



## **PRUEBA DE OFICIO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL<sup>1</sup>**

**Autor**

**Maribel Velandia Bonilla<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> Resultado de investigación dentro de la “Especialización de Derecho Penal Constitucional y Justicia Militar “ de la Universidad Militar Nueva Granada

<sup>2</sup> Abogada Universidad Santo Tomás Tunja, Diplomado Responsabilidad Contractual y extracontractual del Estado de la Universidad de Tunja, Diplomado en infancia y adolescencia Universidad Santo Tomás de Tunja, Diplomado en Derechos Humanos Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada de Colombia, Abogada Litigante de La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional área de Defensa Judicial. E. Mail [Maribel.velandia1083@correo.policia.gov.co](mailto:Maribel.velandia1083@correo.policia.gov.co)

# **Prueba De Oficio En El Derecho Penal Colombiano y Afectación Al Principio De Justicia Material**

**Maribel Velandia Bonilla<sup>3</sup>**

## **Resumen**

Con el presente ensayo busco estudiar si resulta el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, violatorio de principios como el de la Justicia material, debiendo indicar que la presente investigación ostenta un tinte social por cuanto se busca obtener o brindar claridad respecto de la afectación o no, que pueda tener al interior de nuestro ordenamiento jurídico el prohibir al Juez Penal decretar pruebas de oficio, prohibición que de manera taxativa se encuentra contemplada en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal y que so pena de haberse tratado jurisprudencialmente no resulta claro si existe o no vulneración a principios como por ejemplo el de la justicia material, que en últimas resulta de suma importancia cuando se trata de la preservación de derechos de relevancia para los seres humanos, entre estos el de la libertad.

El presente ensayo se enmarca dentro de una investigación de tipo propositiva, puesto que, plantea un problema en el que se busca brindar un enfoque respecto de la prueba de oficio en Colombia en materia penal, y si con respecto a la prohibición planteada en la normatividad específicamente en el artículo 361 del C.P.P existe afectación al principio como el de justicia material y consecuentemente la vulneración a los derechos fundamentales como el de la libertad, concluyendo desde mi estudio que efectivamente la norma en mención

---

<sup>3</sup> Abogada Universidad Santo Tomás Tunja, Diplomado Responsabilidad Contractual y extracontractual del Estado de la Universidad de Tunja, Diplomado en infancia y adolescencia Universidad Santo Tomás de Tunja, Diplomado en Derechos Humanos Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada de Colombia, Abogada Litigante de La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional área de Defensa Judicial. E. Mail [Maribel.velandia1083@correo.policia.gov.co](mailto:Maribel.velandia1083@correo.policia.gov.co)

incurre en una afectación al principio de la Justicia material puesto que restringe al juez en su actividad probatoria.

## **JOB TEST COLOMBIAN CRIMINAL LAW AND THE PRINCIPLE OF JUSTICE AFFECTATION MATERIAL**

### **Abstract**

With this essay I seek to study whether it is Article 361 of the Code of Criminal Procedure, which violates principles such as material Justice, it should indicate that this research holds a social tinge because it seeks to obtain or provide clarity regarding the involvement or no, you may have within our legal order prohibiting the Criminal Judge decree evidence ex officio, prohibition exhaustively is referred to in Article 361 of the Code of Criminal Procedure and pain of having been treated jurisprudencialmente not clear whether there is no violation or earlier such as the material justice, which ultimately is extremely important when it comes to maintaining rights of relevance to humans, among them freedom.

This essay is part of an investigation of propositional kind, since, poses a problem in that it seeks to provide an approach to test office in Colombia in criminal matters, and if regarding the prohibition proposed in the regulations specifically in Article 361 of the CPP there is involvement at first as the material justice and consequently the violation of fundamental rights such as freedom, concluding from my study actually the norm in question incurs an affectation to the principle of material justice since it appeases the judge guarantees control function to cease its probative activity.

### **Palabras clave:**

Prueba, Justicia material, efectividad, derecho penal.

### **Keywords:**

Proof, material justice, effectiveness, criminal law.

## INTRODUCCIÓN

En primera medida debo manifestar que, mi interés por el tema del presente trabajo surgió de mi labor profesional, aunado a la especial importancia que reviste el tema probatorio no solamente al interior del proceso penal sino de las demás jurisdicciones del derecho, por cuanto se convierte en uno de los instrumentos de suma importancia a fin de controvertir o permitir que prosperen las pretensiones solicitadas al interior del plenario.

Como es bien sabido, en la mayoría de las jurisdicciones las pruebas de oficio se pueden decretar por el juez sin que exista impedimento alguno para éste, verbigracia en el proceso contencioso Administrativo el fallador tiene la potestad, o mejor la facultad de decretar las pruebas de oficio que a bien lo tenga, esto con el fin de atender a uno de los principios importantes al interior de cualquier proceso como lo es el de la verdad, sin que exista para este prohibición alguna; Sin embargo resulta inusitado el hecho de que exista en nuestro ordenamiento jurídico una norma que de manera taxativa prohíba al Juez Penal la facultad de decretar pruebas de oficio, cuando lo que en primera medida resultaría más acertado es que al fallador, y aún más en materia penal se le permita realizar un despliegue probatorio sistémico a fin de llegar a encontrar la verdad no solamente formal sino la verdad material de allí que se pregone la realización de un principio de suma importancia como lo es el de la realización de la justicia material.

Atendiendo a éstas circunstancias, se debe indicar que si bien es cierto se contempló el artículo 361 del Ordenamiento Penal Colombiano, también lo es que por vía jurisprudencial se ha tratado el tema, sin que en mi concepto se haya dilucidado la pregunta que se plantea en el presente trabajo y se pretende desarrollar. Al respecto en sentencia C- 396 de 2007 la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

La prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí

pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. A esa conclusión se llega después de adelantar el análisis sistemático y teleológico de la norma acusada. Nótese, que no sólo la ubicación de la norma demandada en el contexto normativo significa que la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria, sino también que la ausencia de regulación al respecto en las etapas anteriores al juicio, muestran que la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual, mientras se ubica en la etapa de contradicción entre las partes, en la fase del proceso en la que se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquella que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal. (Corte Constitucional de Colombia, 2007, p. 2)

Sin embargo, y a pesar de lo manifestado por la Corte Constitucional, de igual forma sigue latente el problema planteado pues se debe recordar que el fondo del asunto siempre será resuelto por el juez de conocimiento, en tal evento es claro que ante la inactividad del fiscal o del juez con función de control de garantías podría surgir la afectación a derechos fundamentales y principios como el de la justicia material<sup>4</sup>, por lo que la sentencia en mención no resultaría clara o mejor dicho no brindaría una certidumbre total respecto del tema planteado, aunado a que en este evento existiría afectación al derecho de igualdad en el sentido del porqué se le otorga facultades oficiosas al Juez con función control de garantías y porqué la misma facultad se le restringe al Juez de conocimiento, máxime que

---

<sup>4</sup> El principio de Justicia material representado primordialmente por el requerimiento de ser tratado de forma justa, teniendo en cuenta las múltiples transformaciones que a diario se presentan en la sociedad, por ende, se demanda del sistema jurídico una efectividad materializada en una verdadera justicia.

como se ha venido manifestando éste es quién resuelve de fondo la Litis, y en consecuencia es el que hará que se efectivice la realización del principio de justicia material, principio este que concebido desde diferentes doctrinantes, entre estos ROOS lo define como “la aplicación correcta de la norma jurídica en contraposición de lo arbitrario y en la afirmación de la normalidad pragmática de la sociedad” (Londoño, 2010, p. 121), por lo tanto es indudable que se trata de un principio en el que prima la justicia en todos sus sentidos, y que atendiendo al Estado en el que nos encontramos lógicamente se debe propender y velar por el cumplimiento total del mismo, ya que tal cual lo ha contemplado nuestra constitución política desde su preámbulo el cual es vinculante, Colombia es un Estado Social de Derecho, definido por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera:

El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. El avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático. (Corte Constitucional de Colombia, 1995, p. 1)

Entendiendo el alcance del Estado que la Constitución de 1991 implementó para Colombia, lógicamente se debe pregonar por la conservación y preservación del mínimo de derechos y principios fundamentales que benefician o afectan a los ciudadanos, más aún cuando dicha protección se encuentra bajo el respaldo de

una norma que debe ser de obligatorio cumplimiento, pero que puede estar contraviniendo no solamente la norma de orden constitucional sino los derechos, principios y normas contempladas en el bloque de constitucionalidad.

Así las cosas la presente investigación resulta de gran importancia, por cuanto brindaría herramientas para aquellos que se encuentran aplicando conceptos de naturaleza constitucional a fin de salvaguardar tanto derechos como principios fundamentales, olvidando de “cierta” manera la taxatividad de la norma, por cuanto ese tinte exegético en determinados eventos se torna adverso para quién es destinatario de la norma penal.

En la actualidad se evidencia un hacinamiento en las cárceles del país, preguntándonos si dentro de este contexto se presenta una falencia en el sistema penitenciario de Colombia, o por el contrario se está presentando tal rigurosidad para casos en los que no resulta necesario la aplicación de una pena, como la pena privativa de la libertad en un centro carcelario y penitenciario, evento en el que se debe pensar si las penas impuestas se encuentran acordes al delito cometido, o simplemente por la rigurosidad del sistema, como por ejemplo en el presente evento en el que no le es permitido al Juez de conocimiento decretar pruebas de oficio se caiga en el desconocimiento de derechos y por ende se promueva un ambiente de injusticia, cuando desde el preámbulo de la Constitución Política claramente se ha expresado que nuestro Estado se caracteriza por ser un Estado Social de Derecho en el que se deben garantizar la protección y el fortalecimiento de principios tales como la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, Constitución Política de Colombia, 1991, p, 11). En consecuencia resulta más que evidente que en nuestro Estado deben primar principios esenciales como el de la justicia, la igualdad etc, y en este entendido es que debemos preguntarnos si efectivamente el restringir una potestad tan importante como es la del decreto de pruebas de oficio, convierte al proceso penal

en injusto, o si por el contrario resulta acertado y adecuado para el proceso, en el entendido que el Juez de conocimiento simplemente es un árbitro al interior del plenario y quién debe dedicarse prácticamente que a verificar las actuaciones de las partes y atendiendo a las actuaciones desplegadas adoptar una decisión independientemente de si ésta en últimas va a constituirse en veedora de la realización de principios como el de la justicia material, o si por el contrario debe dejar de lado la aplicación de tales principios lo que inmediatamente afectaría la aplicación de la Justicia material la cual, al interior de un Estado Social de Derecho debe entenderse como pilar fundamental.

En tal virtud se estaría ante una circunstancia en la que la aplicación coherente o no de la realización del principio de justicia material radicaría única y exclusivamente en las partes procesales eximiendo al Juez de conocimiento, por ende resultaría cierto que si por ejemplo el Fiscal que atiende el proceso no ejerció en debida forma la acusación al interior del proceso o se le pasó por alto el solicitar una prueba, pues simplemente el Juez deba mirar desde la barrera tal omisión y fallar con lo que se solicitó, independientemente de las resultas que vaya a generar tal omisión en el proceso, circunstancia que en mi criterio no debería suceder por cuanto como se ha venido manifestando ésta potestad nada interfiere en la imparcialidad del proceso.

En consecuencia este es un tema que se torna espinoso por cuanto ofrece diversos criterios, y que en últimas lo que se va a tratar de realizar con el presente, es dilucidar si efectivamente con ésta norma se afectan principios como específicamente lo es el de la realización de la justicia material en el proceso penal, ya que como se ha indicado, se trata de propender porque en el proceso penal se garanticen de manera efectiva los derechos del procesado, imputado, acusado y demás denominaciones que se le dan a la persona al interior del mismo, y evitar caer en rigorismos procesales y que puedan vulnerar derechos de naturaleza fundamental como el de la libertad y demás que con lleva éste,



debiendo preguntar si en efecto resulta el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, violatorio de principios como el de la Justicia material.

### **MARCO TEÓRICO – METODOLOGÍA**

En primera medida y con el fin de brindar un mayor campo de acción acerca del tema que se ha planteado, me permitiré hacer una relación breve de la prueba de oficio no solamente en el derecho Colombiano sino en países como España, Argentina, Alemania, Perú, Italia y Portugal, para así adoptar una posición frente a la pregunta que se proyectó.

Así las cosas empezaré mencionando que la prueba de oficio en el derecho Penal Colombiano se encuentra establecida inicialmente en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, norma ésta que expresamente prohíbe al juez decretar pruebas de oficio, sin embargo jurisprudencialmente se ha indicado las circunstancias en las cuales el juez puede excepcionalmente decretar las pruebas que considere pertinentes y necesarias al proceso, de ésta manera y en estos eventuales casos resulta necesario que el juez argumente de manera razonable frente a cada caso en concreto, el por qué la aplicación del mencionado artículo (361 del C.P.P) iría en detrimento de la constitución Política y por ende se convierte en inaceptable.

Atendiendo a lo anterior se debe indicar que el Juez tanto de control de garantías como el juez de conocimiento, por regla general se encuentran sometidos al imperio de la ley, es decir que deben acatar lo preceptuado en el artículo 361 de la ley 906 de 2004 en el sentido de la prohibición para éstos de decretar pruebas de oficio, sin embargo la excepción a la regla general se establece por motivos de índole constitucional es decir que de aplicar la mencionada norma se estarían violando flagrantemente preceptos constitucionales, circunstancia que definitivamente no es permitida en nuestro ordenamiento jurídico, y es precisamente de donde surge el tema aquí abordado, esencialmente porque la prohibición taxativa y explícita que hace el artículo 361 del Código de

Procedimiento Penal no tendría aplicación plena en tratándose de casos de evidente vulneración a la Constitución Política, preguntándose entonces en éste punto, si atendiendo a tal circunstancia no se debe confiar plenamente en la idoneidad de quiénes ejercen e imparten justicia en nuestro país, sin que a ésta se impongan prohibiciones que en última resultan ser inocuas e insuficientes, cuando existe una motivación suficiente para un caso específico, valga decir que en el presente evento lo que se busca es la realización del principio de la justicia material, el cual en principio en mi criterio estaría siendo vulnerado por el artículo 361 del C.P.P independientemente de las posturas que haya adoptado la jurisprudencia respecto al tema en mención.

Si bien es cierto se ha mencionado que el sistema Penal Colombiano es un sistema acusatorio, y que atendiendo a este postulado se debe pregonar del juez imparcialidad y objetividad, precisamente porque lo que se busca es velar por la integridad del debido proceso y de los demás derechos que se pregonan en un estado social de derecho para los asociados, pues entonces se tendría que mencionar que esencialmente el artículo 361 del ordenamiento penal en nada contribuye a tales postulados ya que el hecho de pregonar imparcialidad no significa esto que quiénes imparten justicia deban tener tales prohibiciones, ya que como se ha venido manifestando el Juez debe tener facultades suficientes en materia probatoria toda vez que es a éste a quién le corresponde determinar la verdadera justicia material, por lo que en definitiva se tendrá que la mencionada disposición si es violatoria del principio de la realización de la justicia material.

Ahora bien y como el propósito inicialmente planteado en el presente marco teórico es el de echarle un vistazo a otras legislaciones, necesariamente se debe mencionar que en el derecho Penal Español y contrario sensu a lo planteado en el Derecho Colombiano, el Derecho Español contempla la posibilidad de que el Juez pueda decretar las pruebas que considere necesarias al proceso, es decir se tiene definido el tema de la iniciativa probatoria del juez en el juicio oral, lo que inicialmente indicaría primero, la confianza del sistema en la recta e imparcial

prestación de la justicia, y en segunda medida la permisión existente respecto de la búsqueda de la verdad y en consecuencia la efectividad de una verdadera justicia material, por cuanto se debe considerar que es el Juez quién desde una óptica imparcial sabe cuáles pruebas son idóneas y suficientes a fin de establecer una verdadera justicia material, que en últimas debe ser el fin primordial de cualquier caso que se lleve ante la Justicia Penal, atendiendo los derechos tan trascendentales que se controvierten al interior de los mismos.

Por otra parte en el Derecho Alemán, inicialmente se contempla una prohibición probatoria, es así como ERNST BELING en una conferencia inaugural estableció el término “prohibición probatoria”, con lo cual quería expresar las limitaciones que existen respecto de la averiguación de la verdad en el proceso penal. De acuerdo con Guerrero (2007) se afirma que la limitación depende primordialmente de la posición que otorga el ordenamiento jurídico al individuo frente al poder estatal.

En este derecho se trata de preservar, derechos fundamentales como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, en el estudio de 2007, Guerrero argumenta que en esta clase de ordenamiento existen áreas que están protegidas ante las injerencias estatales por parte del legislador, dentro de las cuales, por ende, la aclaración mediante determinados mecanismos probatorios resulta inadmisibles y prohibida.

Desde ésta óptica resulta evidente indicar que existe una limitación probatoria en este derecho, basado en la preservación de derechos constitucionales fundamentales, como los mencionados a líneas anteriores, sin embargo respecto del tema se ha destacado el problema probatorio respecto de la esfera individual y la colectiva.

Desde la esfera individual, en tanto al inculcado se le debe proteger ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra, y en el sentido colectivo, precisamente porque se busca la garantía de derechos constitucionales,

en tal virtud se indica que lo que realmente se busca es la realización de un proceso justo.

Atendiendo lo anterior, se debe indicar que existe una prohibición probatoria, sin embargo se debe tener en cuenta las ópticas desde las cuales se encuentra el proceso penal, incluso la prohibición probatoria lleva aparejada una función de control disciplinario de las autoridades de persecución penal.

En el derecho penal Alemán, concretamente en la ley de enjuiciamiento Criminal de 1877, se dio por supuesta, inicialmente la posición de sujeto del imputado como algo evidente, razón por la cual fue rechazada una regulación expresa, sin embargo atendiendo a las experiencias tenidas con el derecho penal nacional-socialista surge la necesidad de regular legalmente pruebas tales como los interrogatorios, las limitaciones probatorias con respecto a los elementos tecnológicos, en pro de la no vulneración de derechos constitucionales, de allí que se pregone la prohibición probatoria, y que haya surgido la necesidad de regular la misma, tal cual se ha venido exponiendo.

Se debe destacar que existen prohibiciones de producción de pruebas, éstas limitan el modo de obtención de la prueba, en las cuales a su vez se distinguen entre prohibiciones de temas probatorios los cuales impiden la obtención de la prueba sobre hechos determinados (51 Ley de Registro Central Federal), prohibiciones de medios probatorios en los que se impide servirse de medios de prueba determinados (52 y ss), y prohibiciones de métodos probatorios que impiden un cierto modo de obtención de prueba (136 a)

A su vez existen las prohibiciones de utilización de pruebas las cuales limitan el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas, teniendo en consecuencia una clasificación de las pruebas.

En conclusión se debe indicar que en efecto existe la prohibición legal de la práctica de pruebas, tomando como referente que existen diferentes enfoques,

desde el ámbito individual, y colectivo tal cual se indicó, aunado a la clasificación que el ordenamiento indica respecto de la prohibición de diversas pruebas, verbigracia los testimonios y los que implican utilización de medio tecnológicos, sin embargo y pese a las prohibiciones implantadas respecto de la clasificación realizada para las diversas pruebas, no lo es de plano tal prohibición como lo hace el Sistema Penal Colombiano, por cuanto como se ha venido indicando lo que en principio se evidencia es la vulneración de principio como el de la efectiva justicia material.

En el derecho Peruano, hablar de pruebas de oficio es indicar en principio que el Juez tiene la facultad de practicar pruebas de oficio, en pro de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, circunstancia que en mi criterio es el deber ser, precisamente porque debe ser el Juez quién tenga la facultad plena de decretar las pruebas que considere pertinente y necesarias a fin de hallar la verdad y la real justicia material, y no la postura radical y desconfiada de prohibir de manera tajante tal facultad.

Es así como en la convención americana de san José de costa rica, la cual mediante su reglamento en su Artículo 44 establece las Diligencias Probatorias de Oficio, así como con el tratado de roma vigente por Perú, se prevé la potestad de la práctica de pruebas de oficio en el desarrollo del juicio en las dos instancias.

En este orden de ideas, se puede observar que en el derecho peruano el juez no puede ser un mero observador o convidado de piedra, sino todo lo contrario, el juez puede realizar pruebas de oficio, esto **NO** con la finalidad de subsanar los errores de los sujetos procesales, sino con el fin de encontrar la certeza y/o verdad en el evento que no se le presente la verdad absoluta sino incompleta o de manera inconclusa al Juez durante el transcurso del proceso penal, por consiguiente podemos establecer que el Código Procesal Penal en su Articulado, partiendo del Art 163 entre otras normas, permite la posibilidad durante el transcurso del proceso desde la etapa de investigación hasta el juicio oral de

practicar pruebas de manera oficiosa con la finalidad de establecer la verdad, al interior del mismo, normatividad que como se viene indicando es acertada para el criterio que se ha venido planteando durante el transcurso del presente trabajo.

Ahora bien en el derecho portugués podemos establecer que en su normatividad vigente Código de Procedimiento de Portugal, se autoriza al juez a practicar pruebas de oficio en el derecho acusatorio en casos concretos no en la generalidad, por consiguiente podemos observar que al igual que en el derecho Colombiano no le es posible decretar las pruebas de oficio en cualquier evento y sin razón justificable, sino todo lo contrario se debe establecer una razón de fundamento para que el juez convalide la solicitud de prueba de oficio con el fin de conllevar a la verdad.

Por otra parte en el derecho italiano “Código Procesal penal Italiano” se establece en su articulado que agotada la práctica probatoria y solamente si fuere totalmente indispensable el Juez puede disponer aun de oficio de nuevos medios de prueba según lo preceptuado en el Artículo 507 del código de 1988;

Ahora bien, y según lo establecido en la ley 23984/91 de Argentina se establece que la prueba de oficio por el tribunal se da siempre y cuando en el debate probatorio se tiene conocimiento de nuevos medios de prueba que sean útiles en el transcurso del proceso por ende se puede ordenar la recepción de ellos.

De esta manera y teniendo en cuenta la posición adoptada frente a las pruebas en cada una de las diferentes legislaciones, se puede apreciar que así como en Colombia existen países como Italia, Portugal e incluso Argentina, que restringen la facultad del juez a fin de decretar las pruebas en materia penal, sin embargo y contrario sensu a la posición adoptada por países como Colombia, existen casos evidentes en los que se permite la posibilidad absoluta al Juez a fin de decretar las pruebas que considere pertinentes como en la legislación Española, denotando

que lógicamente en cada uno de los casos se debe atender a circunstancias culturales, políticas y demás, que indiscutiblemente deben influir en las posturas adoptadas por las diferentes legislaciones, y es precisamente atendiendo a éstas posturas que el enfoque adoptado en el presente escrito, es el de permitir a quiénes imparten justicia el decretar las pruebas que en su criterio consideren pertinentes y conducentes al caso, puesto que como se ha venido indicando, en últimas son éstos los que directamente conocen los asuntos de manera específica y así mismo deben ser quiénes obren en pro de la búsqueda de la verdad y la justicia material, por lo que el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal el cual contempla la prohibición de manera taxativa, se encuentra vulnerando este principio, indicando de nuevo que si bien es cierto se consagran unas excepciones por vía jurisprudencial, también lo es que las mismas en mi criterio no solucionan el asunto de fondo puesto que permiten a unos jueces el decretar pruebas de oficio y se restringe ese mismo derecho para otros, específicamente al juez con funciones de conocimiento, razón por la que se insiste en que ésta norma vulnera la efectividad del principio de la justicia material.

Por otra parte y atendiendo al eje central del presente ensayo, debo hacer alusión al principio de justicia material, destacando en primera medida dos figuras que en mi criterio resultan importantes en la estructura de éste concepto, tal como lo es la JUSTICIA<sup>5</sup> y la VERDAD<sup>6</sup>, juicios éstos que en últimas se convierten en la razón de ser del derecho penal, por cuanto considero que ésta rama del derecho debe actuar en pro de la búsqueda de una justicia real, ésta no entendida en el plano procesal, es decir en lo que se logró probar al interior del proceso, sino que precisamente se debe buscar la realización de una “verdad verdadera” ésta

---

<sup>5</sup> De acuerdo a la RAE el término justicia se define como “ Principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece” también se define como “ Derecho, razón, equidad”

<sup>6</sup> Éste término también es definido por la RAE, indicando lo siguiente: “Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa.

plasmada en el principio de justicia material, y que evidentemente se ve coartada con la restricción que contempla la norma a los administradores de justicia, es decir en lo atinente al decreto de pruebas al interior del proceso penal.

No se debe olvidar que en cualquier proceso, ya sea de naturaleza penal, civil, administrativo, laboral etc., se deben respetar postulados o imperativos constitucionales tales como la prevalencia del derecho sustancial, el proferir sentencias justas, el que se garantice la igualdad de las partes bajo criterios de solidaridad, cooperación y buena fe, lo que en últimas nos conlleva a mencionar que el respeto de las figuras antes mencionadas, resultan ser garantías para el efectivo cumplimiento de una verdadera justicia material, resaltando una vez más que el principio de la buena fe debe ser relevante por cuando desde allí radica la confianza que se debe brindar a quiénes imparten justicia, lo que se podría en primera medida evidenciar en el hecho de permitir el decreto y práctica de pruebas a los jueces de naturaleza penal.

### **CONCLUSIONES**

- Del presente ensayo se puede concluir de manera tajante, que la restricción que contempla el artículo 361 del C.P.P, sí resulta violatorio del principio de justicia material, puesto que el restringir el decreto de pruebas de oficio al juez penal con funciones de conocimiento, en determinados eventos contrarían los postulados respecto al brindar una justicia verdadera y efectiva, ya que el juez no puede convertirse en un convidado de piedra frente al proceso, sino que debe velar por la materialización de los derechos fundamentales de las partes, derecho éstos que pueden verse vedados por la restricción que contempla la norma
- Si bien es cierto, el tema ha sido tratado jurisprudencialmente, lo cierto es que ésta no contempla de ninguna manera la vulneración del principio de justicia material, principio éste que resulta de suma importancia al interior del proceso penal por cuanto lo que se busca es obtener justicia, verdad y



reparación, fines que no se logran coartando las facultades de los jueces, máxime cuando deben ser los principales encargados de velar por que no se presente vulneración alguna de los derechos de la partes, teniendo en cuenta que al interior del proceso penal se debaten derechos de suma importancia para el ciudadano que se ve inmerso en ésta jurisdicción, específicamente el derecho a la libertad, el cual se torna de vital importancia para el ser humano.

- Resulta trascendental, el enfatizar en la prioridad que se le debe dar a todos y cada uno de los principios en el ámbito penal por cuanto el respeto de estos principios brindarían mayor seguridad a las partes involucradas en un determinado asunto, especialmente y para el presente evento el de justicia material
- Se debe brindar al operador judicial un ambiente de confianza, la cual puede verse reflejada o materializada en la potestad que se debe brindar al funcionario judicial a fin de que este pueda decretar las pruebas que considere pertinentes y relevantes frente al caso que se encuentre conociendo, circunstancia que desencadenará en una efectiva prestación de la justicia y específicamente en el ámbito penal, el cual reviste suma importancia frente a los derechos prevalentes y fundamentales de quién es destinatario de la norma.
- El principio de la justicia material se convierte en una axioma que debe ser primordial al interior del proceso penal, y por ende se debe buscar el máximo de respeto por el mismo, es por ésta razón que el permitir al operador judicial actuar de manera activa al interior del proceso penal, puede garantizar certeza y efectividad de los derechos fundamentales de las partes y específicamente la concreción de una verdad que no solo sea enmarcada en el ámbito procesal, sino en lo que realmente ocurrió, y por lo que se convocó al Estado por intermedio de sus órganos jurisdiccionales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Londoño Ayala, C, A (2010) *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica
- Barbosa Castillo, G. (2005). Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal: Los grandes desafíos del juez penal colombiano. *Conferencia aproximación al proceso penal colombiano*. Conferencia llevada a cabo en Bogotá.
- Guzmán Roa, J Silva Vargas C. M. (2010). *Las pruebas de oficio en el nuevo código de procedimiento penal* (tesis de grado). Universidad libre. Bogotá. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/6301>
- Castaño Zuluaga L. O (Septiembre, 2010). La carga de la prueba: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales – institucionales o los del justiciable. *Revista Opinión Jurídica* (9). Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S169225302010000200011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S169225302010000200011&script=sci_arttext)
- González Navarro, A.L (2011). *La prueba en el sistema penal Acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer.
- González Navarro, A.L (2010). *La defensa penal técnica y material en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Ferrajoli L, (1995). Derecho y razón *Teoría del garantismo penal*. Bogotá: Editorial Trotta.
- Balanta Medina, M. P. (2013). *Justicia material en términos de flexibilidad probatoria* (Tesis doctoral). Universidad Jaen. España. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/43maria-patricia-balanta-m.pdf>
- Giraldo Sepúlveda, M (2014). *La prueba de oficio en el sistema penal acusatorio Colombiano* (tesis de especialización). Universidad Católica. Medellín.

Bedoya Sierra, L. F (2008). *La prueba en el proceso penal Colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/en/wpcontent/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>

Constitución Política de Colombia (1991). Preámbulo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (23 de mayo de 2007). Por la cual se demanda mediante acción pública de inconstitucionalidad el artículo 361 de la ley 906 de 2004. Bogotá, 2007. no. 6482. 55 p.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (30 de noviembre de 1995). Por la cual se demanda mediante acción pública de inconstitucionalidad el numeral 9 parcial del artículo 89 y numeral 6 parcial del artículo 99 de la ley 142 de 1994. Bogotá, 1995. no. 63. 20 p.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (30 de marzo de 2006). Por la cual se demanda el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal. Bogotá 2006. 50 p.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (03 Abril de 2009). Por la cual se surte trámite de revisión por la posible violación a los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia. Bogotá, 2009. 42 p.