

LA PRODUCCIÓN DE LA VERDAD EN EL ESPACIO PENAL DEL CAMPO JURÍDICO COLOMBIANO: un acercamiento a la Ley 600 de 2000*

The production of truth in penal space
of Colombian legal camp:
an approach to ley 600 de 2000

*Manuel Fernando Moya***

Fecha recibido: 13/07/2011
Fecha aceptado: 10/10/2011

Resumen

En el espacio penal se opera uno de los procesos sociales más complejos de transformación. En los mismos se procura un método de generación de la sentencia, sobre la base de un esquema concreto de consolidación de la verdad judicial. Tales métodos comportan una cierta identidad a los esquemas de procesamiento. En

* Artículo de revisión que analiza la producción de la verdad en el campo jurídico colombiano, haciendo especial énfasis en la Ley 600 de 2000, que es el antecedente de la Ley 906 de 2004. Este artículo hace parte de los resultados de una Investigación financiada por la Universidad Católica de Colombia.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho de las Comunicaciones de la Pontificia Universidad Javeriana, Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia, profesor de las Universidades La Gran Colombia, Santo Tomás, Jorge Tadeo Lozano y de San Buenaventura, ha laborado en la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía General de la Nación. Correo electrónico: manuefernandomoya-vargas@gmail.com

CRITERIOS

Colombia se operó un cambio en este sentido a consecuencia de la implementación del llamado ‘sistema acusatorio’, el cual contempla un modelo acentuadamente distinto al que se ha practicado durante los dos siglos precedentes en el país. Oscilante entre los modelos de producción de la verdad judicial basada en las verdades absolutas y la indagación, el país penduló hacia una estructura procesal en la que se acentúa profundamente el concepto de la verdad como hipótesis no descubierta sino producida, si bien manteniendo un referente con el objeto del proceso. Sin embargo, el país no parece haber interiorizado aún la modificación, entre otros aspectos, por la falta de conciencia sobre las implicaciones de la reforma.

Palabras clave

Acusatorio, conocimiento privado, indagación, inquisitivo, Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004, penal, proceso, prueba, verdad.

Abstract

In the space criminal operates one of the more complex social processes of transformation. In the same seeks a method of generating the sentence on the basis of a particular scheme of consolidation of judicial truth. Such methods involve a certain identity to the processing schemes. In Colombia, operated a change in this regard as a result of implementing the so-called ‘adversarial system’, which includes a pattern markedly different from what has been practiced for the last two centuries in the country. Oscillating between the production models of judicial truth based on absolute truths and inquiry, the country shuttle for a procedural structure that accentuates the depth the concept of truth as discovered but not produced hypothesis, while maintaining a reference to the object of the process. But the country still does not seem to have internalized the

amendment, among other things, lack of awareness of the implications of reform.

Keywords

Adversarial, private knowledge, inquiry, inquisitive, Act 600 of 2000, Act 906 of 2004 criminal process, evidence, truth

I. Introducción

A partir del primero de enero del año 2005 empezó a operar en Colombia la implementación de lo que se ha denominado *sistema acusatorio*. Tal modificación, que tuvo su primera expresión normativa en el Acto Legislativo 03 de 2002, apareció como alternativa frente a las disfunciones que expresaba el precedente Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), tributaria del Decreto 2700 de 1991, y en general de los códigos procesales de tendencia evidentemente napoleónica, que regularon el procesamiento penal durante la los siglos XIX y XX.

La modificación importaba un cambio significativo de más de dos siglos de producción normativa, jurisprudencial, doctrinaria y, ante todo, de prácticas judiciales consolidadas, que al interiorizarse por repetitividad procuraron una cierta forma de pensar, vivir, sentir y proyectar el proceso penal.

Ciertamente es la reforma más trascendental que afectaba en Colombia el sistema penal. Y a partir de ella se suscitó toda suerte de expectativas. En efecto, las prácticas del proceso penal napoleónico resultaban indudablemente disfuncionales. Por un lado, los procesos resultaban elevadamente costosos. Por otra parte, dramáticamente demorados. Y lo que es más lamentable, con la posibilidad legal de error judicial acentuada, en cuanto la estructura del proceso permitiría, por ejemplo, que una persona procesada viviera en detención

efectiva el tiempo de la pena, y que sin embargo resultara absuelto. La elongación inusitada del proceso producía otro tipo de absurdos legales, como por ejemplo, que tras la audiencia de juicio oral, los jueces tardaran más de un año en producir la sentencia, o que en apelación, los expedientes mantuvieran más de un año a la espera de una decisión.

Todas estas expresiones de disfunción apenas pueden expresarse sobre la base de la experiencia personal de abogados que en condición de jueces, fiscales, litigantes privados, defensores públicos, o agentes del ministerio público, vivenciaron, pues jamás se desataron las investigaciones pertinentes a fin de establecer la causa o causas de tales disfunciones. Lo cierto es que se cambió el esquema procesal en busca de unos resultados concretos, sin saber qué fue lo que provocó la creciente vorágine de iniquidades y malos entendidos resueltos al fin y al cabo, en contra de la justicia deseada mediante el proceso penal.

Pero esta no fue apenas una modificación legislativa que alteraba el ritmo procesal. Por el contrario, de repente el país se encontró asistiendo a una forma de procesamiento penal que no conocía más que en sus generalidades, sin advertir que ella implicó repensar el proceso de una forma tan distinta que si quiera imaginaba las implicaciones que contenía y que debía asumir en la inmediatez. La evidencia surgida de lo que ha corrido desde que se empezó la implementación a la fecha, demuestra que aún no concluye el proceso de interiorización, y que las resistencias son ciertamente preocupantes en todos los niveles y respecto de todos los intervinientes, al extremo que en aspectos cruciales se han retornado las prácticas antiguas, que es lo que se propuso superar, como por ejemplo, las pruebas de oficio.

Uno de los aspectos más críticos en su reconversión, está constituido por el nuevo régimen de producción de la verdad judicial.

Profundamente distinta, cuando no contraria, a lo que el país estaba acostumbrado, el nuevo régimen atiende a criterios completamente diferentes, tan diferentes como son la constitución de la verdad dentro del pensar kantiano y el pensar hegeliano.

En efecto, la única versión de la verdad judicial no es la llamada *verdad real*, típicamente kantiana y profundamente aristotélica, es una versión a la que nos acostumbró el régimen napoleónico practicado no por tanto tiempo, sino por todo el tiempo de vida republicana, hasta entonces suscitada en las prácticas judiciales del país.

Al otro extremo se ofrece un modelo en que la verdad es aquella que se constituye en el proceso, conforme al juego judicial. Este modelo es el que fundamenta la producción de la verdad en el nuevo esquema de procesamiento penal, y que el país no ha logrado comprender.

En desarrollo de este proceso investigativo, justamente se aborda este tema como objeto de investigación, con todas las dificultades implicadas, dando inicio a su desarrollo, primeramente auscultando las particularidades de los dos esquemas mencionados, y enseguida abordándolo ya con método aplicado al código que vendría a ser sustituido por la Ley 906 de 2004.

II. Fundamentos para un análisis contextual

Como una de las categorías jurídicas más enrarecidas de cualquier sistema normativo, puede señalarse el propósito de erigir la verdad como fundamento de las decisiones judiciales (Carnelutti, 1959, 1971) y, es por ello, que entre las normas más difíciles de comprender dentro del cuerpo axiológico de la Ley 906 de 2004, se encuentra precisamente el artículo quinto, considerado dentro de los principios rectores del estatuto. La dificultad no proviene definitivamente de la literalidad del texto, es decir, sintácticamente no registra

exigencias mayores de hermenéutica; empero, la determinación de sus límites extensionales se ofrece sumamente difícil de identificar conforme se dará cuenta en el curso de la investigación.

Conforme a la disposición, el rol óntico del juez se explica por el establecimiento objetivo de la verdad y la justicia, *Imparcialidad*. *En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.*

No resultaría demasiado juicioso entrar a puntualizar lo que debe entenderse por “verdad”, cuando de ello se ha ocupado buena parte de la filosofía del derecho, por cierto, sin haber alcanzado el estado de tranquilidad que auguraron los griegos al camino demarcado por este tipo de búsquedas.

Es decir, no nos proponemos en este lugar procurar e identificarnos con una definición categorialmente satisfactoria de lo que por tal debe entenderse. A la manera de Edmundo Husserl (1996), partimos del supuesto de su existencia, empero sus contenidos, los diversificamos a partir de lo que hemos denominado, procesos de producción de la verdad judicial. Podríamos aún puntualizar más la idea sobre la base de la diferencia que establece la ciencia según se la defina a partir de su objeto, o del método de abordar su objeto. Siendo en sí polémico el estatuto científico del derecho, y dentro de él, el del control penal, o derecho penal, aun cuando en algún instante convergeremos en tal sentido, por ahora no nos inquieta procurar definiciones, cuando apostamos a las sugerencias que provengan de las resultas del proceso de investigación.

Lo cual no impide, desde luego, hurgar en las metodologías de configuración de la verdad judicial e identificar su relación, inescindible por cierto, con el manejo de la prueba.

Efectivamente, las investigaciones de Foucault (2003) permitieron identificar dos paradigmas fundamentales de configuración de la verdad judicial. Uno, sin un método objetivo de demostración y, que hoy seguramente designaríamos como “arbitrario”. El otro, por ser mucho más próximo a nuestro modelo seguramente reconoceríamos como “racional”, en la medida que procura construir la decisión judicial a partir de un método preestablecido de demostración objetiva.

Con respecto al primero, se halló que existía un sistema caracterizado porque la decisión judicial se operaba a partir de las *verdades* impuestas a la sociedad en calidad de absolutas; lo cual facilitaba el ejercicio de la imposición del conocimiento privado del juez, adquiriendo prácticamente fuerza de ley a través de la sentencia. Y cuando se informa la idea de *conocimiento* privado, no debe entenderse como lo hacemos hoy, es decir, como acceso del juez por experiencia propia al suceso que se propone juzgar, así por ejemplo, cuando atestigua la conducta que le corresponde someter a su juicio. Se trata más bien de la cosmogonía que maneja al juez en particular, frente a la cual contrasta el hecho que debe considerar. En este esquema no busca el juez una huella de lo sucedido para confrontarlo a la ley, sino que toma la versión que de los hechos dispone, y la somete al escrutinio de sus convicciones valorando lo que está bien y lo que está mal.

Por consiguiente, los fundamentos de las decisiones surgidas por esta vía, no tenían que constituirse a partir de experiencias comprobables de los hechos juzgados, sino que surgían como presupuestos de lo que las instancias de poder querían que fuera la “verdad” y que, respecto del proceso, venían impuestos previa o intempestivamente, sin probabilidad de ser sometidos a cuestionamiento ni mucho menos, a comprobación.

Cuanto hace el juez de este modelo es confrontar el dicho del procesado frente al postulado axiológico o a su creencia personal

y, mediante una “puesta a prueba” que no atiende presupuestos de comprobabilidad, si se quiere, por ello mismo arbitrarios; determina la inocencia o la culpabilidad del justiciable. Así por ejemplo, se sabe que durante los procesos seguidos por la inquisición, la determinación de la veracidad de lo afirmado o infirmado por el procesado se establecía mediante puestas a prueba que desafiaban toda racionalidad contemporánea, confiadas a fuerzas suprahumanas y no a una tentativa de reconstrucción de los hechos.

Se sabe, por ejemplo, que algunas de esas pruebas consistían en confrontar al procesado con animales aplicados al culto, a los cuales se les privaba de comer durante unos días anteriores al juicio, y en el momento de la confrontación con el procesado, se le ofrecía comida, de suerte que si la tomaba era prueba de responsabilidad, y de lo contrario, de inocencia.

El otro procedimiento de constitución de la verdad judicial identificado por Foucault, completamente paralelo al precedentemente descrito, se basa en la indagación. Su principal característica es que informa las decisiones a través de evidencias que permiten deducir, como labor esencial del juzgador, la forma en que construyó un juicio estructurado a partir de la demostración de los acontecimientos sucedidos.

Más aún, el autor se permitió proponer fecha de nacimiento a la indagación como método, al asociarla con la época de Edipo Rey. Identificación temporal que, cuando menos, el más antiguo procedimiento civil romano, específicamente, el de las llamadas acciones de la ley, pone en cuestión tal fecha, en la medida que se habrían practicado con anterioridad al siglo IV antes de Cristo (Mommsem, 1998). No es este un dato que controvierta, en absoluto, el valor de la investigación, pero contribuye al natural escepticismo que acompaña el deseo de sujetar periodos históricos con prácticas correspondientes. Por demás, lo acontecido en países como Colombia con el re-

curso a copiar en lo esencial el modelo de Código de Procedimiento Penal, que en 1803 sancionó Napoleón, son suficiente evidencia de lo aleatorias que resultan este tipo de asociaciones. Desde luego, esas dos formas fundamentales de creación de la verdad judicial, no se habrían originado en las formas jurídicas, sino que se incubaron en el cénit epistémico de los dispositivos de poder articulados a fin de favorecer o desfavorecer efectos funcionales, por cierto, nada jurídicos.

Husserl (1996) definió la evidencia como aquello que permite tener experiencia de algo, algo desde luego de lo cual no se tiene experiencia directa o inmediata. Tal mediación de la evidencia hoy día, no la tomaríamos como una experiencia forzada, pero sí sustituta. En realidad, se trata de una semiosis específica conforme con la cual, ciertas manifestaciones significativas llamadas *pruebas*, están llamadas a constituir en el juez un silogismo, o una serie de silogismos, que le permiten construir una versión coherente y argumentativamente sustentable y verificable en que cimienta su decisión.

Es en cierto modo una garantía contra la arbitrariedad del juzgador, entendiendo que no producirá decisiones jurídicamente subjetivas, sino de una inevitable objetividad epistemológica. Es decir, mientras que evidentemente en el primer esquema descrito, la decisión en tanto hipótesis erigida en sentencia, dispone de un valor de verdad que no depende de las convicciones particulares del juzgador. En el sistema indagacional, el valor de verdad de la sentencia es apreciado positivamente con independencia de quien pronuncie la decisión (Maier, 2002).

Si bien, en algún instante abordaremos la semiótica del proceso penal, es preciso anticipar que en el modelo al que nos referimos, no se pretende necesariamente acceder a lo que auténticamente sucedió, sino que a partir de una serie de signos se constituye una versión epistemológicamente objetiva, del objeto fáctico del proceso. Esta visión es constitutiva de un principio de cierto tipo de esquema procesal.

En tanto que el acceso a lo que sucedió en versión única, es apenas un valor. Desde luego, tomamos como principio el presupuesto de legalidad del proceso, y como valor, aquello que se busca, pero que el hecho de no lograrlo, en manera alguna descalifica el proceso mismo.

Estas dos vertientes, que en líneas generales han sido asumidas para describir la oscilación evidenciada en los distintos modelos de procesamiento penal, en general describen las opciones más probables, si bien pueden surgir variables en una escatología menos rudimentaria.

Pero tampoco puede perderse de vista que no es posible demostrarse, a partir de una historiografía fidedigna, la existencia de formas de procesamiento que correspondan en un grado de identidad incontestable, con determinados procedimientos judiciales de configuración de la verdad.

Decididos o no a favor de las ideas foucaultianas, hay quienes a partir de una discriminación poco menos que plausible, entre formas inquisitoriales y formas acusatorias de enjuiciamiento criminal, han cedido a la tentación de identificar las últimas con mecanismos de constitución de la verdad basados en la indagación. Y, consecuentemente, se ha procurado asociar los mecanismos basados en el conocimiento privado del juzgador, con formas de enjuiciamiento predominantemente inquisitivas.

Quizás esta inclinación obedezca a la propensión de hacer corresponder, muchas veces forzadamente, el proceso acusatorio con un campo jurídico (Bourdieu, 2002) compatible con estructuras políticas predominantemente democráticas, en donde se permite el descubrimiento de la llamada “verdad real”, mediante la garantía de una fausta independencia de la rama judicial que, adicionalmente, la inmune del capricho del juez a través de un sistema incuestionable de garantías procesales. Por oposición a sistemas de enjuiciamiento apropiados a organizaciones políticas con prácticas antidemocráticas, que facilitan la injerencia arbitraria de otros poderes en el judi-

cial, como por ejemplo el ejecutivo; o que, en todo caso, se preste a que intereses ajenos a la litis que se debate en cada actuación procesal, se entretengan en las decisiones o la orientación de los procesos, bien mediante la inexistencia, relajación o inoperancia de las garantías procesales, o mediante la politización de los actores con poder decisorio dentro del espacio judicial.

En la actualidad no se discute la improbabilidad de practicar formas acusatorias o inquisitivas puras, bien que se prefiera hablar de sistemas jerárquicos y paritarios (Damaska, 2002). Pese a que sí pueden identificarse las tendencias hacia una u otra forma más o menos acentuadas y, si bien los mecanismos de constitución de la verdad judicial diversos a la indagación, pueden hoy día resultar irracionales y reprobables desde toda perspectiva, lo cierto es que han logrado perpetuarse como presupuestos de imputación, incluso, en procesamientos con características acusatorias.

Ello es verificable en campos jurídicos que admiten la responsabilidad objetiva o las presunciones probatorias, las cuales fácilmente devienen en mecanismos de enjuiciamiento donde la indagación como técnica de constitución de la verdad, cede al peso de verdades absolutas.

Versiones de estas manifestaciones las encontramos, por ejemplo, en el mecanismo de responsabilidad disciplinaria, en que si bien los hechos deben demostrarse, no así la responsabilidad o, en la presunción de percepción de un salario mínimo como ingreso promedio¹. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, permiten sostener que el derecho internacional consagró la indagación como

1 Mucho más evidente en el segundo evento que, en el caso colombiano, permite que las personas resulten condenadas al amparo de la presunción en procesos que carecen de contenido heterocompositivo, tal y como se demostró en la investigación Los fallos penales por Inasistencia Alimentaria, un desfase entre la ley y la realidad judicial, en que se puso en evidencia cómo daba igual que una persona fuese juzgada por su denunciante que por un juez.

una garantía procesal, entre otras cosas por cuanto todo procesado mantiene el derecho de controvertir las pruebas y las decisiones, mediante la demostración de su inocencia.

De cualquier manera, no parece sujeto a cuestión que la indagación, en mayor medida, es el mecanismo institucionalizado a partir del derecho internacional, en cuanto ha encumbrado la necesidad de vencer en juicio a una persona con fundamento en pruebas regulares, oportunas y legales, para poder ser condenada legalmente. Por ello mismo, se parte de la base que en Colombia, el derecho procesal penal del siglo XX es característicamente indagacional (Espitia, 2006).

En cambio, no puede sostenerse lo mismo de los enjuiciamientos del decimonónico, dada la injerencia que tenía el ejecutivo sobre el poder jurisdiccional. Tampoco puede pretenderse que durante el siglo XX y con posterioridad a él, la administración de justicia haya sido inmune a prácticas que ponen en entredicho la indagación como técnica, pero sin embargo, las situaciones que podrían señalarse se caracterizan por ser estimadas de opuestas al régimen constitucional y legal. Ciertamente la injerencia de intereses ajenos al proceso, han devenido en decisiones que no se basan en el resultado de las indagaciones sino en otro tipo de presupuestos, lo cual se asimila a prácticas corruptas.

Sin duda, puede sostenerse que los códigos del siglo XX hasta ahora, son refractarios a cualquier otra forma de constitución de la verdad judicial, lo que no conlleva a la verificación de alteraciones en la práctica misma de las indagaciones. Es así que una condena producida en vigencia de un código como el de la Ley 600 del año 2000, reclama que los hechos y la responsabilidad se hayan demostrado, aun cuando la práctica judicial revela que ello no ha sido así necesariamente, es así que el sesgo es opuesto al cometido intencional del legislador. Otro tanto acontece con el procesamiento constituido a través de la Ley 906 de 2004, mucho más acusatorio y adversarial,

pese a la que designaríamos como “resistencia contracultural” que permanentemente viene ejerciendo la jurisprudencia a favor de las prácticas inquisitivas (Arias, 2006).

Parece así inevitable admitir que entre los dos tipos de enjuiciamiento, existe una ruptura en cuanto al manejo de la prueba, lo que inextricablemente se proyecta sobre los presupuestos de configuración de la verdad judicial en nuestro medio.

Desde luego que podría hacerse un recorrido histórico que contemplara, incluso, el Código de 1936. Sin embargo, y en consideración a que la tendencia sostenida es, en general, predicable del siglo XX, partimos del último código que recogió dicha tendencia, predecesor inmediato de la Ley 906 que, en cambio, marca una ruptura significativa.

Es preciso observar, adicionalmente, que el país no se ha caracterizado por una cultura investigativa que apoye los procesos legislativos, y muy limitadamente analice los efectos prácticos de las reformas. Por suerte que no se dispone de trabajos de campo que hayan analizado el manejo de la prueba en desarrollo de los procesos penales tipo Ley 600 de 2000. Existen tratados de derecho probatorio, los cuales para efectos de este proceso investigativo, no mejoran las condiciones del análisis. Con lo que es importante advertir, que no ha podido operarse una comparación sustentable en investigaciones precedentes.

Por demás, las reformas judiciales han sido tradicionalmente inopinadas, en el sentido de no contar con bases de estudios elaborados mediante verificaciones sustentables. De hecho, como hubo oportunidad de advertirse, la reforma constitucional ejecutada a través del Acto Legislativo 03 de 2002, surgió en condiciones similares, es decir, con el pretexto de superar las deficiencias del procedimiento de la Ley 600 de 2000, sin haberse investigado si el mismo tuvo disfunciones, si fue así, de qué dependieron, si el campo jurídico colombiano era apto para ajustarse a las prácticas acusatorio-adversariales, si el tipo de crimen

del que tendría que ocuparse el espacio judicial podía procesarse mejor por el llamado sistema acusatorio, en fin, se forjó la reforma muy bien intencionada pero sin bases serias que permitieran suponer que este tipo de procesamiento vehicularía los fines previstos y cambiaría los valores de la administración de justicia.

Tan inopinada ha sido la reforma que se perpetuó el llamado sistema inquisitivo en la administración de justicia ordinaria, específicamente para los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia por fuero constitucional, sin ninguna explicación atendible distinta al capricho, el mismo que quiso contemporizar el proceso penal colombiano respecto de la tendencia latinoamericana, sin siquiera verificar los resultados que se habían dado en el entorno experimental conocido.

Esta tan lamentable práctica legislativa ha intentado corregirse mediante la expedición de la Ley 1147 de 2007, que crea la obligación de constituir unidades investigativas y de especialistas que apoyen la actividad legislativa, en el entendido que seguir haciendo tanteos intuitivos en materias tan graves como el procedimiento criminal. Hecho que no ha traído sino cansancio social producto de la decepción constante en las instituciones del Estado.

III. Un precedente inmediato: el juego judicial napoleónico de la Ley 600 de 2000

Al igual que la mayoría de códigos penales adjetivos que ha habido en Colombia, el conocido como Ley 600 de 2000 es tributario del legendario código napoleónico de 1803 (Espitia, 2006). De ahí que se identifique como “mixto”, queriendo decirse con ello que introdujo características tanto acusatorias como inquisitoriales.

En términos generales, el esquema correspondiente a este procesamiento involucra dos fases propiamente procesales. La primera,

corresponde a la fase investigativa y es cubierta por un fiscal quien en el evento de acusar, deberá sustentar su llamamiento a juicio ante un juez independiente, designado para dictar la sentencia de mérito.

Aun cuando por esta vía se le otorga una entidad propiamente acusatoria al procedimiento, el otorgamiento de funciones jurisdiccionales al fiscal, haciendo de él un juez de instrucción, así como atribuciones conferidas a los jueces, tales como, poder alterar la calificación jurídica del fiscal u ordenar pruebas de oficio, convirtiéndose por esta vía en un instructor: le informa así un profundo sentido inquisitorial.

La configuración de la verdad procesal en este espacio judicial, tiene connotaciones específicas. Por una parte, el fiscal se encuentra obligado legalmente a acopiar las pruebas que desfavorezcan, como también las que favorezcan al procesado. Por otra parte, el fiscal instruye, de manera que los medios de convicción que arrime a la actuación, independientemente de que participe o no la defensa durante su práctica, adquiere connotaciones probatorias *ab initio*, por tanto vinculantes para el juez de la causa, en la medida que al proferir sentencia debe evaluarlas tanto en su entidad material como legal y, en fin, considerarlas para producir el fallo (Bernal, 2002). Adicionalmente, el juez durante el juicio puede “completar” la investigación del fiscal a favor o en contra del procesado, ordenando y practicando pruebas de oficio.

Otra característica es que existe la intervención del ministerio público, con los mismos derechos de postulación que asisten al defensor y, durante el juicio, además, al fiscal; siendo en todo caso su obligación constitucional, velar por la observación de las garantías procesales y, en general, la legalidad del proceso. El agente del ministerio público puede requerir sin otro límite que el impuesto por la legalidad, la práctica de pruebas a favor o en contra de los procesados, bien al fiscal durante la instrucción, o al juez durante el juicio y, si es preciso, puede él mismo aportarlas.

Dentro de este panorama, no pareciera tener mayor injerencia un defensor, pues prácticamente las garantías procesales se encuentran supervisadas por el ministerio público y, el fiscal tiene que acopiar tanto las pruebas favorables como las que no lo sean a los intereses del procesado. Sin embargo, el defensor tiene todas las potestades derivadas del derecho de postulación, particularmente, puede actuar requiriendo la práctica de pruebas con cargo al Estado. Más aún, puede requerirlas al fiscal durante la instrucción y al juez durante la etapa probatoria del juicio. Incluso, si el procesado fue sujeto a medida de aseguramiento, puede esperar la intervención del juez durante la instrucción para que revise su legalidad y, por esta vía, cuestionar probatoriamente el sustento de la medida de aseguramiento (Ramírez, 2003).

Es preciso así mismo destacar que el principio de comunidad de la prueba, hace que toda evidencia, independientemente de quién la haya aportado, pedido o practicado, se considere a favor o en contra del procesado. Estas características simultáneas del proceso tipo Ley 600 de 2000, tienen varias consecuencias en relación con el manejo de la prueba y, por consiguiente le informan un cierto sentido al método bajo el cual se constituye la verdad judicial.

La primera consecuencia evidente es que exime al defensor de ejecutar actos de investigación. Precisamente, por cuanto se dispone de un fiscal obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, ante tal principio procedimental, el defensor cuanto tiene que hacer es exigir que el fiscal se dirija en cierto sentido, esto es, el que estime apropiado a los intereses de su cliente, sin que requiera para ello más que contar con la información suficiente para poder orientar las peticiones que en ejercicio de su potestad postulativa.

Si se encuentra en juicio, la situación no resulta significativamente distinta, pues aunque aparentemente el juez no investiga, sí

ordena la práctica de pruebas y, en general, dispone de los servicios de la policía judicial para ejecutar los actos probatorios pertinentes. De hecho, nada obsta para que el juez desarrolle una actividad probatoria igual o más profunda que la dispuesta por el fiscal, orientando a la policía judicial, a sus dependientes y a las entidades públicas o privadas en las que se apoye con tal finalidad (Montero, 1990).

Luego, en cualquier caso, lo cierto es que la investigación la realizan el fiscal, el juez o la policía judicial. Siendo así, ni siquiera se espera que el defensor lo haga, precisamente porque no es necesario. De hecho, los abogados colombianos no reciben formación en técnicas de investigación, porque el esquema procesal no lo demanda.

En segundo lugar, el defensor tampoco tiene por qué saber del manejo de la prueba, debido a que ello es trabajo del fiscal y de los investigadores de la policía judicial. En efecto, la potestad que tienen los defensores de exigir la práctica de pruebas al Estado y por cuenta del mismo, conlleva a marginarse del proceso de recolección, constitución e incorporación de la prueba, puesto que puede exigírsele al Estado a través de la Fiscalía o de sus investigadores. Incluso, acontece otro tanto ante el juez de conocimiento, por ser él mismo quien practica los interrogatorios y, sólo residualmente lo haría el defensor, puesto que si el juez agota el interrogatorio que le interesa al defensor puede abstenerse de intervenir, así el testigo haya sido solicitado por él.

En cuanto tiene que ver concretamente con la constitución de la verdad judicial, resulta propicio a este esquema procesal la pretensión típicamente aristotélica que él designó como *adequatio rei et intellectus*, conforme con el cual la verdad procesal es precisamente, la correspondencia entre lo acontecido y lo acreditado en el proceso como fuente de producción del fallo (Montero, 1997).

Y afirmamos dicha identidad sobre la base del sentido unívoco de la investigación, así que no existe claramente un contenido adver-

sarial del proceso. Con fiscales forzados a realizar la investigación propia y la del defensor, no puede garantizarse una tendencia sólidamente adversarial. Si bien es cierto, el defensor no tiene que aportar pruebas contra el procesado, ni siquiera en el evento de la justicia de la causa, su contraparte natural se encuentra exigido en dos sentidos: *DESCUBRIR LA VERDAD REAL Y ÚNICA, ASÍ COMO Y HACER DE ELLA UNA SENTENCIA*, cuando un fiscal acusatorio estrictamente hablando, no tendría que estar asociado al defensor hasta el extremo de hacerle la investigación (Arias, 2005).

Pero, ante todo, lo que se reclama es que la identidad con el hecho real, se refleje en el fallo, es decir, el peso de establecer dicha identidad grava particularmente la actividad del fallador, precisamente porque es lo que tiene que reflejar en fallo, es decir, el juez del proceso tipo Ley 600 de 2000, está llamado a pronunciarse respecto de los hechos en virtud de una especie de positivismo en donde los hechos en su versión original, causan la sentencia, a la manera de un silogismo causalista, en que la premisa fundamental es la situación ocurrida con total fidelidad a los sucesos (Ramírez, 2003).

Por ello mismo, el juez tiene potestades investigativas tanto oficiosas como de instancia, precisamente porque es su obligación descubrir la verdad material de los hechos (Bernal, 2002). De manera que todos los actores del espacio judicial, concursan a favor del mismo propósito. Obsérvese que el fiscal, el ministerio público y el juez, están forzados a favor de establecer la realidad objetiva de los hechos, sin sesgos ni pretensiones diversas a la búsqueda de la llamada verdad real. El único eximido de tal exigencia es el defensor, ya que ninguna disposición lo obliga a concursar en favor de lo que la doctrina conoce o identifica como “verdad real”. Acaso ello explique que en la práctica judicial colombiana, la figura del Ministerio Público haya culminado por ser una cofradía poco deseable con el Fiscal y, a veces, con el juez, estudios sociojurídicos así lo han puesto de manifiesto, al punto de

señalar una significativa desconfianza hacia el defensor por parte de los demás actores del espacio judicial (Silva, 2001).

De cualquier forma, si bien tal pretensión desafía los postulados sociológicos de la construcción social de la realidad, sí permite una visión procesal en donde la llamada verdad real tiene connotaciones de valor procesal (Montero, 1990, 1997). Tan inalcanzable en todo caso suele resultar, que si en vez de valor fuese un principio, hasta la figura del defensor resultaría prescindible, puesto que los tres representantes del Estado cumplirían los cometidos ónticos y deontológicos que explican su presencia inevitable en el espacio judicial; es decir, si todos concursan a fin de establecer la verdad y respetar las garantías procesales, no se advierte en la figura del defensor, más que como un convidado de piedra.

Ni en vigencia del Decreto 2700 de 1991 ni durante la de la Ley 600 de 2000, se desarrollaron los procesos investigativos que permitieran una perspectiva para establecer cuántos procesos habían resultado significativamente direccionados por la intervención de los defensores, si se toman conclusiones a partir de las causas resueltas en casación, la conclusión corroboraría sus limitadas intervenciones exitosas.

Si además, advertimos que de la misma condición ha sido el grueso de los estatutos procesales en Colombia –tanto en lo penal como en las demás especialidades–, no es difícil comprender que la formación en cuanto al manejo de la prueba y la producción de la verdad procesal, hayan estado contraídas a exposiciones teóricas de los medios probatorios contemplados en la ley, amén de alguna reducida formación en criminalística y medicina forense, con espacios tan limitados que dejan la sensación de procurar el lleno de un requisito antes que una pretensión por consolidar la capacidad profesional de los abogados.

Esto explica igualmente que conceptos como los de incorporación o exclusión, hayan sido extraños dentro de la estructura académica de los abogados, incluso entre quienes ofician como fiscales.

Pero tal condición tiene las explicaciones legales e históricas anotadas, es decir, no existía una verdadera exigencia práctica para que los abogados recibieran formación importante en lo que denominamos manejo de la prueba.

Conclusiones

Como se ha observado al iniciar el texto, este es un avance producido dentro de un proceso investigativo que comprende un alcance considerable en punto a su objetivo principal. De hecho, tal objetivo al estar informado por la forma como se constituye la verdad judicial en los procesos penales en Colombia, tiene pretensiones significativas, que por su esencia reclaman asumir la forma como se opera en nuestro campo jurídico, especificado en el espacio judicial penal, el manejo de la prueba como presupuesto o condicionante constitucional de generación de la verdad judicial.

Por lo mismo, pareciera apresurado procurar a estas alturas unas conclusiones que, no atienden en esta ocasión sino a un orden metodológico de entrega de avances.

Pues bien, siendo no sólo parciales sino iniciales, podemos observar a este respecto que el país viró de un sistema de procesamiento penal acentuadamente napoleónico, hacia otro de corte predominantemente acusatorio y adversarial. No se trata nada más que de una modificación legal, sino que abriga por su propia esencia, una nueva versión de producción de la verdad judicial. Dicho cambio, inopinado en cuanto no fue implementado sobre la base de estudios de adecuación, verificación y pertinencia, trajo considerables alteraciones en la forma misma de concebir el proceso penal, y por ello mismo el sistema penal y, en general, el ejercicio de la función punitiva del Estado.

Posados como estamos, en el objetivo de verificar lo que respecta a la producción de la verdad judicial, encontramos que existen dos tipologías tradicionales, como son las que hemos llamado epistemológicamente objetivas, y las epistemológicamente subjetivas. Por las primeras se han comprendido esencialmente aquellas cuyo valor de verdad es independiente del juez que pronuncia la sentencia. Y por las segundas lo contrario, es decir, aquellas cuyo valor de verdad depende completamente del juez que produce la sentencia. El primero es el mismo que en la tradición ha querido denominarse como ‘indagación’, y que ha sido acogido por la Constitución Política mediante el artículo 29.

Se ha advertido que en el proceso sustituido a través de la Ley 906 de 2004, es decir, el regulado por la Ley 600 de 2000, proyectado en una escala típicamente kelseniana, ya había introducido el criterio de la indagación como método de producción de la verdad judicial, en cuanto toda sentencia condenatoria que, en consecuencia, desvirtúa la presunción *iuris tantum* de inocencia, debe basarse en pruebas legales allegadas regularmente al proceso.

Se encontró que en el esquema de la Ley 600 de 2000, aparecen dos jueces involucrados, el primero, llamado fiscal, con aptitud para instruir el proceso, es decir, para acopiar el basamento probatorio con base en el cual se procurará la decisión; y el segundo, Juez de Conocimiento, con funciones de juzgamiento, pero con aptitud *iura novit curia*, incluso para ordenar la práctica de pruebas de oficio.

Se halló que dentro de este esquema se opera el concepto de *verdad real*, en busca de la cual concursan todos los sujetos procesales, salvo el defensor, y que descubre una visión conforme a la cual, el proceso tiene esa visión, esto es, erigir en sentencia el hecho tal cual ocurrió, desde una perspectiva típicamente aristotélica o de *adequatio rei et intellectus*.

En adelante se establecerá cómo opera ese proceso de producción de la verdad procesal en el esquema tipo Ley 906 de 2004, con

miras a identificar lo cercana o alejada que se encuentra la judicatura de la intención legislativa de producción del cambio normativo.

Referencias bibliográficas

- Arias Duque, Juan Carlos y otros. (2005). *El proceso penal colombiano y otros*, 1.º ed. Tomo I, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés morales.
- Arias Duque, Juan Carlos. (2006). *El sistema acusatorio colombiano. Análisis desde su implementación*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Bernal Cuéllar, J. y Montealegre, L. (2003). *Temas de derecho procesal penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bourdieu Pierre-Teubner Guntz. (2000). *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes.
- Carnelutti Francesco. (1971). *Derecho procesal civil y penal. II Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti Francesco. (1959). *Las miserias del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Damaska Mirjian, R. (2002). *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile.
- Espitia Garzón, Fabio. (2006). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 6.º ed. Editorial Gustavo Ibáñez.
- Foucault, Michel. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Husserl, Edmundo. (1996). *Meditaciones cartesianas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Maier Julio, B.J. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Tomo II Parte General, *Sujetos Procesales*. Editores del Puerto s.r.l.
- Mommsen, Teodoro. (1998). *Derecho Penal Romano*. Temis.
- Montero Aroca, Juan. (1997). *Principios del proceso penal, Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, Juan. (1990). *Independencia y responsabilidad del juez*. Civitas S.A.
- Ramírez, Yesid y Ramírez, Raquel de. (2003). *Principalística Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.