

## 2. NUESTRO CRITERIO

2.1 La presunción de inocencia se encuentra consagrada: En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11), en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 8), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Individuales y Colectivas (art. 14.2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2) y en el acta final de Helsinki de 1 de agosto de 1975.

**“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, IN DUBIO PRO REO Y PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN”**

**DR. JAIRO PARRA QUIJANO<sup>1</sup>**

**1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

En resumen la Corte sostiene:

1.1 Es una garantía de que *“toda persona no se considera culpable mientras no se la declara judicialmente como tal a través de sentencia definitiva”*.

1.2 El planteamiento anterior no impide que en ciertos *“estadios del trámite procesal y de manera provisional la inocencia se vea desvirtuada a partir de pruebas legalmente aportadas y suficientes según sea la exigencia de la etapa por la cual atravesase el proceso. Es lo que sucede con la imposición de medida de aseguramiento al procesado, con la formulación de acusación y con el proferimiento de la sentencia condenatoria antes de convertirse en definitiva”*.

1.3 En el evento de la medida de aseguramiento y la resolución de acusación, según la Corte Suprema de Justicia, es posible hablar de responsabilidad presunta del imputado; y agrega la Corte: *“No se trata, sin embargo, de la eliminación del principio en sí mismo considerado, ya que él sigue incólume dentro del proceso, y prueba de ello es que ante una duda insalvable sobre la responsabilidad penal del procesado, su aplicación conduce a resolverla en su favor. De lo que se trata es que la presunción, en cuanto como tal admite prueba en contrario”*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Abogado. Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Distinción: “DOCENCIA EXCEPCIONAL” otorgada por la Universidad Nacional de Colombia en cinco (5) oportunidades: 1992, 1994, 1995, 1997 y 1998. “DOCTOR HONORIS CAUSA” de la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo “Simón Bolívar” Universidad “Simón Bolívar” de Barranquilla y ORDEN ACADÉMICA “SIMÓN BOLÍVAR” de la misma Universidad (mayo de 2000).

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. M.P. Carlos E. Mejía Escobar. Febrero 3 de 1998. Tomado de Jurisprudencia Penal. Primer Semestre, Editora Jurídica de Colombia, pág. 135 a 137.

## 2. NUESTRO CRITERIO

**2.1 La presunción de inocencia se encuentra consagrada:** En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11), en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 8), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de nov. de 1950 (art. 6.2), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (art. 14.2) y en el acta final de Helsinki de 1 de agosto de 1975.

**2.2 Definición.** La presunción de inocencia, es aquella por medio de la cual se ordena tener a toda persona como inocente, hasta que no se acredite el hecho punible y la responsabilidad, mediante un proceso celebrado con todas las garantías.

**2.3 Es una verdadera presunción y se construyó:**

a) Empleando el método inductivo (experimental), se observa lo que casi siempre ocurre. En el caso que nos ocupa, la experiencia, la observación, muestran, indican, que la mayoría de los hombres no delinquen.

b) El hombre termina su formación fuera del vientre materno en relación con el ambiente y con los demás hombres, que por regla general no delinquen; eso significa que recibe una formación de la mayoría para no delinquir.

c) Luego resulta fácil concluir que si lo normal es que el hombre no delinca, se debe tener como construida "la inocencia", en vez de construida "la sospecha", "la culpabilidad".

d) No existe una sola presunción que no tenga un contenido ideológico. Algunas de ellas por razones de equilibrio social, como en las actividades peligrosas, etc., pero todas obedecen y deben obedecer a una tiranía ideológica. La presunción de inocencia, si bien se puede argumentar que existía en el derecho romano, cuando realmente logra su concreción es bajo el imperio de la ideología liberal con el fin de detener los "vértigos" represivos en general de las autoridades, justificados en una supuesta defensa del interés social en perseguir al delincuente.

e) Es una verdadera presunción (y sobre esto no puede haber duda, y tiene todos los elementos que la estructuran) *juris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, a veces en forma provisional y otras en forma definitiva.

f) Es una presunción que ejerce regencia, como lo dice CARRARA en **todo el tramite del proceso. Un juez podría utilizar el conocimiento privado que tiene sobre un hecho y enrostrarlo al vinculado al proceso penal, pero no lo puede hacer, no porque probatoria y lógicamente no sea posible,**

inclusive más económico, sino por la presunción de inocencia, que en términos del maestro italiano, señorea y reina y pronuncia estas palabras: **“haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis llegar a esa demostración, si no marcháis por el camino que os señalo”**.

### 3. IN DUBIO PRO REO.

**In dubio:** Carecer de certeza. El término “duda” significa primariamente “vacilación”, irresolución”, “perplejidad”. Estas significaciones se encuentran ya en el vocablo latino *dubitatis*. En la *dubitatio* hay siempre por lo menos dos proposiciones o tesis entre las cuales la mente se siente fluctuante; va en efecto, de una a otra sin detenerse. Por ese motivo, la duda no significa falta de creencia, sino indecisión con respecto a las creencias<sup>3</sup>.

El **in dubio pro reo**, le impone al juzgador la absolución, en caso de que las pruebas lo conduzcan precisamente a ese estado. Lo que se acostumbra expresar: **“si no llegara al convencimiento más allá de toda duda”**.

Dice la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal: *“Por su parte, el principio del ‘in dubio pro reo’, hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente”*<sup>4</sup>.

#### ¿Cuál es la diferencia, entre la presunción de inocencia y el in dubio pro reo?

Hay que partir de que tienen una estrecha relación porque hacen parte del *favor rei*. Sin embargo, la presunción de inocencia rige en todo el curso del proceso y en el aspecto probatorio, así: *“Si no hay prueba de la existencia del hecho punible o de la responsabilidad del sindicado, hay que absolver, la persona es inocente (obra la presunción de inocencia)”*.

Pero si hay actividad probatoria encaminada a probar los hechos constitutivos de la infracción y de la responsabilidad del sindicado y hay pruebas tendientes a desvirtuar esos hechos constitutivos, y objetivamente le crean esas circunstancias al juez duda, debe absolver; por ello es que la duda (probatoriamente) aparece ligada a **“favor del reo”**.

#### ¿A qué hechos se les aplica el in dubio pro reo?

Hay una parte de la doctrina que sostiene que a todos, es decir, tanto a los constitutivos como a los impositivos.

<sup>3</sup> FERRATER MORA, J. *Diccionario de filosofía*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pág. 526.

<sup>4</sup> Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Diciembre 10 de 1997. M. P. Carlos E. Mejía Escobar. Editora Jurídica de Colombia, segundo semestre de 1997, pág. 584.

Existe otra que sostiene que sólo a los constitutivos de la infracción penal, pero de ninguna manera a los impeditivos o extintivos.

Entendemos por hechos impeditivos aquellos que se producen antes o con la realización del comportamiento que impiden el nacimiento de un hecho punible.

En otras palabras, en casos prácticos no se aplicaría a las causales del art. 40, ni a las del art. 29 del C.P. Dice la Corte Suprema de Justicia: *"De un lado las causales contenidas en el art. 40 del Código Penal impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo"*<sup>5</sup>.

El mismo criterio se aplicaría a las causales del art. 29 del C.P., hasta el punto que la Corte ha dicho, —predicado de la legítima defensa—, *"Para acoger la legítima defensa como causal de exclusión de la antijuridicidad, debe estar plenamente demostrada en todos sus elementos conformantes y no debe existir reparo probatorio de ninguna naturaleza que ponga en duda su existencia". Lo anterior significa que si hay duda sobre ella, sencillamente no se reconoce, es decir que no se aplica el in dubio pro reo, que conduciría a que se reconociera si existiera ese estado*.

Y continúa la Corte diciendo: *"Y ello tiene plena razón de ser, puesto que se trata de una causal de irresponsabilidad penal, en la que se encuentra demostrada la realización de la conducta, y en tales condiciones bastaría que cualquiera que hubiese afectado la vida o la integridad de otro ciudadano la alegase para quedar relevado de responsabilidad penal y ello no es, ni puede ser así, porque establecida la tipicidad del hecho, en este caso el homicidio, es menester que la causal de justificación alegada se encuentre, como se dijo, cabalmente comprobada con la misma claridad"*<sup>6</sup>.

La duda que genera la aplicación del *in dubio pro reo*, debe ser objetiva.

El art. 247 del C.P.P., consagra una certeza objetiva, para poder condenar. Otro tanto debe ocurrir con la duda que conduzca a la aplicación del *in dubio pro reo*.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia: *"Para llegar a una declaración de duda, el juzgador no puede recurrir a la suposición propia o simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través del eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa y oportunista del procesado*.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia. M.P. Carlos E. Mejía. Diciembre 10 de 1997, ya citado.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Enero 24 de 1996. No. Rad. S-9380-96. M.P. Jorge E. Córdoba Poveda.

*Como las pruebas deben recaudarse por medio del rito legal, después el funcionario judicial le otorgará a cada ítem informativo el valor que le corresponde, y finalmente se aquilatarán todos los medios de información integrados (en conjunto); además, será la prueba la que conduzca a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado, de conformidad con los artículos 246 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la convicción en uno u otro sentido debe surgir de un proceso de racionalización basado en los datos de información y no en la conjetura del juzgador. Por ello, tanto de la certeza como del "in dubio" se pregona que no puede reposar en una pura subjetividad ni se compadecen meramente con la íntima convicción del juez, sino que habrán de derivarse de la racional y objetiva valoración de las constancias procesales..."<sup>7</sup>.*

Una vez que la prueba es adquirida para el proceso, ésta ejerce regencia sobre la mente del juez en virtud de la certeza objetiva consagrada y le indica el camino hacia la certeza o la duda. No se trata de un estado subjetivo del juez surgido de sus creencias, sino surgido de lo que la prueba muestra<sup>8</sup>.

Si se tratara la persuasión del juez (dejarse llevar), de un estado subjetivo surgido de sus reflexiones, sin tener ellas basamento en las pruebas recaudadas, se habría consagrado un sistema arbitrario y el juez podría fallar con las pruebas del expediente, contra las pruebas del expediente o sin pruebas.

El juez debe pensar las pruebas, escrutarlas juiciosamente, debe ser buen discípulo de los hechos mostrados por las pruebas, y con base en ellas, llegar al estado de certeza, pero no debe acomodar los hechos a sus aspiraciones mentales, ni mucho menos moldearlos, tiene que tomarlos en bruto e interpretarlos con aplicación de las reglas de la experiencia, el sentido común, de la lógica común, de las reglas de la ciencia, etc.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha agosto 5 de 1997. M.P. Jorge Aníbal Gómez. Acta No. 92.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "Determinación de los hechos, Libre valoración de la prueba y búsqueda de la verdad en el proceso penal", en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. Volumen XXI, número 6. Enero-abril 1999, pág. 115. Dice: "La vinculación del juez a la ley es, pues, en el plano de los principios, algo que nadie discute, aunque luego, en el plano de la realidad práctica, deje mucho que desear. Por muy estrictas que sean las reglas y preceptos legales, nadie puede negar al juzgador que las aplica un margen de libertad en su interpretación, una proyección de su subjetividad y, con ella, toda la carga emocional de sentimientos que le despierta el hecho que ha de juzgar. Nada extraño por lo demás, ya que el acto de juzgar, como todo acto valorativo, es un acto emocional, en el que no pueden excluirse de un modo absoluto los sentimientos y las valoraciones que necesariamente acompañan a la operación –en principio, puramente técnica y por ello, lógica– de aplicar los preceptos legales".

Al juez se le puede decir: ***“Mire y escrute bien el hecho que le ha sido transportado al proceso por los medios probatorios. El hecho lo debe afectar, antes que usted lo impregne de subjetividades. El hecho le empezará a “indicar el camino que debe seguir”. El hecho bien ‘rumiado’ lo obligará a emplear el talento. No suponga, escrute”.***

El juez sobre todo debe explicar “su certeza” o su “duda” (los componentes objetivos de certeza o duda), para que externalizada pueda ser controlada utilizando los excedentes extralegales de la valoración de la prueba que son los indicados, es decir, las reglas de la experiencia, la lógica, etc.

La duda debe surgir de las pruebas; por ello ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

*“De esta manera la Corte ha estimado que la separación drástica del juez del método de la sana crítica, al punto de llegar a suponer o pretextar un fundamento empírico, lógico o científico que no surge del material probatorio, es un despropósito directamente relacionado con los hechos y no con las normas, razón por la cual el error configurado es también de hecho y no de derecho. Atribuir a la conclusión silogística una fundamentación apriorística, en lugar de la real o empírica que se exige por tributo de las pruebas, o pretextar verdades lógicas o científicas que corresponden a otros contextos o que apenas son válidas en abstracto, no es más que distorsionar el contenido y valor del acervo demostrativo”<sup>9</sup>.*

El estado de suspensión para escoger o la certeza o la duda, debe surgir de las pruebas y no del encuentro mental del juzgador con los hechos, ya cargado de prejuicios.

Cuando se decretan pruebas en materia penal, que no se practican, no se puede pregonar que el funcionario tenía dudas y que al dejarlas de practicar debe reconocer el *in dubio pro reo*.

Como se ha dicho, el *in dubio pro reo* se plantea al juzgador en el momento de tomar la decisión definitiva. No se puede recurrir con ese argumento, porque ello implicaría como se ha dicho: *“Una inexcusable restricción de la función judicial y un desconocimiento del fenómeno de la duda como condicionante de una decisión favorable para el procesado, el que solamente se plantea el juzgador en el momento de la toma de la decisión definitiva”<sup>10</sup>.*

Se pretendía sostener que como el juez había decretado pruebas, las cuales no se practicaron, era porque tenía dudas y como consecuencia era

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de agosto de 1997. Acta No. 92, M.P. Aníbal Gómez Gallego.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Marzo 25 de 1999. Editora Jurídica de Colombia. Primer Semestre de 1999. n.º 306.

viable recurrir en casación, porque se había violado directamente la ley sustancial, como producto de la inaplicación de la norma que prevé el "in dubio pro reo".

Decretar pruebas no es anticipar la duda, sólo se trata de averiguar la verdad, en todo lo que resulte posible. Con relación a lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia: *"Como su nombre lo indica, el proceso está formado por distintas etapas que en una congruente secuencia permite el desenvolvimiento de la acción penal hasta el momento culminante de la sentencia, en cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso, sin que en cada una de las fases del diligenciamiento deban festinar el grado de conocimiento que el material probatorio les pueda forjar hasta ese momento, pues tratándose de la etapa de la causa, el examen de conjunto del material probatorio y por consiguiente la declaración de certeza o duda está deferida a la sentencia"*<sup>11</sup>.

Con relación a la casación (el concepto de la violación).

Estamos de acuerdo con lo que sostiene la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

*"Será violación directa, si el juzgador reconoce en el fallo que existe duda probatoria sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, y sin embargo condena; será indirecta, si, por el contrario, niega su presencia, existiendo, y en consecuencia condena, o si la admite, inexistiendo, y absuelve"*<sup>12</sup>.

### CONCLUSIONES

1. Dice el artículo 445 del C. de P.P.: **Presunción de Inocencia:** Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado.

<sup>11</sup> Obsérvese esto que dice la Corte y que es bien atinado: "El principio de investigación integral muchas veces impone la actividad probatoria en los distintos períodos dispuestos para ello, no obstante haber adquirido ya el funcionario judicial virtual certeza sobre la existencia de los hechos investigados y de la responsabilidad del procesado, **por lo que resulta equivocado suponer que si en el juicio el juez ordena pruebas es porque aún no tiene certeza acerca de lo que es materia de juzgamiento**". Prov. cit. Marzo 25 de 1999. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Septiembre 25 de 1997. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll. Editora Jurídica de Colombia. Jurisprudencia Penal. Segundo semestre 1997, pág. 539.

2. La Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*"La Corte en varios pronunciamientos ha sostenido que violación directa de una norma sustancial se da en el caso específico del in dubio pro reo, cuando el sentenciador ha reconocido que existían dudas respecto del hecho motivo de juzgamiento y a pesar de ello inaplica el art. 445, concretándose la violación directa por falta de aplicación de la norma que era de imperativo reconocimiento al aceptarse dialécticamente la existencia de la duda"*<sup>13</sup>.

#### PROPUESTA

Se debe ser franco y redactar una norma en la parte general del Código Penal, después del principio de legalidad que diga: **"No habrá pena sin la prueba del hecho y la culpabilidad. Si la valoración conduce a una duda objetiva debe resolverse a favor del reo"**<sup>14</sup>.

#### CONCLUSIONES

<sup>13</sup> Extracto número 296. Extractos de Jurisprudencia. Cuarto trimestre de 1993. Sentencia de Casación 15 de octubre de 1993. M.P. Edgar Saavedra - Salvamento de voto de Jorge E. Valencia.

<sup>14</sup> He copiado de BACIGALUPO, ENRIQUE (Artículo publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo XLI Fascículo II Mayo-Agosto MCMLXXXVIII titulado: **Presunción de Inocencia, "In dubio pro reo y recurso de casación"**): "Mientras el principio de legalidad dice Jescheck (Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts, 3 edición, Berlín 1978) protege a todos frente a la condena por una acción cuya punibilidad y pena no estaban legalmente determinadas al tiempo de comisión del delito, el principio "in dubio pro reo" brinda el necesario complemento estableciendo que no habrá pena sin la prueba del hecho y la culpabilidad". La unidad de finalidad protectora del principio de legalidad y del principio "in dubio pro reo" exige un reflejo en la teoría de las normas que lejos de agotarse en la categoría de normas penales materiales (sustantivas) y normas penales formales (adjetivas), debe dar lugar por lo menos a tres especies diferentes: Normas penales materiales (sustantivas): Las que establecen la punibilidad y las que determinan las condiciones de aplicación de éstas; normas penales formales (adjetivas): Las que son puras normas procesales en sentido estricto, y normas de carácter sustantivo que se deben observar al determinar los hechos probados (por ejemplo arts. 741 y 717 de la Lectura).

nada daña la espontaneidad, el hecho de que las partes le insinúen pruebas, inclusive mostrándole la duda objetiva que se presenta (utilizamos la palabra **objetiva** en el sentido de que es aquella surgida de las pruebas, y no la que caprichosamente se fabrique el funcionario).

**6.3 Imparcialidad:** Con respecto a ella se ha dicho: i) No es para subsanar la incuria de las partes, de tal manera que si fue por negligencia de ellas no pueden decretar porque el juez se estaría parcializando ii) Se ha dicho que las medidas para mejor proveer son independientes de los resultados que puedan producir y ajenas a la negligencia en que hayan incurrido las partes.

No cabe duda que si se entiende que estas medidas en materia probatoria, fueron consagradas en protección de la conciencia del juez, se deben decretar con una gran amplitud, pensando en lograr la verdad en el proceso judicial, para sobre ella construir la sentencia. La captura de la verdad en el proceso es la mejor manera de lograr el juez la protección de su conciencia. Esa imparcialidad dada por la búsqueda de la verdad, evita romper el principio de igualdad de las partes.

## 7. CÓMO SE MANEJA EN LA ÉPOCA ACTUAL EL AUTO PARA MEJOR PROVEER.

Como ya se ha dicho, estas diligencias son fundamentalmente actos de instrucción debidos a la iniciativa del juez. Nos hemos de referir a las mismas en España, por ser deudores nuestros países de la madre patria, en la institución de las medidas para mejor proveer<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Española regla:

"Art. 340: Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces y Tribunales acordar para mejor proveer:

"1. Traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

"2. Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

"3. Practicar cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubieren hecho.

"4. Examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes.

"5. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

"Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno.

"En la práctica de estas diligencias se dará intervención a las partes".

"Art. 341: "Las diligencias para mejor proveer se practicarán dentro de un plazo no superior al establecido, en el proceso en el que se acuerden, para la práctica de la prueba. En todo caso, el juez o la Sala cuidarán de que lo acordado se ejecute sin demora y adoptarán de oficio las medidas necesarias para ello".

Con las normas que se han nombrado en la nota al pie de página, surgieron en España dos criterios para interpretar las medidas para mejor proveer:

### 7.1 Dice Montero Aroca:

"La función directiva del juez en el proceso puede versar bien sobre el desenvolvimiento de aquél, bien sobre el objeto mismo. En un proceso regido por el principio dispositivo, las facultades de dirección sobre el objeto han de ser necesariamente reducidas. Nulas en cuanto a la proposición y delimitación del objeto procesal; admisibles sin embargo, en cuanto a la formación de la convicción del juez acerca de los hechos alegados. Pues bien, las diligencias para mejor proveer se encuadran entre las facultades de dirección material, y constituyen probablemente la máxima concesión de la Ley Lec al principio de la investigación oficial dentro de un proceso dispositivo"<sup>13</sup>.

Con relación a lo anterior nos cuenta el autor citado, que la doctrina se divide así con respecto a la viabilidad de estas medidas:

**A)** Se entiende que estas diligencias sólo deberían admitirse en cuanto vinieran aconsejadas por la conveniencia de una aportación probatoria de carácter complementario.

**B)** Otro sector, opina que las diligencias deben acordarse previa comparación de la actividad de la parte interesada con un prototipo de litigante diligente en cuanto a la carga procesal de aportación de la prueba. En este orden de cosas, las diligencias serían admisibles si los defectos de resultado de la actividad de la parte se debieran a errores involuntarios o a otras circunstancias ajenas a la voluntad.

Según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, que entrará a regir el 8 de enero de 2001, se regularon las diligencias finales, que tienen las siguientes características:

a. Las diligencias finales son actos de instrucción debidos a la iniciativa del juez, con la finalidad de formar su convicción acerca del material del proceso.

Se dice:

"Su antecedente fueron las diligencias para mejor proveer, que son sustituidas con nuevos presupuestos, con el fin de no restar valor a la práctica de la prueba

"Art. 342: "En estos casos quedará en suspenso el término para dictar sentencia, desde el día en que se acuerde la providencia para mejor proveer hasta que sea ejecutada o transcurra el plazo para ello y tres días más, durante los que se pondrán de manifiesto a las partes los resultados de las diligencias, las cuales podrán alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia".

también se refieren a esta institución los artículos 507, 630 y 874 de la Lec.

<sup>13</sup> MONTERO AROCA, JUAN. ORTELL RAMOS, JUAN. GÓMEZ COLOMBER, LUIS. "Derecho Jurisdiccional", 2ª edición, Editorial Bosch. 1989, pág. 303.

en el acto del juicio, limitando su utilización a razones muy estrictas y graves, evitando, para no vulnerar la igualdad de las partes, reemplazar su actividad por la del Tribunal" (Preámbulo XII, 122 y 13).

Con relación a la nueva ley, dice Montero Aroca, refiriéndose al artículo 435, lo siguiente:

"Las diligencias finales pueden llevar a actividad probatoria en los cuatro casos siguientes:

"1. Se pueden practicar los medios de prueba que por causa ajena a la parte que lo hubiese propuesto, no se hubiese practicado (art. 435, 1.2.).

"2. Se pueden practicar las pruebas pertinentes y útiles que se refieren a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286 (art. 435, 1,3.).

"3. Excepcionalmente, el juez podrá acordar de oficio, o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, mediante auto detalladamente motivado, cuando de su práctica, a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, no se hubieran deducido resultados probatorios claros (art. 435.2).

"Por tanto, obsérvese en este caso que se rechaza que a través de las diligencias finales puedan complementarse las alegaciones de hecho de las partes, porque es precisamente la duda sobre la prueba respecto de ellos, la que permite que el juez acuerde la diligencia que considere pertinente"<sup>14</sup>.

## **8. ESTUDIO EN CONCRETO DEL ARTÍCULO 169 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **8.1 Doctrina:**

El Doctor Carlos Betancourth Jaramillo, sostiene que los autos para mejor proveer y las pruebas de oficio, no constituyen un deber ni una obligación probatoria para el juzgador, sino que su decreto está al prudente arbitrio, como decisión potestativa que es, del Tribunal o Consejo de Estado y con el fin de aclarar puntos oscuros o dudosos de la contienda.

Más adelante agrega:

"... sino que su decreto busca complementar el acervo probatorio, pero nunca producirlo en su integridad".

### **8.2 El artículo 169 del Decreto 1 de 1984, decía:**

"Pruebas de oficio. En la primera o única instancia y antes de ordenar los traslados para alegar, podrá el ponente decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el establecimiento de la verdad.

"Tales pruebas deberán practicarse en el término extraordinario que se concede y que no podrá exceder de diez (10) días.

<sup>14</sup> MONTERO AROCA, JUAN y Otros. "El Nuevo Proceso Civil" (Ley 1 de 2000), Tirant Lo Blanch. Valencia 2000, pág. 347.

"En la segunda instancia sólo podrán decretarse pruebas de oficio, por una sola vez, con el fin de aclarar los puntos dudosos u oscuros de la contienda.

"Contra los autos que se dicten en desarrollo de este artículo no procederá recurso".

La norma reformada quedó:

"Pruebas de oficio: "En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si estas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

"Además, en la oportunidad procesal de decidir, la sala, sección o subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda.

"Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso".

Literalmente interpretado el artículo 169 del C.C.A., se podrían establecer diferencias entre el inciso 1 y 2 que se mostrarían así:

1. El ponente en cualquiera de las instancias podrá decretar pruebas de oficio y las deberá decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

2. En cambio la sala que es el juez, sólo lo podrá hacer para esclarecer los puntos oscuros o dudosos y en la oportunidad de decidir.

### **8.3 Crítica a la anterior interpretación:**

#### **8.3.1 Incompatibilidad ideológica entre las facultades oficiosas del juez y el auto para mejor proveer**

Si un código se decide por consagrar el principio dispositivo, pero en materia probatoria se consagra la facultad oficiosa de decretar pruebas de oficio, no resulta compatible consagrar el auto para mejor proveer. Si el juez puede decretar todas las pruebas que resulten necesarias para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, no puede a renglón seguido, hacerlo descender desde el punto de vista del conocimiento, para colocarle un corset por cierto muy difícil de usar, sólo puede decretar pruebas para esclarecer puntos oscuros o dudosos. Obsérvese bien: El artículo 169 del C.C.A., interpretado sin ideología, consagraría un verdadero contrasentido, el ponente que no es el juez tiene facultades para decretar todas las pruebas de oficio que considere necesarias, para averiguar la verdad, en cambio el juez: la sala, sólo para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda.

**8.3.2 El auto para mejor proveer era una ingerencia tímida a la facultad de las partes que le imponían al juez el deber de fallar secundum alegata y secundum probata, y por ello los intérpretes se encargaron de acuerdo con esa ideología en estrechar el corset, pero no cuando se sigue manteniendo**

que el juez debe fallar secundum allegata, pero no secundum probata y que el juez debe averiguar la verdad o falsedad de los hechos alegados por las partes.

### **8.3.3 La frase "puntos que juzgue oscuros o dudosos".**

Esta es una frase neutra, de acuerdo con la ideología que sirva de sustento para interpretarla puede significar casi nada en cuanto a la facultad del juez para decretar pruebas de oficio y lo obliga a realizar sutilezas avaras, no vaya a ser que no esté logrando aclarar, sino que esté produciendo una prueba.

Por el contrario puede significar mucho y nadie puede negar que para aclarar puntos que juzgue oscuros o dudosos, es casi siempre necesario decretar pruebas, es decir, producir pruebas. Pero hay algo más, si nos atenemos al criterio estrecho ya explicado, y el juez en razón de esas pruebas, descubre que el acervo probatorio logrado hasta ese momento, no muestra la verdad, sino otra cosa, por ejemplo que una escritura no está firmada por el notario, pero sí lo está, ¿debe guardar silencio?, ¿debe arriesgarse a dictar una sentencia completamente desacoplada de la realidad? Eso pudo ser cierto en el pasado, donde se premiaba la astucia y la habilidad, pero no en la época actual. El proceso no es un sainete, sino un instrumento que nos debe permitir averiguar la verdad y sobre ella edificar la sentencia. ¿Qué clase de juez sería ese que no decreta pruebas de oficio para averiguar la verdad?

**8.3.4 En todo momento en que se decreten pruebas de oficio, se debe permitir el derecho de contradicción y si es del caso, permitir que se hagan argumentos sobre lo logrado.**

El reproche que se hace, cuando se decretan pruebas de oficio después de los alegatos o de las audiencias, es que se viola el derecho de contradicción, se debe permitir por el juez esa contradicción y argumentación señalando términos para tal efecto, aunque el legislador no los haya señalado teniendo en cuenta el giro ideológico que se le da a las instituciones y que la norma permanece rígida.

**8.3.5 Cuáles son las tendencias ideológicas actuales en cuanto al papel del juez.**

Montero Aroca, con relación al tema, sostiene lo que nos permitimos resumir:

**8.3.5.1 El juez del proceso común y el juez de la concepción liberal del Siglo XIX, era un juez neutral.**

**8.3.5.2 A lo largo del Siglo XX se ha asistido al enfrentamiento entre dos concepciones en torno al papel del juez en el proceso civil, debate que nació sobre lo que puede llamarse la publicización del proceso.**

8.3.5.3 Sostiene que el origen de ese debate fue la ORDENANZA PROCESAL CIVIL AUSTRIACA de 1895, que es el ejemplo a imitar en otros países. Por ese camino siguió el Código Procesal Civil Italiano de 1940, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, asumiendo concepción política de la que no siempre se ha explicado su base ideológica.

8.3.5.4 Dice el autor que el Código Austríaco, tiene una ideología nacida en el autoritarismo propio del impero austro-húngaro de la época y con extraños injertos como el del socialismo jurídico de Menger.

8.3.5.5 El Código italiano de 1940, por mucho que se haya querido sostener lo contrario, fue un código típicamente fascista, inmerso en esa concepción política.

8.3.5.6 El conceder amplios poderes discrecionales al juez sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.

8.3.5.7 No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la ingerencia de poder ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

8.3.5.8 En los últimos años estamos asistiendo, primero, al reconocimiento de que el aumento de poderes del juez es algo propio de una ideología que propicia el aumento de los poderes del Estado en detrimento de la libertad del ciudadano y, después, a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan.

8.3.5.9 Y refiriéndose a la nueva ley de enjuiciamiento civil española, dice el autor citado:

"La Ley parte de una concepción que puede calificarse de claramente liberal y en la que su principio dispositivo es su elemento determinante.

"Son las partes las que han de determinar el objeto del proceso y la clase de tutela y al juez no le incumbe investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados. Quien pide la tutela judicial tiene la carga de determinarla con precisión y de alegar y probar los hechos. Y sin embargo no faltan en la ley algunos atisbos de la llamada publicización que responden, generalmente a enmiendas admitidas en contra del sistema"<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> MONTERO AROCA, JUAN y Otros. "El Nuevo Proceso Civil".

### **8.3.6 Crítica a la anterior tesis.**

El principio dispositivo, seguramente debe seguir rigiendo el proceso civil y la justicia administrativa en términos generales debe ser rogada, pero afirmar que al juez no le incumbe investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados, no solamente es un anacronismo, sino por sobre todo implica un retroceso. En este planteamiento como se ha denunciado:

“... el proceso no debe ser estructurado de manera que permita al juez el descubrimiento de la verdad de los hechos, recurriendo eventualmente a poderes autónomos de iniciativa instructoria, ni debe orientarse a conseguir que el juez pueda establecer cuál sea la solución más justa según criterios generales. Por el contrario, lo que hace falta y se considera suficiente, es que las partes puedan disponer plenamente del proceso y de su objeto, de las pruebas y de todos los instrumentos procedimentales, del modo que en cada caso les parezca más oportuno”<sup>16</sup>.

### **8.3.7 Cómo debe ser interpretado el artículo 169 del C.C.A.**

Que el juez, tanto el ponente como la Sala pueden decretar pruebas de oficio, en los asuntos del contencioso administrativo.

<sup>16</sup> TARUFFO, MICHELLE. *“La Justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?- Corrupción y Estado de Derecho”*. Editorial Perfecto Andrés Ibáñez.

### 8.3.6 Crítica a la anterior tesis.

El principio dispositivo, seguramente debe seguir rigiendo el proceso civil y la justicia administrativa en términos generales debe ser toda, pero afirmar que el juez no le incumbe investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados, no solamente es un anacronismo, sino por sobre todo implica un retroceso. En este planteamiento como se ha denunciado:

"... el proceso no debe ser estructurado de manera que permita al juez el descubrimiento de la verdad de los hechos, recurrendo eventualmente a poderes autónomos de iniciativa instructora, ni debe orientarse a conseguir que el juez pueda establecer cuál sea la solución más justa según criterios generales. Por el contrario, lo que hace falta y se considera suficiente, es que las partes puedan disponer plenamente del proceso y de su objeto, de las pruebas y de todos los instrumentos procedimentales, del modo que en cada caso les parezca más oportuno".<sup>18</sup>

### 8.3.7 Cómo debe ser interpretado el artículo 169 del C.C.A.

Que el juez, tanto el ponente como la Sala pueden decretar pruebas de oficio, en los asuntos del contencioso administrativo.

<sup>18</sup> TARUFFO, MICHELE "La Justicia Civil: Opción real o alternativa positiva? - Corrupción y Estado de Derecho", Editorial Perseus Andrés Ibáñez.