



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada ponente: **MYRIAM AVILA ROLDAN**

E.S.D.

1

Referencia: **Expediente número D-11040**. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1407 de 2010, artículo 499, inciso cuarto.

Actores: **YESID FERNANDO SILVA SANCHEZ**
EDUARDO ARDILA VALDERRAMA

Asunto: **intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991, artículo 7

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, y **CLAUDIA PATRICIA ORDUZ BARRETO**, actuando como ciudadana y **profesora del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 07 de octubre de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P. y el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991.

I. NORMA DEMANDADA

“LEY 1407 DE 2010

(Agosto 17)

Diario Oficial No. 47.804 de 17 de agosto de 2010

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código Penal Militar.

(...)

ARTÍCULO 499. SOLICITUDES PROBATORIAS. *Durante la audiencia el juez penal militar dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.*

El juez decretará la práctica de pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo, con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el juez penal militar considera que se hace necesaria la práctica de otras pruebas no pedidas por estas que pudieren tener esencial influencia para el resultado del juicio, ordenará su práctica.

Si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por las partes y que pudiere incidir en los resultados del juicio, solicitará su práctica ante el juez penal militar.”

II. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN

Los actores en su demanda hacen una relación sucinta y sencilla sobre las razones que los lleva a considerar que el artículo 499 inciso cuarto, vulnera la Constitución de 1991 en su artículo 29 referente al debido proceso, igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos, sin realizar explicación alguna en relación con las disposiciones citadas. No se cumplió con los postulados tantas veces requeridos por la Honorable Corte Constitucional para que la demanda sea estudiada¹, lo que conduciría a que la Corte Constitucional se INHIBIERA de conocer la demanda en estudio.

2

No obstante lo anterior, frente a la demanda impetrada para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, le asiste razón a los demandantes y por tanto anticipándonos a la solicitud final, solicitamos a la H. Corte Constitucional que declare la INEXEQUIBLIDAD de la norma demandada, por las razones que enseguida exponemos.

1. En relación con lo planteado por los demandantes, es preciso destacar que, se advierte la oposición o riña con la Constitución Política de 1991, por considerar que: la expresión **“Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el juez penal militar considera que se hace necesaria la práctica de otras pruebas no pedidas por estas que pudieren tener esencial influencia para el resultado del juicio, ordenará su práctica”** atenta contra el principio de igualdad de armas, destacando que si la producción de la prueba le fue confiada a los fiscales, debe estarle vedada la posibilidad al juez de suplir la actividad del fiscal decretando pruebas de oficio para fortalecer la hipótesis acusatoria, pues de lo contrario se afectaría la posición de equilibrio que se debe garantizar en el sistema acusatorio, para evitar que el juez pierda la imparcialidad, neutralidad y equilibrio que lo debe caracterizar, resaltando que si se permite que el juez decrete pruebas de oficio se cambiaría el sistema penal militar de acusatorio a inquisitivo.

2. El artículo 29 de la Norma Superior propende porque la garantía del DEBIDO PROCESO, evidencie que el mismo sea “público sin dilaciones injustificadas”; que permita la presentación de pruebas y su controversia, siendo “nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

A su turno, el artículo catorce² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regula en garantía del debido proceso, que: *“1. Todas las personas son*

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-259/15 “En ese orden de ideas, el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, fija las condiciones o requisitos mínimos de procedibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo en principio, que se señalen en los escritos ciudadanos los siguientes aspectos básicos: (i) las disposiciones legales contra las que dirigen la acusación; (ii) las preceptivas constitucionales que se consideran violadas y (iii) que se expliquen las razones o motivos por los cuales se considera que las normas superiores han sido desconocidas”.

² 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores; 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; e) A ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el

iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, **independiente e imparcial**, establecido por la ley”. Y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reza: “1. Toda persona Tiene Derecho a oída ser, ... Por un juez o tribunal Competente, **independiente e imparcial**” (subrayado fuera e texto).

Por lo que de acuerdo con las disposiciones constitucionales y supraconstitucionales, el juzgador debe ser no una parte, sino un director y garante de derechos; encaminado a que el proceso se adelante de manera **imparcial e independiente**, en aras de poder tomar la decisión más ajustada a derecho, con fundamento en las pruebas aportadas.

Cabe resaltar que es precisamente la disposición hoy objeto de reproche, Ley 1407 de 2010, la que en múltiples artículos acoge los postulados regulados por el Acto Legislativo 03 de 2002, encaminado a que se adopte en Colombia un sistema procesal con tendencia acusatoria, Al respecto se puede leer que el proceso penal militar se desarrollara bajo los postulados de: imparcialidad, oralidad, e intermediación, a más de que acogerá el principio de integración, según el cual se habrán de aplicar las disposiciones que establezca el Código Procesal Penal ordinario, siempre y cuando no entre en contravía con la ley en cita; situación totalmente aplicable en este evento, por evidenciar, que el proceso ordinario y militar son de estirpe acusatorio. Siendo así, en relación con las prueba en un sistema acusatorio y oral, el juez no debe decretar pruebas y por ello en el artículo 361 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004) se puede leer: “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

Situación que claramente se manifiesta como el querer del legislador, en la Ley 1407 de 2010, cuando se dice que “**A solicitud de las partes**, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser reconocidos y estudiados”. (Artículo 500. exhibición de los elementos materiales de prueba). Resultando imposible para el Juez en caso de dicho requerimiento la exhibición del descubrimiento probatorio, pues ello implicaría el conocimiento previo del juez sobre el proceso a analizar.

A su turno, en donde quedaría y como se realizaría el trámite del artículo 501 referente a la EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA, en donde “Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez penal militar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba...”, lo anterior por cuanto el director del proceso sería juez y parte.

Precisamente, para evitar que el juez pueda tener algún reproche frente a su imparcialidad en la toma de decisiones, ya en varios pronunciamiento la Corte Constitucional ha venido indicando como, no es procedente que se presenten por

interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

el juez pruebas de oficio, más aun en la audiencia preparatoria, como ocurre con la norma hoy demandada, Al respecto se ha indicado que la estructura del proceso penal adversarial “se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decreta pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio”³

En ese mismo sentido, la decisión citada permite inferir como en el proceso penal se deben cumplir ciertas reglas “...para garantizar la imparcialidad objetiva del juez...: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía”.

4

Y se continúa, destacando que “El sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal...”

“La pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción. En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes”.

Para concluir es importante destacar que el proceso penal bien sea ordinario o militar, por la trascendencia que genera, en garantía de la igualdad de armas, debe cumplir con lo reglado en el artículo 7 del Código Procesal Penal⁴, referente a que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del órgano de persecución penal, sin

³ Corte Constitucional **sentencia C-396/07**

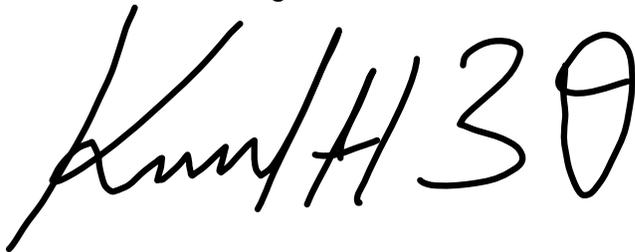
⁴ Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

que en ningún caso pueda invertirse dicha carga probatoria; por lo que el juez no puede usurpar dicha función ni en apoyo del Estado (fiscalía), ni en beneficio de la defensa, pues dentro de la estrategia de cada una de las partes, se podrán presentar pruebas y controvertir las mismas, siendo el fallador un sujeto imparcial y garante de que a través de las probanzas presentadas la decisión que se adopte se ajuste a la justicia y el derecho. En ese sentido, de manera respetuosa en esta oportunidad según nuestro concepto, consideramos pertinente decretar la inconstitucionalidad del aparte demandado.

III. SOLICITUD

El Observatorio de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la **INEXEQUIBILIDAD** del inciso cuarto del artículo 499 de la Ley 1407 de 2010.

De los señores Magistrados, atentamente,



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: jkbv@hotmail.com

CLAUDIA PATRICIA ORDUZ BARRETO

C.C.52104170 de Bogotá

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Profesora del Área de Derecho Penal.

Correo:claudiaorduz@yahoo.com.mx