presunción de inocencia, el artículo 7° de la Ley 906 (2004), por la cual se implementa el Sistema Penal Acusatorio en Colombia, señala que “corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal”. Así mismo, se establece que la inversión de la carga de la prueba es legalmente imposible: jamás se le podrá pedir a la defensa que demuestre la



inocencia del presunto transgresor penal; el ente acusador es quien está llamado a probar la culpa.

En el nuevo ordenamiento procesal penal es función de la Fiscalía General de la Nación adelantar toda la labor probatoria necesaria, tendiente a desvirtuar la presunción de inocencia y superar cualquier duda razonable sobre la ocurrencia de la conducta, la autoría y la pena a imponer (Bedoya, 2008, p. 33).

Según Sentencia C-1194 de 2005, de la Corte Constitucional Colombiana, la Fiscalía es un ente acusatorio y probatorio que se define por el carácter de sus funciones. Allende a su responsabilidad superior en la búsqueda de justicia, su gran función es encontrar y presentar las pruebas suficientes y necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia dentro de un juicio.

La función de la defensa, por su parte, está limitada a controvertir, desacreditar y desvirtuar los medios probatorios que soportan la acusación, así como a generar duda razonable y favorable para el acusado, incluso mediante la eventual presentación de pruebas que le permitan la consecución de sus objetivos.

De acuerdo con la sentencia en mención, se trata de un sistema adversarial en el que le corresponde al ente acusador encontrar, principalmente, las pruebas que le permitan demostrar la culpa y lograr la condena, a la vez que le exige a la defensa una actitud más activa en la búsqueda de aquellas evidencias favorables a su causa.

En el Sistema Penal Acusatorio se establece y distingue claramente la necesaria diferenciación y separación de funciones: acusar, defender y juzgar. Son las partes las encargadas de llevar la verdad ante el juez como autoridad, cuya investidura le obliga a actuar con imparcialidad, desprovisto de sesgos y prejuicios. Su función se limita al estudio de las pruebas aportadas, negándole la posibilidad de que el mismo decida practicar pruebas de oficio.

En síntesis, el sistema privilegia la imparcialidad del juez, asignándole la tarea de juzgar y proferir un fallo con base en las pruebas aportadas por las partes dentro del proceso (Parra, 1995). El problema es que esta característica, estandarte del sistema adversarial, concebida y legitimada como real prenda de garantía para la aplicación de justicia, también podría entenderse como una muestra de pasividad dentro del sistema. Consecuente con la tesis de este documento, la imposibilidad jurídica para que el juez ordene y practique pruebas oficiosamente lesiona ciertos postulados constitucionales.



(ii) Análisis de la discusión

En medio del debate, el consenso respecto al Debido Proceso como derecho fundamental es una certeza, mientras que el papel del juez y su actuar procedimental es una incertidumbre. La discusión de fondo sigue siendo cuál debe ser el proceder del juez para obrar de manera imparcial, garantizar el Debido Proceso y propender por la efectiva aplicación de una justicia material.

Por un lado, están quienes defienden la idea de imparcialidad del juez, tal y como se señala dentro del andamiaje del Sistema Penal Acusatorio; por el otro, aparecen los que estiman que el juez no es un convidado de piedra, que la práctica oficiosa de pruebas le es inherente a su obligación como fallador imparcial, bajo el amparo de lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 26186 de 2007.

La finalidad de la prueba es que el conocimiento del juez valla más allá de la duda razonable y, según Taruffo (2012), la misma tiene una función retórica y una función epistemológica: la primera propende por el convencimiento del juez a partir de argumentos y el manejo discursivo de la prueba; mientras que la segunda, pugna por la llegada a la verdad a partir de los hechos y el conocimiento material de la realidad.

Dentro del sistema adversarial son obligaciones de la fiscalía y de la defensa aportar las pruebas necesarias y suficientes para el estudio del juez y su eventual sentencia; no obstante, existe el riesgo de posibles fallas o errores de procedimiento en el ejercicio de la acusación o de defensa. Ante estas eventualidades, la imposibilidad legal que se establece desde la Norma de Procedimiento Penal para que el juez oficie la práctica de pruebas se contrapone abiertamente con la finalidad de la prueba.

Por ejemplo, en el hipotético caso de que la defensa no cuente con los medios materiales, técnicos o económicos para una buena gestión dentro del proceso, las garantías de acceso a la ley en condiciones equitativas estarían seriamente comprometidas. De igual forma, si no existiese la prohibición legal para la intervención del juez, al percatarse de una falencia que lesione el derecho fundamental al Debido Proceso de alguna de las partes, este pudiese subsanarla con una prueba de oficio.

“El peligro concreto es que la ‘verdad’ sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante” (Taruffo, 2012, p. 81). De acuerdo con él, en la mayoría de los procesos, las partes no están interesadas en la verdad sobre lo sucedido sino en el cuidado de sus propios intereses. La posibilidad de la consecución y presentación de la prueba dependerá de la capacidad y de los medios de las



partes en disputa, lo que generaría desventaja entre los contendientes. La posibilidad de la práctica de pruebas de oficio por parte del juez conllevaría a un equilibrio de la balanza, a la protección de los derechos de los más débiles dentro de la controversia y al esclarecimiento de la verdad.

Así mismo aparece Parra (2004), quien le concede a la prueba de oficio la connotación de un *poder-deber* del juez, en el sentido de que su objetivo hallar la verdad alrededor de los acontecimientos dilucidados dentro del proceso.

En la otra orilla está Alvarado (2004), quien advierte que en el sistema adversarial colombiano son las partes quienes impulsan o detienen la marcha del litigio, son ellas quienes lo alimentan probatoriamente y quienes eventualmente podrían darlo por terminado, en las condiciones y circunstancias que ellas consideren pertinentes. Para él, conceder la posibilidad legal para que el juez ordene la práctica de pruebas de oficio sería retroceder a un sistema inquisitivo, donde el encargado de emitir sentencia actúa como juez y parte.

En el mismo sentido se ubica Ferrajoli (1995), cuyos planteamientos podrían resumirse como sigue: dentro del Sistema Penal Acusatorio, la imposibilidad jurídica para que el juez decreta la práctica de pruebas de oficio es uno de los fundamentos de su imparcialidad. La obligación de probar la culpa le corresponde a quien realiza la acusación y es menester de la defensa desmentir las acusaciones. El juez no puede desatender esta regla procesal ni decretar la práctica de pruebas de oficio, independientemente de cuales sean las circunstancias, porque atentaría contra su condición de imparcialidad.

Por supuesto, el debate ha trascendido los escenarios académicos del derecho y ha escalado hasta los altos tribunales. En 2006, la Corte Suprema de Justicia, instancia de cierre en el área del derecho penal, disertó en torno a la norma que prohíbe la prueba de oficio a partir de dos consideraciones: los principios constitucionales y los fines primordiales de la justicia y del proceso penal, introduciendo importantes avances para el debate.

Las conclusiones de esa discusión se recogen en la Sentencia 24468 de ese año, de donde se colige que la regla contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, que impone las restricciones al juez en el sentido de garantizar su imparcialidad, no es inamovible. De acuerdo con ese alto tribunal, existen casos en los que el juez sí puede decretar la práctica de pruebas de oficio, siempre y cuando los derechos constitucionales de alguna de las partes se vean amenazados y exista la argumentación correspondiente.



En lo que respecta a la Corte Constitucional y a su estudio sobre la constitucionalidad del referenciado artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, esa alta magistratura, a través de la Sentencia C-396 de 2007, señala lo siguiente:

(...) el proceso acusatorio en nuestra legislación no es típicamente adversarial, ni un sistema acusatorio puro, por lo que el juez no es un árbitro, sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito. De ahí que, el sólo hecho de que la pasividad probatoria del juez sea una regla estructural en el esquema penal acusatorio no es suficiente para concluir la constitucionalidad de la norma acusada.

Sobre esa base, la entidad reconoce que la limitación para que el juez ordene la práctica de pruebas de oficio es una de las características fundamentales del Sistema Penal Acusatorio y que, por tanto, son las partes las llamadas a aportar las pruebas para que el juez las estudie, las valore y tome sus respectivas decisiones. Sin embargo, no cierra la posibilidad para que eventualmente el juez decida decretar la práctica de pruebas de manera oficiosa, coincidiendo con las razones que esboza la Corte Suprema de Justicia.

Es decir, las sentencias de ambas magistraturas concuerdan al señalar que el sistema adversarial colombiano no es puro y que, en el marco de sus propias variaciones, la práctica de pruebas de oficio por parte del juez es posible, siempre y cuando se pretenda la verdad, un mayor y mejor conocimiento de los hechos y la determinación justa en torno a la culpa o responsabilidad del acusado.

Sin embargo, pese a esta aparente claridad, el problema vuelve y se complica cuando la Corte Constitucional, en la misma Sentencia C-396 de 2007, enfatiza en la naturaleza adversarial del proceso penal y en la imparcialidad del juez en tanto su razón de ser.

Para esta Corte, es claro que el proceso penal tiene como finalidad la búsqueda de la verdad, pero no es menos cierto que el sistema demanda una procura por mantener un equilibrio entre las partes, a partir de lo que se conoce como el principio de la Igualdad de Armas.

En consonancia, oficiar la práctica de una prueba no necesariamente implica la inclinación del juez en favor de la acusación o de la defensa; su interés se centra en dotar de un contenido más garantista, democráticamente hablando, la noción de verdad. No obstante, esta opción sí podría generar un desbalance entre los contendientes, pues atentaría contra el



principio de igualdad de armas, traducido en el que ambas partes puedan acudir ante el juez con las mismas herramientas y en igualdad de condiciones.

Y es ahí nuevamente donde dan un paso al frente quienes defienden la necesidad de que se habilite legalmente al juez para que pueda oficiar la práctica de pruebas, para que dirima en justicia y garantice los principios constitucionales, máxime si está sentenciado que el sistema adversarial en Colombia no es absoluto y que el juez no debe ser un sujeto pasivo.

Grosso modo, el Sistema Penal Acusatorio del país, cuyo andamiaje jurídico radica en el Acto Legislativo 03 (2002) y en la Ley 906 (2004), es principalmente adversarial, aunque no puro. En él prima la igualdad de las partes ante el juez y la imparcialidad de este dentro del proceso penal, lo que le condiciona al papel de simple veedor.

Pese a ello, la posición de este texto se compagina más con la emanada de las altas cortes, también compartida por doctrinantes como Parra y Taruffo. La prueba de oficio es constitucionalmente viable dentro del proceso penal toda vez que la misma le permitiría al juez conocer de mejor manera los hechos y tener mucha más claridad al momento de proferir su fallo.

Por encima de una posible inclinación de la balanza, e incluso más allá de la eventual subsanación de una falencia o de llenar un vacío en la acusación o en la defensa, la posibilidad de las pruebas de oficio estaría encaminada al esclarecimiento de los hechos, al hallazgo de la verdad y a la protección efectiva y material de los derechos de las partes, en especial de las víctimas y del acusado.

Por supuesto, la imparcialidad del juez debe prevalecer dentro del proceso. Para que el juez ordene la práctica de pruebas de manera oficiosa, es menester que, con base en criterios de proporción y racionalidad, determine las circunstancias excepcionales y argumente en favor de la necesidad de su actuación en ese sentido. Recuérdese que, bien desarrollados, los principios de proporción y racionalidad conducen a decisiones más racionales y justas.

Recuérdese también, que la Sentencia C-104 de 2010, de la Corte Constitucional, reafirma que los bienes jurídicos no son absolutos ni intocables, ni siquiera en el derecho penal. Que, en caso de que así fuese, ello socavaría las bases del pluralismo dentro del Estado Social de Derecho, donde sólo los derechos de los menores prevalecen sobre los demás; del resto, ningún derecho está por encima de otro.

Aunque un tanto restringida, con esta interpretación de la norma por parte de la Corte Constitucional se avanza significativamente en lo referido a las garantías para el



indiciado y la víctima; así como para la sociedad, que tiene derecho a conocer la verdad sobre el ilícito.

Sin embargo, sigue siendo una limitante en la medida en que el proceder mediante la práctica oficiosa de pruebas solamente se permite en las audiencias preliminares, bajo el precepto de que es el juez de garantías el guardián del derecho constitucional al debido proceso. Al juez de conocimiento, responsable de hallar la verdad y emitir el fallo, simplemente se le pone en medio del debate probatorio, al momento del descubrimiento de las pruebas.

(iii) Postura crítica adoptada

De acuerdo con la definición que hace la Corte Constitucional en la Sentencia T-406 de 1992, sobre el Estado Social de Derecho, se trata de un modelo de democracia híbrido, resultado de la combinación entre el Estado Constitucional Democrático, que pugnaba por garantizar la participación ciudadana, y el Estado de Bienestar, donde el componente social adquiere relevancia y lo primordial es garantizar la calidad de vida de los ciudadanos.

En el Estado Social de Derecho el actuar de los entes estatales, primordialmente de aquellos encargados de la administración de justicia, está sujeto a los postulados constitucionales. Entre dichos postulados aparece el derecho al debido proceso y a las garantías mínimas ahí contenidas; así como el respeto por los derechos y la dignidad humana.

Otra forma de definir el Estado Social de Derecho es la que hace Villar (2007) al señalarlo como aquel que apunta a una igualdad real. Para este autor, el Estado de Derecho convierte el derecho en una expresión del más fuerte, por lo que el mismo no era suficiente para los fines de igualdad que la sociedad requiere. Según él, el Estado Social de Derecho es una respuesta a esas necesidades, lo cual cobra mayor relevancia en un contexto donde las dinámicas sociales se ven transversalizadas por fenómenos como la globalización, que cuestiona e invita a la redefinición de la democracia misma, incluso desde sus valores fundantes (Atienza & Ferrajoli, 2005).

En el sistema adversarial el papel del juez debe ser imparcial, lo cual “se centra en el hecho de que el juez debe llegar totalmente virgen de información (...)”, y en que “la imparcialidad exige que el juez de conocimiento sea básicamente un tercero imparcial, que simplemente escuche (...)” (Solórzano, 2010, p. 78).

En un Estado Social de Derecho como el colombiano, la función del juez no se limita a la aplicación de la Ley, como ocurría en el Estado de Derecho, donde imperaba la norma y su



aplicación. Acá por el contrario, el juez está obligado a proteger la Constitución y debe interpretar y aplicar la Ley acorde con lo que la Constitución ordena.

Dicho de otro modo, el juez tiene la potestad de oficiar pruebas en aras de una justicia material y para la salvaguarda de la Constitución. En palabras de la Corte Constitucional (2009), “la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia”.

Es decir, el llamado al juez es a que cumpla una función que va más allá de lo meramente interpretativo y del ceñirse de manera literal a lo que dice expresamente la norma. Es a que, en cada caso concreto y desde una perspectiva integradora, resuelva la *Aporía Fundamental* (Wiehweg, 1964); a que defina qué es lo justo aquí y ahora. A que analice y actúe fundamentado en un análisis razonable y bajo la comprensión de la totalidad del ordenamiento jurídico. Y sí para ello requiere oficiar la práctica de pruebas, a bien tendrá la facultad de hacerlo.

La Sentencia C-011 de 1994, de la Corte Constitucional, corrobora lo que viene en comento, con lo cual también se reafirma la independencia de la rama judicial respecto a las demás ramas del poder público. Así mismo, se asienta la idea de sujeción obligatoria al debido proceso por parte del operador de justicia, con el fin de proteger los derechos fundamentales y que haya una verdadera administración de justicia material en los fallos.

Se aprecia entonces, que la potestad del juez para oficiar la práctica de pruebas dentro del proceso penal está contenida en el modelo mismo y fundamentada constitucionalmente, según los alcances establecidos por el máximo tribunal. El principio de la Igualdad de Armas no puede ser pretexto para que el operador judicial evada su misión de revisar cada caso concreto y adaptar su práctica jurídica a los fines del Estado.

Por ello, se considera que la tesis esbozada en el artículo 361 de la ley 906 de 2004 y declarada como exequible constitucionalmente según la Sentencia C-396 de 2007, no está a tono con la postura que históricamente ha seguido la Corte Constitucional respecto a las pruebas de oficio dentro del proceso penal. Pero lo más importante, no es la única salida jurídica que existe para sacar adelante el proceso penal sin contravenir los postulados del sistema adversarial.

Al respecto, la visión compartida por un importante sector doctrinante del país es que, con esa sentencia, la Corte Constitucional dio un viraje radical y alarmante respecto a sus habituales posturas garantistas, privilegiando apegarse al formalismo legislativo. Sin



embargo, lo más preocupante es que formalmente le reconoció al legislador la facultad para diseñar los procesos judiciales, incluyendo el penal, desconociéndose en su rol de custodio de la Constitución que debe velar porque ninguna norma ni proceso actúe en contravía de los derechos fundamentales ahí establecidos (Castaño, 2010).

Es decir, es contradictorio señalar que la prohibición de la práctica de pruebas de oficio dentro de los procesos penales se corresponde con la Constitución. Como se ha dicho en líneas anteriores, los alcances de los fundamentos constitucionales le conceden un papel protagónico al juez, quien debe regirse siempre por el interés general. La Sentencia C- 836 de 2001 del alto tribunal constitucional también va en esa dirección. No obstante, la pluricitada C-396 de 2007 le ata de manos, limitándole frente al poder del legislador, con lo que se afecta el equilibrio de poderes.

Pero el desequilibrio no es sólo entre las ramas del poder, las limitaciones al operador de justicia también podrían llegar a afectar el ordenamiento jurídico. En el Estado Social de Derecho el proceso penal se entiende como la concreción del Derecho Constitucional, cuya finalidad es la administración de justicia material. Lo que ahí se discute y decide en alguna forma afecta a la sociedad, quien a la postre es la interesada en que se esclarezcan los hechos en torno a un delito.

El propósito de la administración de justicia en el ámbito de lo penal es llegar al mayor grado de verdad posible, a fin de poder aplicar la justicia material. Se insiste en que resulta contradictorio el que la Corte Constitucional haya declarado exequible el Artículo 361 de la Ley 906 de 2004, toda vez que la misión de ese alto tribunal es servir de garante de la Constitución y de los postulados contenidos en ella. Por ello se celebra el salvamento de voto realizado por el magistrado Pinilla, quien argumentó su decisión señalando que la declaratoria de exequibilidad de dicha norma es contraria a la protección de derechos fundamentales como la libertad y la justicia material, entre otros.

Otro de los argumentos para evidenciar la contradicción en la que incurre la Corte Constitucional es el reconocimiento que desde esa magistratura se hace sobre el Sistema Penal Acusatorio adoptado por Colombia. De sus diferentes pronunciamientos se desprende que se trata de un sistema impuro, esencialmente, pero no netamente, adversarial, en donde no se puede hablar de igualdad entre las partes, razón por la que el juez no puede ser un simple árbitro.

El proceso penal es una contienda jurídica en la que el Estado, representado por la fiscalía en su rol de ente acusador, se enfrenta a uno o varios particulares. De antemano, al



ente estatal se le reconoce mayor capacidad técnica y logística para la práctica de pruebas y el desarrollo de la investigación. Además, en el proceso, eventualmente, también pueden intervenir el Ministerio Público y las víctimas. Por ello, sin que la prueba de oficio signifique una inclinación de la balanza en favor de alguna de las partes, autorizar legalmente su realización excepcional sería beneficioso en la búsqueda de la verdad por parte del juez, quien tendría más herramientas para lograr la aplicación de la justicia material, tal y como se le obliga desde la Constitución y con los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Ahora bien, agotado el asunto en favor de la viabilidad constitucional de la práctica de pruebas de oficios por parte del juez, es menester insistir en que la apelación a este recurso debe ser de manera excepcional, con la debida argumentación sobre la necesidad de este proceder.

En ese sentido, en cada caso concreto, el administrador de justicia está obligado a la realización de un estudio minucioso sobre los derechos constitucionales comprometidos y las posibles contraposiciones entre ellos, a fin de determinar con exactitud cuál sería el principio fundamental más afectado al momento de decretar o no la práctica de la prueba. Como bien lo señala Marín (2007), el administrador de justicia constantemente se está enfrentando a la necesidad de hallar el equilibrio entre la *estabilidad* y la *flexibilidad* de las normas.

Siguiendo con Marín (2007), el ordenamiento jurídico escasamente se ocupa de fijar estructuras jerárquicas o criterios de jerarquización en torno a los derechos y a los principios constitucionales. A excepción de los derechos de los niños, ningún derecho prevalece sobre otro. La ponderación de alternativas queda supeditada a las instancias de aplicación de justicia y es ahí donde el juez, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, está obligado a estimar jurídicamente el valor de los derechos e intereses contrapuestos y optar entre las diferentes alternativas que tiene a su haber.

En medio de esa discrecionalidad judicial, frente a un caso de compleja interpretación, en el que se confronten dos principios o valores fundamentales, el test de ponderación de la proporcionalidad de Alexy (2010) se antoja como de gran utilidad. De manera sucinta, su objetivo es lograr la mayor optimización de los principios en conflicto, sopesándolos y determinando los niveles de satisfacción e insatisfacción de cada uno en relación con el otro, para por este medio establecer el grado de restricción, la importancia de la satisfacción y la justificación de la restricción. Dicha ponderación permite definir los argumentos adecuados para la justificación del porqué se deja de aplicar tal o cual principio o valor.



Sumado a ello, también es apremiante reafirmar una tesis esbozada con antelación: la imposibilidad legal de la prueba de oficio pone al juez de conocimiento en una situación penosa, donde se le exige el hallazgo de la verdad, la custodia de la Constitución y la toma de decisiones justas, mediante la ponderación jurídica de las circunstancias, pero se le coarta en su capacidad de autonomía para ese ejercicio.

Mientras al juez de control de garantías sí se le faculta como juez constitucional y se le es permitido que oficie la práctica de pruebas, en aras de preservar los derechos fundamentales; al juez de conocimiento se le obliga a distanciarse de su función primordial, que es la de procurar la aplicación de la justicia material como mandato constitucional. Sin embargo, resulta más contradictorio el que al juez de conocimiento se le reivindique como director del proceso, pero, en la eventualidad de percatarse de una presunta vulneración de derechos, estaría llamado a asumirse como convidado de piedra, incluso, guardando una especie de silencio cómplice beneficioso para la vulneración.

Ahora bien, téngase de presente algo que ya se ha mencionado en estas líneas y sobre lo cual se hará el siguiente redondeo: la postura en favor de la prueba de oficio aquí defendida jamás debe considerarse como una letra en blanco en contra del sistema adversarial. Por el contrario, este escrito reconoce la necesidad de la imparcialidad del juez para un correcto funcionamiento del sistema, y se pliega a la idea de que la característica fundamental de un sistema jurídico garantista, está en el hecho de que dentro del proceso penal se fija con claridad el asunto sobre la necesidad de la prueba, quién debe probar y qué se debe probar. El juez, como director del proceso, sólo podría intervenir en circunstancias excepcionales.

Dicho de otro modo, la responsabilidad de las cargas probatorias recae sobre las partes en contienda, especialmente sobre la fiscalía como ente acusador, obligada a demostrar la conducta delictiva y la culpa alrededor de ella. La posibilidad de la prueba de oficio permanente y sin ningún control desnaturalizaría el sistema por lo que su eventual aplicación es de carácter excepcional, contextualizado y argumentado.

Efectivamente, jurisprudencialmente hablando, existe una tensa zona gris en la que se ubican frente a frente los intereses del individuo y los intereses del colectivo, ambos sujetos de derechos. Ante la eventual comisión de un delito, entendiendo la complejidad y controversia que genera un intento de balance entre la salvaguarda de los derechos del enjuiciado y los de sociedad en su conjunto, el proceso penal se debate constantemente entre el interés general y el respeto por las formas procesales.



Sin duda alguna, siempre existe la probabilidad de una inadecuada defensa, que podría poner en riesgo la libertad o el buen nombre de un ciudadano, lo cual sería sumamente grave en la eventualidad de que se tratase de una mala acusación. También es probable un caso en contrario, donde una mala acusación podría suponer la imposibilidad para el esclarecimiento de la verdad y por ende una vulneración al derecho a la justicia para la víctima y para la sociedad. Y por supuesto, también es probable una mala gestión de ambas partes dentro del proceso. En todos los casos, se demanda del juez la necesidad de recurrir a herramientas que le faciliten la acción probatoria, en aras de un debido proceso formal y verdadero.

Pero la posibilidad de la práctica de pruebas de oficio tampoco debe entenderse como artilugio jurídico para evadir la responsabilidad normativa, ética, moral y profesional de los profesionales del derecho intervinientes en el proceso: la norma señala que la carga de la prueba le corresponde primordialmente a las partes, especialmente a la fiscalía en su rol de ente acusador; pero por encima de ello, están comprometidos los principios constitucionales y los derechos fundamentales de la víctima, del acusado y de la sociedad en su conjunto.

El carácter de excepcionalidad y de contextualización implica precisamente que no siempre será necesaria. Una eficiente labor de acusación y defensa, que podría incluir o no la participación colaborativa del Ministerio Público y de las víctimas, debería ser suficiente para lograr el esclarecimiento de la verdad alrededor de la presunta conducta punible y llevar al juez a un conocimiento por encima de la duda razonable. Así mismo, habrá casos en donde serán tantas las dudas y tan mínimas las certezas, que el esclarecimiento de la verdad no sería posible ni siquiera con la práctica de pruebas de oficio por lo que su decreto sería irrelevante.

Así las cosas, las controversias en las que se estime pertinente considerar la práctica de pruebas de oficio por parte del juez serán aquellas en donde existan dudas que le puedan ser resueltas con este proceder, previa argumentación en favor de ello. La argumentación, a su vez, debe ser en consonancia con la defensa de principios constitucionales del Estado Social de Derecho tales como el derecho a la presunción de inocencia, a la libertad, a la verdad y a la justicia material, entre otros.

La idea de posibilitar que el juez penal proceda en los términos de sus mandatos constitucionales, así ello devenga en una intervención directa de su parte dentro del debate probatorio, no puede leerse como antitécnico, inconveniente o profano. Tampoco se trata de apologizar el activismo judicial, el cual resulta igual o más peligroso que la pasividad cómplice. El objetivo es la consecución de una correcta y equilibrada impartición de justicia,



que garantice la aplicación de la justicia material y los demás derechos comprometidos dentro del proceso.

A manera de cierre

La forma en la que se hace el derecho sustancial, que es la forma en la que se manifiesta el derecho mismo (Goldschmidt, 1978), no es más que aquella en la que se busca alcanzar la verdad y lograr la justicia. En razón a ello, la labor judicial debe ir encaminada a hacer uso de las herramientas que sean necesarias para resolver la aporía fundamental.

Toda vez que la decisión judicial debe estar enfocada en la determinación de la verdad de los hechos, es primordial que ésta sea la consecuencia de un procedimiento racional y crítico, y que esté sujeta a reglas y principios, con el fin de que el juez pueda ejercer un debido control y determinar su validez. (Carrillo y Luna, 2021, p. 207)

De acuerdo con los mandatos constitucionales del juez, su actuar debe corresponderse con el de guardián de la Constitución. En esa condición, es él quien dictamina el contenido y alcance de ese enunciado normativo, a la vez que se encarga de dirimir los conflictos derivados de la aplicación o interpretación de una norma.

En tal sentido, se considera, que el decreto oficioso de pruebas de manera excepcional en el área penal, debe constituir una manifestación del deber del juez de procurar la verdad de las proposiciones o enunciados facticos, y que tiene como soporte, la forma política del Estado Social de Derecho, donde el administrador de justicia deja de ser un pasivo funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para convertirse en un garante de los derechos materiales.

De igual forma, el juez al decretar una prueba de oficio de manera excepcional, no desplaza a las partes ni mucho menos al órgano investigativo, ni tampoco asume la defensa de sus intereses privados. Desde una óptica constitucional y garantista, la facultad de decretar pruebas de oficio implica un deber del funcionario judicial con el derecho sustancial y por ende con la verdad. Por ello, el decreto de pruebas no debería afectar la imparcialidad del juez, lo importante es que el juez al decretar una prueba oficiosamente, ofrezca la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

Por otra parte, no siempre los casos presentan elevados niveles de dificultad: existen “casos fáciles” (Hart, 1980), en los que se logra llevar al “auditorio”, parafraseando a Perelman (1997), a un alto grado de convencimiento. Sin embargo, también existen los casos complejos, con posibilidades de resolución igualmente válidas.



En los casos complejos o ante la flagrante violación de una garantía constitucional, el juez debe moverse en el terreno de las opciones últimas (McCormick, 1990), lo que supone actuar oficiosamente en el ejercicio de sus funciones. La función dinámica de la judicatura en favor de las garantías constitucionales se corresponde con la propuesta *ius filosófica* del Estado Social de Derecho.

Ante los evidentes tumbos de la Corte Constitucional respecto al rol del juez penal en el marco de lo probatorio, la Sentencia 24468 de 2006, de la Corte Suprema de Justicia, donde se establece la posibilidad jurídica para que el juez penal pueda, excepcionalmente, oficiar la práctica de pruebas es un avance en la tarea de preservar el Estado Social de Derecho y se erige como un gran bastión para la garantía de los derechos constitucionales.

Lista de referencias

- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Universidad de Buenos Aires.
- Alvarado, A. (2004). *Debido Proceso versus Prueba Oficio*. Temis.
- Atienza, M. y Ferrajoli L. (2005). *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. UAM.
- Azula, J. (1993). *Manual de derecho procesal civil. Teoría general del proceso Tomo I*. Temis.
- Bedoya, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación. <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>
- Carrillo, Y. y Luna, F. (2021). Aproximaciones conceptuales al razonamiento de los hechos, la verdad y la prueba. *Jurídicas CUC*, 17(1), 173–210. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.07>
- Congreso de la República de Colombia (31 de agosto de 2004) Ley 905 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658.
- Constitución Política de Colombia (1991). Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia (9 de agosto de 2001) Sentencia C- 836. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional de Colombia (21 de enero de 1994) Sentencia C-011. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional de Colombia (22 de noviembre de 2005) Sentencia C-1194. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional de Colombia (23 de mayo de 2007) Sentencia C-396. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].



- Corte Constitucional de Colombia (17 de junio de 1992) Sentencia T-406. [M.P. Ciro Angarita Barón].
- Del Río, E. Y Luna Salas, F. (2020). La prueba indiciaria. Una mirada desde los sistemas procesales civil y penal. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Goldschmidt, W. (1978). *Justicia y verdad*. La Ley).
- Hart, H. (1980). *El concepto del derecho*. Editora Nacional.
- López, H. (2002). *Procedimiento civil. Parte general*. Dupre Editores.
- Marín, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia.
- Montejo, M. (2009). *Prohibición de la Prueba de Oficio en el Proceso Penal: Entre la ilegalidad y la Justicia Material*.
<http://programasocrates.uniandes.edu.co/pdfs/revista2/montejo.pdf>
- Parra, J. (1995) *Crisis de la noción clásica de la Carga de la Prueba*. XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre – Cali. <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/20/JairoParra.pdf>
- Parra, J. (2004) *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Temis.
- Perelman, C. (1997) *El imperio Retórico*. Norma.
- Prieto, E & Quintero, B (2000). *Teoría General del Proceso*. Temis.
- Solórzano, C. (2010). *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Nueva Jurídica.
- Taruffo, M. (2003). Investigación Judicial y producción de pruebas por las partes. *Revista de Derecho*, 15. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v15/Art10.pdf>
- Taruffo, M. (2012) *La Prueba, artículos y Conferencias*. Monografías Jurídicas Universia. (Ed. Metropolitana). <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>
- Villar, L. (2007). *Estado de Derecho y Estado Social de Derecho*. 11. revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/705/667
- Wiehweg, T. (1964). *Tópica y Jurisprudencia*. Trad. Luis Diez-Picazo. Taurus