

LA PRUEBA TRASLADADA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES*

*Ingrid Bibiana Muñetones Rozo***

Resumen

La relación existente entre los fines de la prueba y la verdad material como fin del proceso penal, aunado al reconocimiento del individuo como sujeto activo en la práctica de la prueba, obliga a reflexionar sobre la admisibilidad o no en el sistema penal de tendencia acusatoria de los elementos de prueba obtenidos fuera del juicio oral en actuaciones judiciales distintas a la etapa de conocimiento y, también, sobre el uso de esos instrumentos de cara a los postulados constitucionales; se alude, pues, a la figura que el ordenamiento anterior llamaba como prueba trasladada. El debate sobre el asunto se mantiene tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: de un lado, aparecen posturas que dan por cerrada la disputa y no abarcan todas las aristas del problema; y, de otro lado, hay quienes entienden que esas herramientas se pueden utilizar porque no contrarían los principios penales constitucionales propios de un Estado social y democrático de Derecho, ni los estándares internacionales mínimos en materia de derechos humanos. De esta última postura parte esta elaboración académica, pero asumida a partir de los postulados constitucionales.

Palabras claves

Proceso penal acusatorio, principios constitucionales, principio de inmediación, prueba trasladada, prueba de referencia.

Abstract

The relation between the purpose of evidence and material truth as an end of the criminal procedure, together with the recognition of the individual as an active subject in the practice of evidence, makes it necessary to consider on whether the evidence obtained outside the trial is admissible in court under a criminal law system of accusatory tendency. In addition,

* Artículo de reflexión presentado para optar al título de maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia); dirección a cargo del Prof. Fernando Velásquez Velásquez.

** Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia; Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. E-Mail: bibiana.munetones@zurekgomezabogados.com

such situation makes it necessary to consider on whether the admissibility of such evidence agrees with constitutional clauses. This issue is still highly debated in both doctrine and jurisprudence: on one hand, some positions have declared the debate closed, without paying attention to all the edges of the problem; and, on the other hand, there are those who understand that these tools are admissible because it does not disagree with constitutional criminal principles of a social and democratic State of Law nor the minimum international human rights standards. This paper agrees with the latter and analyzes the issue from the constitutional postulates.

Keywords

Accusatory criminal procedure, constitutional principles, principle of immediacy, transferred evidence, hearsay.

Introducción

El presente trabajo aborda una discusión que, a juzgar por los contenidos del Código de Procedimiento Penal vigente (L. 906/2004) y algunas posturas jurisprudenciales, estaría cerrada de plano ante la ausencia de previsiones legales expresas sobre la materia; se trata de la problemática de la admisibilidad o no de la ‘prueba trasladada’, que se considera como inaplicable porque ella transgrediría los principios procesales consagrados en el Título Preliminar del citado Código de Procedimiento Penal y en la Constitución, entre los cuales se debe mencionar el debido proceso y, por ende, el derecho de la persona a que se lleve a cabo un juicio justo lo que, en definitiva, permite concretar el fin último del proceso penal cual es la obtención de la verdad de los hechos, cosa que con este tipo de prueba se aleja cada vez más del propósito trazado.

No obstante, las diversas concepciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el asunto advierten en torno a la necesidad de profundizar acerca de la cuestión para identificar si dicho instituto resulta o no compatible con los postulados constitucionales, las normativas internacionales en materia de derechos humanos y, por supuesto, con la estructura del proceso penal adoptada por el constituyente y el legislador. No se trata, por supuesto, de una discusión inútil o agotada; todo lo contrario: el asunto tiene filones académicos de interés y, además, repercute en la práctica judicial, así las elaboraciones teóricas sobre el asunto sean escasas. Por supuesto, para rescatar este importante debate es vital partir de los principios constitucionales porque estos, tal como indica Arboleda (2014), permiten entender el derecho no como una “simple aplicación mecánica de la norma jurídica al caso concreto, tal cual se hace con el método del silogismo” sino como “un entramado de normas jurídicas que responden al desarrollo del principio universalísimo o sumo”, según el cual el Derecho debe ser justo y su aplicación equitativa (p. 20). Es más, se añade que ellos son criterios de creación, interpretación e integración del derecho (Valencia, 1999, p. 4).

Por eso, en plan de ahondar en este asunto esta investigación busca responder, a título de problema jurídico, a la siguiente pregunta: ¿El instituto de la prueba trasladada se compadece con los postulados constitucionales y con la estructura

del proceso penal de corte acusatorio vigente en Colombia?, es un interrogante que girará exclusivamente, frente a los lineamientos del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, el tema no abordará lo que ocurre en el nuevo procedimiento penal especial abreviado o del acusador privado, de la Ley 1826 de 2017.

Para confeccionar este escrito, se utiliza una metodología de estudio estructurada a partir del análisis deductivo de fuentes especializadas en esta área de conocimiento, recogidas de la relatoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de algunas bibliotecas de la ciudad de Bogotá y de bases de datos disponibles en internet, a las que se ha tenido acceso; se acude, pues, a fuentes primarias (selección de libros, artículos, conferencias, sentencias y consultas a algunos expertos).

Como objetivo general del trabajo se busca analizar si la institución de la prueba trasladada se compadece o no con los postulados propios del Estado de derecho y con la estructura del proceso penal vigente. Así mismo, como objetivos específicos se persiguen los siguientes: en primer lugar, a partir de algunos trabajos de derecho comparado, revisar si en la estructura del proceso actual propia de los modelos italiano y anglosajón, amén de otros modelos latinoamericanos, tiene cabida la prueba trasladada o algún instituto similar; así mismo, verificar cuáles son los criterios existentes frente al instituto de la prueba trasladada o similares, en los sistemas acogidos por esos modelos; en tercer lugar, analizar los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales existentes en materia de prueba trasladada: y, en cuarto lugar, se busca mostrar la importancia práctica que tendría la asunción de ese instituto entre nosotros y si ella es o no posible.

Ahora bien, el trabajo está compuesto de cuatro partes básicas: En primer lugar, se plasma una reflexión en torno a los postulados constitucionales que inspiran el modelo de Estado colombiano, esto es, el propio de un Estado social y democrático de Derecho según reza la Constitución Política (Sentencia C-566 de 1995, CConst.), y los principios que inciden en el proceso penal relacionados con la discusión, con especial énfasis en el denominado principio de inmediatez que es el punto de partida necesario para poder emprender el debate en el marco de un Estado de Derecho (Maier, 2004a, p. 10) de cara al mejor entendimiento de la estructura del sistema procesal penal acusatorio colombiano vigente.

Así mismo, en segundo lugar, se intenta hacer una aproximación a algunos sistemas procesales penales como el modelo adversarial estadounidense que tanto ha influido en las reformas a los sistemas procesales en América Latina, incluida la colombiana (Muñoz, 2006, p. XV; Méndez, 2007, p. 138; Gómez, 2008, p. 2; Gómez, 2015, pp. XIV y ss.); también, se examina el italiano, dada su amplia tradición doctrinal y por ser uno de los sistemas de tradición continental que acogió, con ciertas críticas, el modelo angloamericano (Guerrero, 2007, p. 20; Gómez, 2008, p. 8). Este segmento, incluye también, un análisis de las excepciones que, con cierta similitud al mecanismo de la prueba trasladada, se presentan en los modelos español, argentino y algunos latinoamericanos, a partir del análisis de algunos trabajos en derecho comparado. Ello se hace, porque, como lo advirtió Jescheck (1974, p. 282),

al ocuparse del análisis del papel histórico del Derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal en Alemania, esa mirada no solo permite conocer esa expresión cultural de los países extranjeros, sino que facilita la investigación de los problemas sociales.

Además, en tercer lugar, se hace un análisis de los alcances del mecanismo prueba trasladada y del estado del arte de la jurisprudencia y doctrina del contexto nacional acerca de su inadmisibilidad en el proceso penal de tendencia acusatorio. De igual forma, en cuarto lugar, en el acápite de las conclusiones y al hilo de la temática anunciada, se demuestra cómo, a pesar de la aparente claridad que pregonan la ley y la jurisprudencia frente a la inadmisibilidad del instituto en comentario, el asunto no se trata a profundidad por parte de nuestros estudiosos para concluir, así, que se podría admitir el instituto en examen en el derecho procesal penal nacional. Al final, en el acápite de las referencias, se consignan las diversas fuentes que han servido para elaborar esta reflexión académica sobre un tema tan puntual como este.

Los postulados constitucionales del modelo de Estado colombiano y el proceso penal

El principio del Estado social y democrático de Derecho y la constitucionalización del proceso penal.

Con miras a examinar la problemática propuesta, es necesario partir del supuesto según el cual la organización y el ejercicio del poder estatal deben influir en la aplicación del poder punitivo del Estado a lo largo del proceso penal, máxime si se trata del diseño propio de un Estado social y democrático de Derecho (Mir, 1994, p. 7; Berdugo & Arroyo, 2004, p. 10; Gössel, 2013, p. 1335; y Velásquez, 2017, p. 37); por supuesto, sea cual sea ese modelo de organización estatal al que debe responder el ejercicio del *ius puniendi* que no se puede concebir como ilimitado y siempre sometido a controles (Velásquez, 2017, p. 42; Sentencia SP2144 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ) al punto de que, como lo advertía Jescheck (1974, p. 279), a la reforma del proceso penal haya llegado a considerársele una necesidad “político-jurídica”. Por ello, pues, cada boceto de organización social y política desarrolla sus propios lineamientos para llevar a cabo ese control del poder punitivo y se torna en el principal instrumento ‘estabilizador y garante’ del modelo y de sus valores primordiales, todo ello de cara al logro de una convivencia pacífica; sobre todo si está claro que “el Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos” (Mir, 1994, p. 37). Esta dinámica, por supuesto, alcanza mayor notoriedad en el derecho procesal penal, al estar más cerca del hombre y de su realidad, razón por la cual su relación con el sistema político dominante es más próxima (Maier, 1989, p. 12).

A partir de los razonamientos indicados fácil es concluir porqué el proceso penal alcanzó gran notoriedad como ‘escenario democrático’, orientado a la realización de los fines estatales y, además, se puede entender la razón por la cual las

Constituciones incorporaron preceptos de la estructura básica del proceso penal en sus textos, sustrayéndole al legislador ordinario esa competencia y estableciendo ciertos valores y principios constitucionales que la regulación procesal penal no puede desconocer (Favoreu, 1999, p. 279 ss.). Desde luego, existen ciertas pautas para el ejercicio de *ius puniendi* que devienen de los lineamientos trazados por la comunidad internacional y que, en el contexto de la actual globalización, no son de libre configuración legal por parte de los Estados (Urbano, 2012, p. 33 y ss.).

Por ello, en el Preámbulo de la Constitución del año 1991 el proceso penal aparece instituido como un instrumento orientado a garantizar la justicia como valor de primer orden dentro de los fines del modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado; y, en esa misma línea el Acto Legislativo 03 de 2002, buscó armonizar el proceso penal con los lineamientos esbozados por la comunidad internacional aunque, valga destacar, ella no toma partido por un modelo de proceso penal en particular como si lo hace el constituyente (Urbano 2012, p. 36 ss.).

Así las cosas, de la mano de los estados de Occidente que han acogido el principio de Estado social y democrático de Derecho como pilar de sus constituciones, nuestro país también adoptó la corriente que aboga por la supremacía constitucional en cuya virtud se reconoce el carácter normativo y la fuerza vinculante del texto constitucional, con lo cual se afianzó un catálogo de 'principios' y 'derechos fundamentales' que inspiran el funcionamiento de la organización estatal, a partir de lo cual se posibilita una visión del derecho ya no restringida a la norma sino extendida al tenor de los valores y los principios consignados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos (Parra, 2000, p. 57 ss.; Velásquez & Vargas, 2014, 6). Por eso, la jurisprudencia destaca que el proceso penal debe entenderse y aplicarse a partir de los principios y las garantías de orden procesal que de la Carta se derivan (Sentencia T-406 de 1992, CConst.).

Esta sujeción del ordenamiento jurídico a la Carta política significó, en su momento, profundos cambios en materia de Derecho penal al punto de poder hablarse hoy día de un 'Derecho penal constitucional' (Berdugo & Arroyo, 2004, p. 43; Velásquez & Vargas, 2014, p. 6; Demetrio, 2014, p. 73 y ss.; Favoreu, 1999, p. 279 ss.), integrado por principios constitucionales generales, mandatos, prohibiciones, regulaciones y por preceptos que instituyen derechos fundamentales, y otros que establecen criterios para el ordenamiento penal. Ese conjunto de derechos fundamentales constituye "el núcleo específico de legitimación y límite de la intervención penal y, a su vez, delimita el ámbito de lo punible en las conductas delictivas típicas cuya realización puede venir fundamentada en el ejercicio de tales derechos", como el de la vida, la libre expresión etc. (Berdugo & Arroyo, 2004, p. 46).

Es más, al tiempo que se estableció el concepto de supremacía de la Constitución, el modelo de Estado social y democrático de Derecho impuso una disminución de la 'importancia sacramental del texto legal' para dar paso a una mayor preocupación por la 'justicia material' y, añádase, por brindar soluciones 'que consulten la especificidad de los hechos', como lo ha reconocido la rica jurisprudencia de nuestros máximos tribunales de justicia (Sentencia T- 406 de 1996, CConst.).

El Estado social y democrático de Derecho y el derecho penal.

Como punto de partida debe decirse que esta fórmula de organización social, que es la propia de un Estado social (al servicio de la sociedad) y democrático (orientado al respeto de la dignidad de la persona) de derecho (sometido al Derecho), le asigna al derecho penal –en primer lugar– una función de *prevención general* que debe buscarse no solo a través de la intimidación sino consultando la ‘conciencia jurídica general’, mediante la ‘afirmación de las valoraciones de la sociedad’. Debe cumplir, pues, una finalidad preventiva limitada que se orienta bajo dos supuestos: uno, el de “conciliar la necesidad de protección de la sociedad”, y, otro, establecer límites a dicha intervención, en consideración del individuo (Mir, 1994, p. 130). Aunque, como lo sostienen Berdugo & Arroyo (2004 p. 44), no debe hablarse de simples ‘límites’ sino de “principios constituyentes del derecho de castigar”. Así las cosas, para el Derecho penal presidido por este modelo de Estado es un imperativo intervenir ‘diligente’ y ‘eficazmente’ en la lucha contra la delincuencia, orientando esa intervención ‘en función de los ciudadanos’ y garantizando el respeto de toda persona humana (dignidad del delincuente) y de toda minoría en tanto como le sea posible y compatible con la ‘paz social’ (Mir, 1994, p. 40).

En segundo lugar, por virtud de los principios fundantes del modelo, el proceso penal debe vincularse a los fines del Estado bajo la “garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes” (Urbano, 2012, p. 77); por ello, los fines del proceso penal en un modelo de Estado como el colombiano vienen dados por la ejecución del *ius puniendi* en un entorno de justicia (Sentencia C-387 de 2014, CConst.). Asimismo, acorde con los estándares mínimos impuestos por la comunidad internacional en materia de protección de los derechos fundamentales atinentes al proceso penal y a las normas constitucionales, sólo será admisible un proceso penal que permita un equilibrio entre los fines del proceso, el principio de dignidad humana y, agréguese, el concepto de la “democracia participativa y pluralista”. Por ello, pues, se postula que esta es la esencia del ideario del proceso penal que debe desarrollarse en clave constitucional (Urbano 2012, p. 94). Por tanto, como advirtió Jescheck (1974, p. 283), es el Derecho procesal penal el que “da vida a la normativa constitucional”.

De esta manera, desde una visión general el proceso penal busca una solución al conflicto fruto de la conducta punible mediante una decisión ajustada a las normas jurídicas y con una justicia material que promueva la ‘paz social’ y afiance un ‘orden justo’. Desde lo particular, el proceso penal debe aproximarse razonablemente a la verdad, bajo el entendido de que debe guardar coherencia entre los hechos expuestos por las partes y lo acontecido. Esa correspondencia es la que confiere al juez la convicción con la cual adopta sus decisiones que deben trazarse por la senda de la realización de la justicia (entendida como la “concreción de los efectos previstos en las normas penales sustanciales”). Sin embargo, en virtud de los derechos fundamentales ello sólo es legítimo si los postulados de verdad y justicia se alcanzan con estricto respeto de los derechos de las partes e intervinientes, a la luz de los contenidos inmersos en los tratados y convenios internacionales que

reconocen derechos humanos, ratificados por el Congreso colombiano (Urbano, 2012, p. 78).

Hechas estas precisiones generales acerca de los principales caracteres del modelo de Estado que rige en nuestro país y sus dictados para el proceso penal debe, ahora, hacerse un análisis sobre los contenidos en particular que son aplicables al proceso penal, y, añádase, en torno a la forma como se materializan en éste y que están relacionados con la problemática objeto de análisis.

Los postulados constitucionales que inciden en el proceso penal.

El principio de la dignidad humana y la búsqueda de la verdad. Como lo establece nuestra Constitución, la organización estatal establecida a partir del modelo de Estado social y democrático de Derecho, se funda en el respeto de la dignidad humana (C. N., art. 1). Se trata, sin duda, del más importante axioma del sistema penal y que limita desde el punto de vista material el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, y del cual emanan otros derechos y garantías inherentes a la persona humana que, aunque no estén señalados de forma expresa en la Carta Fundamental (art. 94), deben reconocerse dada esa marcada relación con aquel; de esta manera, se establece una ‘cláusula general’ que deriva del “bloque de constitucionalidad” (Molina, 2012; Velásquez, 2017, p. 43).

Ahora bien, aunque no existe unanimidad en su definición ni en su contenido, este principio alude al ‘lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con los otros seres’; al individuo como ser racional, consciente, libre, autónomo, dotado de señorío (Yacobucci, 2002, p. 205 ss.; Velásquez, 2009, p. 62; Velásquez, 2017, p. 43), de acuerdo con las nociones del pensamiento occidental pero no exclusivas del mismo. Está integrado por dos conceptos: la *autonomía ética del ser humano* y la *indemnidad personal* (Velásquez, 2009, p. 63; Velásquez, 2017, p. 43).

Para Yacobucci (2002), este principio debe diferenciarse desde dos sentidos: uno radical y otro dinámico: “distinguir entre la dignidad humana en un sentido radical, básico y estático, y la dignidad humana en un sentido vinculado a deberes y normas, esto es, dinámico” (p. 211). El primero, se refiere a la dignidad que acompaña a la persona por el hecho de serlo, mientras que el segundo se vincula a ciertos ‘deberes’ y ‘normas’ por lo cual se relaciona con el lugar que cada ser humano ocupa en la sociedad de acuerdo al uso que haga de su libertad, que, en ocasiones, como en aquellas de restricción de la libertad, justifica su intervención, sin que la misma configure indignidad, pues se actúa para defender un interés público relevante. Bajo esa óptica, surgen para el Estado dos pautas: primera, no puede ‘cosificar’, ‘utilizar’ o ‘manipular’ al ser humano (Velásquez, 2009, p. 63-64; Velásquez, 2017, p. 43); y la segunda, a cuyo tenor tampoco puede ser indiferente de cara a las circunstancias que amenazan la vida humana (Sentencia C-288 de 2012, CConst.).

Es un principio que pone límites al *ius puniendi*, bajo dos propósitos: por un lado, busca impedir que el Estado “pisotee al ciudadano”. Del otro, evita, a la par, que aquel “pierda su legitimidad y se ponga al mismo nivel de las delincuencias

que busca erradicar” (Velásquez, 2009, p. 64; Velásquez, 2017, p. 44). Es, recuérdese, de este principio de donde se deriva que el derecho penal solo se puede emplear como *ultima ratio* y no puede utilizarse como herramienta habitual en la solución de los conflictos: “En ese contexto, la violencia implícita en el instrumento penal no permite su utilización como llave habitual en la solución de conflictos” (Yacobucci, 2002, p. 463). Se trata, pues, de un postulado con repercusiones en el ámbito del derecho penal sustantivo, en el Proceso penal y en el de Ejecución penal (Velásquez, 2009, p. 63; Velásquez, 2017, p. 43).

En fin, se le considera “el motor que posibilitó la racionalización del derecho penal” (Velásquez, 2017, p. 43), que en Colombia revolucionó la forma de resolver los conflictos y de administrar justicia, al promover, entre otros, los conceptos de celeridad, acceso a la administración de justicia y el de abandono de los formalismos procedimentales (Upegui, 2009). En el plano de los derechos de las víctimas, el principio de la dignidad humana promueve además los derechos a saber qué ocurrió, y a que a ellas se les haga justicia (Sentencia C-177 de 2014, CConst.); este último valor requiere, entre otros, la búsqueda de la verdad como elemento fundamental del proceso penal (Maier, 2011, p. 69).

Ahora bien, es pertinente preguntarse si el concepto ‘búsqueda de la verdad’ como uno de los fines de la prueba (Urbano, 2012, p. 116) es o no un valor del proceso penal o si, por el contrario, se trata de un derecho reconocido a las víctimas, pero no definitivo para el proceso penal definido bajo el modelo acusatorio. Es más, cabe indagar: ¿la búsqueda de la verdad, es un valor del proceso penal o es un derecho de las víctimas no vinculante en el modelo penal acusatorio colombiano? Desde luego, al respecto se debe señalar que así el ideal de apego a la verdad como forma de dirimir conflictos sociales suponga una ‘idea moderna’ de justicia traída por la inquisición, derivada de la concentración del poder político –que no buscaba un ideal distributivo ni igualitario–, en el Estado liberal ella se transformó en una garantía para el ciudadano y en un elemento fundamental del valor justicia (Maier, 2011, p. 70).

Incluso, se debe añadir que la cuestión encaminada a establecer si ‘la verdad’ es un aspecto que vincula o no al proceso penal a la luz del esquema adversarial o ‘acusatorio’ es un tema que no ha sido pacífico en la doctrina. En efecto, mientras algunos están a favor de ello (Ferrajoli, 1995, p. 610; Gómez, 2010, p. 86; Llobet, 2014, p. 226; Urbano, 2012, p. 34; Sentencia C-387 de 2014, CConst.) con independencia del sistema que opere, otros (Maier 2011, p. 73 ss.) opinan lo contrario, al argumentar que ese concepto subyace solo en los modelos inquisitivos y que en los de corte adversarial no es el objeto del proceso penal. Incluso, otro sector de la opinión (Urbano, 2012), que liga los cometidos de las pruebas con los fines del proceso penal, aboga por una aproximación razonable a la verdad “compatible con el lugar que hoy se le reconoce a la verdad en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de los organismos encargados de su aplicación” (p. 116).

El proceso penal implica, entonces “un proceso de cognición o de comprobación” para el cual la verificación del hecho “tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo” (Ferrajoli, 1995); en efecto:

[L]a definición de la noción de “verdad formal” o “procesal” y el análisis de las condiciones en las que una tesis jurisdiccional es (o no es) “verificable” y “verificada” forman, pues, el primer capítulo de una teoría analítica del derecho y del proceso penal y, a la vez, los principales parámetros de un sistema penal garantista. Sin una adecuada teoría de la verdad, de la verificabilidad y de la verificación procesal, toda la construcción ilustrada del derecho penal «garantista» termina apoyada en la arena; y terminan descalificadas, en cuanto puramente ideológicas, las funciones civiles y políticas asociadas a ella. (...) (pp. 45-47).

La búsqueda de la verdad (‘formal o legal’ e ‘histórica o material’), es entonces la “principal fuente de legitimación externa, ético-política o sustancial del poder judicial”, que, junto con la libertad, se constituyen en los valores basilares de la “jurisdicción” y en el “fundamento político de la división de poderes” y “de la independencia del poder judicial” (Ferrajoli, 1995, p. 69). Sin embargo, a este respecto téngase muy en cuenta que en los procesos penales propios de los EE. UU., tanto el federal como el de los diversos Estados, la adopción de la regla de exclusión introdujo la distinción entre la verdad jurídica y la verdad material, y ello porque “generó en los jueces la imposibilidad de valorar fuentes claramente probatorias de la culpabilidad pero afectadas por algún vicio de inconstitucionalidad” (Alcaide, 2012, p. 53); sin embargo, también hay quienes como Taruffo (2009, p. 29), han dicho que esta duplicidad de conceptos es ‘inútil y equivocada’, porque “no es verdad que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso”. Sin embargo, el concepto moderno de *verdad o verdad correspondencia* –reconocido por los modelos políticos propios del Estado liberal y de derecho como un valor basilar al interior del proceso penal– distinto de su concepción original (inquisitorial), se erige en una garantía de doble vía: para el proceso y para el procesado, sería regla del principio del *in dubio pro reo* (Maier, 2011, p. 73). Así, la búsqueda de la verdad se convierte en fin principal del proceso penal –que por virtud de ese escenario se le reconoce como ‘verdad formal’– y renunciar a establecerla haría que aquel sea en vano (Gómez, 2010, p. 86).

En el plano local, la jurisprudencia (Sentencia C-387 de 2014, CConst.), advierte que la búsqueda de la verdad es un valor que se constituye a su vez en un derecho con dos dimensiones: una colectiva y otra individual, la primera, apunta a preservar del olvido al conglomerado social, mientras que la dimensión individual, está determinada por el razonamiento: “conocer qué fue lo que realmente sucedió”. En palabras de la Corporación se define como el derecho de los asociados a “conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso”; de esta manera, su escenario por excelencia es el judicial. La aproximación a la verdad es, pues, fin del proceso, uno de los fines de la prueba y, a su vez, derecho fundamental de las víctimas que se potencia en tratándose de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (Urbano, 2012, p. 116). Por ello se expresa:

[N]o es una verdad absoluta, pero tampoco una verdad construida libremente por las partes al interior del proceso. El proceso penal no está atado fatalmente a la necesidad de reconstruir con absoluta fidelidad la historia de los hechos, pero tampoco es un escenario en el que los intervinientes cuenten con legitimidad para referir los hechos sin nexo razonable alguno con aquellos efectivamente acaecidos (Urbano, 2006, p. 90).

En conclusión, se puede decir que en el modelo de Estado social y democrático de Derecho que es el vigente aquí, la búsqueda de la verdad es –sin ninguna duda– un valor para el proceso habida cuenta de su conexidad con el principio de la dignidad humana que no puede desconocerse, lo que ocurre es que no puede ser buscada a cualquier precio (Parra, 2006, p. 32; Llobet, 2014, p. 226). Por ello, se dice que el derecho procesal penal supone límites que tocan tanto con la extensión como con los mecanismos de hallarla, a los cuales Beling denominó en 1903 como “prohibiciones probatorias” (Beling, Ambos & Guerrero, 2011), que “sirven al mismo tiempo para la protección de la averiguación de la verdad, puesto que impiden la utilización de informaciones incompletas, indirectas o distorsionadas” (Ambos, 2009, p. 2). Así las cosas, la averiguación de la verdad es un valor que se incorpora al proceso penal en virtud del postulado constitucional de la dignidad humana vinculante para el esquema de tendencia acusatorio adoptado en materia procesal penal por el legislador; esa es la razón, además, por la cual se afirma que el mismo se sometió a una ‘nueva metodología’ para su aproximación y realización y que, en particular, se trazaron ciertas reglas que rigen la recolección de las pruebas o los elementos de prueba como insumo principal que le nutre (Urbano, 2012, p. 116).

Así las cosas, al retomar el análisis de los postulados constitucionales y su incidencia en el proceso penal en relación con la problemática objeto de estudio, cabe anotar que la dignidad humana como postulado que es su columna vertebral, además determina la estructura probatoria del proceso penal cuando propone unas exigencias sustanciales que se erigen en límites que presuponen su respeto (Urbano, 2012, p. 94; Sentencia C-396 de 2007, CConst.) y que tienen cabida según el momento de que se trate: a la iniciación del procedimiento; para el ritual del procedimiento; y, para la consecución y formación de la prueba (Guerrero, 2007, pp. 144 y ss.). Para la iniciación del procedimiento, incumben los principios de legalidad, investigación oficial, principio acusatorio y del juez natural. En el procedimiento, rigen los principios de publicidad, oralidad, y concentración (Urbano, 2012, p. 119). Sobre los principios que rigen la consecución y formación de la prueba, el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo ciertas modificaciones a los fundamentos constitucionales tradicionalmente establecidos para acomodarse con la estructura acusatoria de corte adversarial; en ese sentido, cobran importancia los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración, inherentes al juicio que imponen límites éticos al juez, a las partes y a los intervinientes (C. N., art. 250.4).

Ahora bien, en atención al problema que aquí interesa examinar, el análisis siguiente se debe detener en los principios de *inmediación* y *oralidad* que se relacionan con el problema objeto de estudio: esto es, con las reglas que fijó el Acto Legislativo

03 de 2002 para la formación de la prueba en juicio oral, las cuales le permiten al juez llegar al conocimiento de la verdad, aplicar el *ius puniendi* y lograr la justicia (Sentencia C-144 de 2010, CConst.). Por eso, se debe analizar el alcance de estos conceptos en la medida en que es por ellos que se torna inadmisibles en el sistema penal acusatorio los elementos de prueba obtenidos en actuaciones judiciales practicadas por un juez distinto al de conocimiento. A ello, se destina el acápite siguiente.

La intermediación y la oralidad. Pues bien, para ocuparse del primero de esos apotegmas se debe decir que el concepto de la intermediación de las pruebas como precepto constitucional se introdujo en el texto del Acto Legislativo N.º 3 de 2002, cuando se dispuso que el juicio penal debía ser “público, oral” “con intermediación de las pruebas”, de donde surge que es deber de la Fiscalía General de la Nación presentar escrito de acusación (C. N., art. 250 num. 4). Por ello, al desarrollar este dispositivo constitucional el Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004) dispone que se estima como prueba: “la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (C. P. P., art. 16). Con ello, se desautoriza la comisión a otros funcionarios para la práctica de pruebas y se establece que es deber del juez de conocimiento “tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia” (C. P. P., art. 379); no obstante, se reconoce que en circunstancias excepcionales que deben ser señaladas por la ley, se pueden admitir como pruebas las producidas o incorporadas “de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías” y, excepcionalmente, las de ‘referencia’ (C. P. P., arts. 16 y 379).

Así las cosas, de las disposiciones mencionadas queda claro que la intermediación de la prueba es un aspecto que debe acompañar la recolección de las pruebas en la audiencia del juicio oral y ante ‘el juez de conocimiento’. Sin embargo, como el contenido normativo de la ley procesal no precisó los alcances del presupuesto de la intermediación, la jurisprudencia (Sentencia de enero 30 de 2008, Radicado: 27192, CSJ; Sentencia de julio 2 de 2014, Radicado: 34131, CSJ; Sentencia de septiembre 24 de 2014, Radicado: 36401, CSJ) trata de reconocer y aclarar el concepto. Al efecto, se señala que dicho principio es “la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes” y que conlleva una relación que se debe dar de forma primordial entre el juzgador y la prueba, con base en los siguientes derroteros: en primer lugar, es un imperativo que el funcionario sentenciador ‘vea y oiga’ directamente la práctica de las pruebas; y, en segundo lugar, las pruebas deben llegar al espectro del juzgador sin ninguna alteración que pueda turbar o tergiversar su fuerza probatoria.

A su turno la jurisprudencia emanada del órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes (Sentencia C-144 de 2010, CConst.; Sentencia C-177 de 2014, CConst.), al acoger algunas posturas de la doctrina foránea, la reconoce como la posibilidad “que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la respon-

sabilidad penal”; de allí que “el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral”. Sin embargo, al pronunciarse sobre su aplicabilidad también la jurisprudencia (Sentencia de marzo 4 de 2009, Radicado: 30645, CSJ) aclara que, aunque el principio de inmediación junto con el de concentración son elementos necesarios, no son absolutos y deben ponderarse en situaciones en que se contraponen con otros derechos, como cuando está de por medio el interés superior del menor de edad, en cuyo evento prevalece éste. Por ello, en virtud del principio *pro infans*, esa garantía puede ‘modularse’ frente a otras garantías conferidas en el proceso penal a los sujetos procesales, por ejemplo, cuando el menor de edad ha sido víctima de delitos sexuales o similares.

Esta última postura también ha sido adoptada por la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-177 de 2014, CConst.), al señalar que en estos asuntos no solo se pueden modular las garantías procesales del derecho de defensa, de contradicción e inmediación sino que, se advierte, conforme lo reglado en la Ley 1652 de 2013 se habilitó el uso de la entrevista forense realizada a ‘niños, niñas y adolescentes’ víctimas de esos delitos contra su integridad y formación sexuales, realizada aun en ausencia de la defensa, para que sea incorporada al juicio y surta los efectos de una ‘prueba autónoma’. Es más, ese órgano de cierre advierte que

[e]n determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara *Gesell* y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático” (Sentencia C-177 de 2014, CConst.).

Aunado a lo anterior, la misma jurisprudencia puntualiza que, si bien la inmediación es efectiva cuando el debate se adelanta de forma concentrada y sin prolongaciones que hagan que la memoria se pierda en el tiempo, este principio (junto con el de concentración), tampoco debe interpretarse como absoluto, pues, en los procesos en los cuales hay cambio del funcionario que presenció la práctica probatoria no es exigible la repetición del juicio para garantizar este principio, sino que ella es excepcional y debe fundarse en motivos “muy serios y razonables” (Sentencias C-591, 2005, CConst.; C-059 de 2010, CConst.; T- 205 de 2011, CConst.; y C-177 de 2014, CConst.; Sentencia de enero 30 de 2008, Radicado: 27192, CSJ).

En el plano doctrinal, a la inmediación se le reconoce como parte integral de la comunicación humana (Díaz, 2009, p. 115), y se le identifica como un principio procesal que se relaciona con el modo en el cual se transmite la información resultante de los medios de prueba; es “un medio necesario en el juicio de instancia” que confiere calidad al juicio de hecho. Sin que signifique por sí solo un “método de adquisición de conocimiento” (Andrés, 2003, p. 65; Maier, 2004, p. 4). Es más, se afirma que él se traduce en el contacto personal que debe haber entre el juez sentenciador y las personas que intervienen en el proceso judicial como parte o testigo, con el fin de que el fallador reciba a través del contacto directo con la fuente la información

en que amparará su decisión (Cabezudo, 2008, pp. 317 y ss; Devis, 1979, p. 46; De Miguel y Alonso, 1975, p. 791; Díaz, 2009, p. 119; Reyes & Solanilla, s.f., p. 13).

Ahora bien, el principio de inmediación tiene dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva (Devis, 1979, p. 46; Parra, 2006, p. 72). La primera, implica la proximidad que debe existir entre juez e intervinientes en el proceso cuya manifestación principal impone la presencia de aquél en la práctica de la prueba; esta medida plantea dos inquietudes: una, ¿quién es el titular de este derecho? Y, otra: ¿Cuál es la función subjetiva de ese derecho? Frente al primer interrogante, la respuesta es que son titulares de este derecho tanto el acusado como el órgano encargado de la persecución penal, en el entendido de que constituye una facultad inherente a la calidad de parte en el proceso; esta función subjetiva se concreta en una serie de garantías para sus titulares que van desde el derecho de oponerse a la sustitución de la declaración del testigo por la lectura de sus declaraciones anteriores, hasta la de pedir la invalidación de una sentencia proferida por juez distinto al que presencié la práctica probatoria (Díaz, 2009, p. 119).

La dimensión objetiva de la inmediación, como segundo aspecto, se relaciona con la comunicación del juez con las cosas y los hechos que ingresan al proceso (Devis, 1979, pp. 46-47), como sucede cuando se practica una inspección judicial y el magistrado puede percibir circunstancias, objetos, documentos o la reconstrucción de los hechos (Parra, 2006, p. 73). Desde este plano objetivo, la inmediación tiene dos propósitos: uno, se busca evitar que se añadan mediaciones adicionales a las ya existentes por ser el juez un sujeto que no presencié los hechos; y, otro, porque se posibilitaría que el juzgador recoja la mayor cantidad de información del testigo o fuente bien sea mediante el “lenguaje verbal o no verbal”. Todo ello, desde luego, implica la posibilidad de que el sentenciador interrogue al testigo en aspectos que considere necesarios, los cuales pueden ir desde una simple aclaración de los dichos e incluso la dirección del interrogatorio, según el sistema jurídico penal que rija (Díaz, 2009, pp. 117-118). Como lo destaca Cabezudo (2008), este presupuesto “debe exigirse no sólo respecto a la actividad probatoria sino también en relación con la actividad alegatoria oral de los contendientes”, por cuanto la decisión judicial se nutre de ambas (p. 324).

Sin embargo, como aclara Andrés (2003, pp. 65-66) la inmediación de una prueba no significa un contacto directo con los hechos, tan solo con ‘enunciados de contenido fáctico’ que pueden aportar información veraz siempre y cuando sean bien interpretados y ‘tratados con corrección formal’, y mediante ‘máximas de experiencia pertinentes y válidas’. Es, pues, un principio que tiene ‘reglas de uso’ y ‘limitaciones’ cuyo uso o desconocimiento tendrá efectos benéficos o perjudiciales. Entre las reglas generales que dicta el principio de inmediación, Díaz (2009, p. 122), destaca dos: de un lado, que la declaración personal del testigo no pueda ser sustituida por el soporte en que conste la misma, aunque la doctrina y la jurisprudencia españolas (al igual que nuestro ordenamiento interno) admiten excepciones frente al “testigo que se encuentra en imposibilidad de comparecer al juicio”, en cuya circunstancia es válida la sustitución del testimonio por el registro de sus declara-

ciones, registro que para el autor es importante, pues, la clase de soporte es la que permite verificar el grado de garantía del principio de inmediación, para el que se le confiere mayor valor a una grabación que a un texto escrito y/o transcrito. Y, del otro lado, en virtud de este principio es inadmisibles que la sentencia sea dictada por un juzgador diverso del que recibió la prueba.

Así las cosas, el principio de inmediación –entendido por otros como la “forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba”– impide al fallador recibir información obtenida por otros sujetos y en momentos anteriores al juicio; este imperativo justifica la prohibición legal en el procedimiento de la Ley 906 de 2004, de incorporar en ese escenario materiales recaudados en la investigación (Díaz, 2009, p. 2). Ahora bien, frente a la ‘segunda instancia’ un sector de la doctrina (Andrés 2003, pp. 64-65; Urbano, 2009, p. 103) sostiene que en esta sede la garantía de este principio de inmediación se ‘flexibiliza’, pues el juicio de análisis puede llevarse a cabo a partir de los registros del juicio de la primera instancia, no sólo a condición de que se parta de una buena documentación en torno a lo sucedido en el mismo sino, de una sentencia que sea motivada de manera correcta (Urbano, 2012, p. 335). Incluso, ha dicho la jurisprudencia:

[E]l nuevo sistema faculta a los funcionarios de segunda instancia y a la Sala de Casación Penal, a obtener el conocimiento del juicio a través de los medios técnicos, en aras de dirimir los aspectos que sean materia de impugnación, sin que la valoración probatoria que les corresponda se afecte por no haber presenciado la práctica de las pruebas de manera directa (Sentencia C-177 de 2014, CConst.).

Ahora bien, la inmediación que se exige del juez de segunda instancia supone el uso de las modernas tecnologías como lo dispone el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal cuando señala que para el registro de la actuación “se dispondrá del empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado”. Así las cosas, el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez en segunda instancia no se limite a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos (Sentencia C- 177 de 2014, CConst.).

En cuanto al segundo apotegma, esto es la oralidad, debe decirse que en el plano interno la jurisprudencia nacional reconoce el concepto de oralidad como norma rectora procesal de rango constitucional (C. N. art. 250), también contenida en tratados internacionales sobre Derechos Humanos como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.5), que imponen la dinámica de las audiencias públicas, de suerte que las actuaciones procesales deben adelantarse como allí se indica so pena de su inexistencia (Sentencia SP2144 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ).

La oralidad, por tanto, supone “un ambiente de discusión argumentativa entre las partes” y, por ende, “la aportación verbal del material de hecho y de derecho”; ella es un presupuesto que debe aplicarse tanto a la fase principal del procedi-

miento, como a las decisiones que afecten derechos fundamentales. Por ello, se le reconoce un alto impacto a la calidad epistemológica del proceso penal (Díaz, 2009, p. 8; Guerrero, 2007, p. 93) expresada en el principio de inmediación para lo cual es indispensable la oralidad; y, como es obvio, se requiere para su eficacia que haya concentración en el tiempo entre las actividades procesales y la sentencia (Ortells, 2013, p. 282).

En aspectos probatorios se le atribuye calidad de ‘regla’ que no admitiría excepción, pues, aún en tratándose de prueba documental, debe ser exhibida por cualquier medio que posibilite su pleno conocimiento, los escritos deben ser incorporados por lectura en presencia del juez y los intervinientes (Sentencia de julio 2 de 2014, Radicado: 34131, CSJ; Sentencia SP2144 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ). Sin embargo, el hecho de que la prueba sea leída no otorga *per se* la calificación de oral a un procedimiento (Ortells, 2013, p. 282); además, se impone que la sentencia deba sustentarse con base en pruebas que hayan sido regularmente incorporadas a la actuación en forma oral (Sentencia de julio 2 de 2014, Radicado: 34131, CSJ; Sentencia SP2144 de 24 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ).

En fin, hechas las anteriores precisiones debe ahora mostrarse cómo opera el asunto en algunas legislaciones que son punto obligado de referencia para la discusión, cuando se trata de dar respuesta al problema de investigación planteado.

Los modelos foráneos

Ahora bien, situados en el plano comparado debe decirse que también existen discusiones sobre la incorporación de la prueba producida con anterioridad al juicio o fuera de él (aspecto que caracteriza a la prueba trasladada y que se opone a su validez en el juicio oral adversarial). En efecto, en los modelos italiano y anglosajón, que sirven de parangón principal al presente estudio, el debate es también intenso.

El “sistema” penal de los Estados Unidos de América.

Aunque este diseño responde a un modelo de estado Federado, distinto de la organización estatal aquí imperante, y, en consecuencia, a postulados constitucionales diferentes, importa destacar la observación que hace Gómez (2015, pp. 20-21), en el sentido de calificarle como: “el primer país en poner en práctica los derechos fundamentales del acusado en un proceso penal” (“en las diez primeras enmiendas a la Constitución que conforman la llamada *Bill of Rights* aprobada en 1791”), articulándose en un modelo de enjuiciamiento penal ‘garantista’ por encima de países como Francia, Alemania e Italia, razón poderosa que le ha significado convertirse en el modelo a seguir a la hora de reformar y organizar el proceso penal en países democráticos (Gómez, 2008, p. 8; Gómez, 2015, p. 22).

Desde luego, cabe precisar que si bien en este país no hay un procedimiento unificado, sino que subsisten por lo menos cincuenta y dos tipos de procesos –el del Estado Federado, los de los cincuenta Estados que lo conforman y el modelo del Distrito de Columbia, sin mencionar los territorios no incorporados como Islas

Vírgenes–, con excepción del Estado de Luisiana, que deriva del Código Napoleónico de Francia, subsisten unos caracteres que permiten hablar de un patrón de justicia dominante (Muñoz, 2006, p. 123; Méndez, 2007, p. 141; Alcaide, 2012, p. 45 y ss.; Gómez *et al.*, 2013, p. 34; Gómez, 2008, p. 8; Gómez *et al.*, 2013, p. 34 y ss.; Gómez, 2015, p. 79), en torno al cual girará este breve análisis.

Resulta indiscutible que el juicio estadounidense es un modelo de oralidad, intermediación y concentración (Méndez, 2007 p. 148), lo cual tiene su fundamento en la VI Enmienda de la Constitución conforme a la cual “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito”, pero no procede para delitos menores (Sentencia C-591, 2005, CConst.). Se trata de un proceso penal con una ‘marcadísima tendencia a evitar el juicio a toda costa’; bajo el supuesto de que tan solo entre el 5% y el 10% de los delitos graves llegan a juicio (Muñoz, 2006, p. 326; Gómez, 2008, p. 55; Gómez *et al.*, 2013, p. 16; Gómez, 2015, p. 107). El insumo de prueba por excelencia reside fundamentalmente en los dichos de los testigos; por ello, las partes, a través de sus abogados, y no el juez a cargo, tienen la principal responsabilidad de interrogar a los testigos en presencia de aquellos a quienes corresponde valorar los hechos (Méndez, 2007, p. 148).

Ahora bien, el sistema de enjuiciamiento penal norteamericano se delinea a partir de tres aspectos fundamentales: sistema adversarial (*Adversarial System*), debido proceso legal (*Due Process of law*) y equidad (*Fairness*) (Gómez, 2008, p. 27; Bernate, 2014). Frente a los aspectos procedimentales, surgen dos elementos principales: En primer lugar, la existencia del juicio por jurados para la mayoría de los asuntos por delitos graves, lo cual impone que la prueba deba producirse frente a quienes tienen la facultad de juzgar (art. 3, apartado 2, y 6a. Enmienda, Constitución de los EE. UU.), lo que es expresión muy clara del principio de intermediación. La vigencia de este principio se sostiene a partir de la instrumentación del debate en el cual los jurados “en una audiencia oral, ininterrumpida y contradictoria” concluyen la existencia o no de un hecho ilícito; a la par, el proceso se concibe como un fenómeno histórico con base en “un método de adquisición del conocimiento” para el cual este principio se erige en “una regla epistemológica” al interior del mismo. En fin, la naturaleza de los jurados, sería “la razón de ser de la regla sobre prueba de referencia y, en particular, de su función como regla de exclusión”, frente a “quienes no han sido capacitados para hacer un cernido respecto a aquella prueba cuyo proceso de transmisión presenta problemas de *confiabilidad* –se trata, pues, de una normativa procesal encaminada a mitigar o reducir el efecto de cierto tipo de prueba en el ánimo de los jurados– (Vélez, 2010, pp. 1 y 3).

Así mismo, en segundo lugar, como regla general el jurado observa una actitud pasiva en el desarrollo de la práctica probatoria pues no hay norma positiva que le reconozca la facultad de formular preguntas a los testigos, así sea siquiera para tomar notas con el fin de que los jurados se limiten a ‘ver’ y ‘escuchar’ la práctica probatoria de las partes (Folgueiro, 1999 p. 312). Sin embargo, como tampoco existe norma alguna que prohíba a los miembros del jurado esta posibilidad, se

sostiene que el juez de forma discrecional puede formular preguntas que surjan del jurado, previo planteo de estas por escrito (Gómez *et al*, 2013, p. 399).

Ahora bien, aunque este sistema probatorio enfatiza en la prueba oral y en la inmediatez, de igual modo que en nuestro sistema el proceso estadounidense tampoco observa una “rígida aplicación del derecho fundamental a la intermediación” (Díaz, 2009, p. 124); de esta manera, aunque este sistema probatorio hace ese énfasis admite la posibilidad de que las partes ‘interroguen extrajudicialmente’ y ‘antes de la audiencia probatoria’, a potenciales expertos y testigos (*depositions*) e intercambien documentos, a través de la figura del *discovery*. Este último instituto “es un proceso esencialmente privado entre las partes en el que éstas debaten, objetan y si es posible llegan a un acuerdo sobre qué documentos y testimonios extrajudiciales desean recibir” (Sabater, 2011, pp. 8 y ss.). Sin embargo, como se ha observado,

[n]o todos los documentos o testimonios obtenidos por vía de *discovery* pasan a formar parte del acervo probatorio del caso. En realidad, son las partes quienes libremente determinan qué documentos o testimonios obtenidos por vía de *discovery* desean aportar en el juicio o audiencia probatoria en apoyo de sus pretensiones o excepciones. Prueba es solo aquella información –obtenida o no a través del *discovery*– que una parte aporta al proceso en apoyo de su pretensión (Sabater, 2011, pp. 8 y ss.).

No obstante, se observan excepciones al principio de intermediación como sucede –en primer lugar– con el *Hearsay*. Esta regla es quizá la más compleja de las excepciones que se le plantea al citado principio y se refiere a las declaraciones efectuadas por cualquier persona (testigo directo o no de los hechos, e incluso peritos) a alguna de las partes (fiscal o abogado de la defensa) en ausencia de la otra, que se puede introducir como prueba en el juicio así no haya sido sometida a contradicción. Por ello, según la Regla 801 c) de la FRE *Hearsay* este procedimiento implica una declaración hecha fuera del juicio (sin contradictorio) que la parte propone como prueba para demostrar la veracidad de una afirmación realizada en juicio (Gómez, 2015, p. 348-349); no obstante, se debe observar que la jurisprudencia ha introducido numerosas y complicadas excepciones a esta regla para prohibir la valoración de esta clase de declaraciones que no se han sometido a contradicción.

Otra excepción, en segundo lugar, es la que se presenta con las *depositions en el curso del discovery*. Ellas son testimonios que se practican en un escenario extrajudicial y, como señala la doctrina, “se trata de interrogatorios de testigos o de partes, bajo juramento y sin la presencia del juez, que quedan registrados y posteriormente son transcritos para su empleo en el juicio” (Sánchez, 2015).

La figura del *Discovery* admite la posibilidad de que las partes “interroguen extrajudicialmente” y “antes de la audiencia probatoria”, a potenciales expertos y testigos (*Depositions*) e intercambien documentos. El *Discovery* es, por ello, “un proceso esencialmente privado entre las partes en el que estas debaten, objetan, y, si ello es posible, llegan a un acuerdo sobre qué documentos y testimonios extrajudiciales desean recibir” (Sabater, 2011, pp. 8 y ss.). Sin embargo, no todos los

documentos o testimonios obtenidos por vía de *Discovery* pasan a formar parte del acervo probatorio del proceso; en realidad, son las partes quienes libremente determinan qué documentos o testimonios obtenidos por la vía de *Discovery* desean aportar en el juicio o en la audiencia probatoria correspondiente en apoyo de sus pretensiones o excepciones.

Así mismo, en tercer lugar, debe hacerse referencia a la *admisibilidad del registro de las manifestaciones de confesión del capturado bajo custodia de la policía*, un tema bastante espinoso sobre el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos (sentencia *Miranda vs. Arizona*, 1966), declaró admisible en juicio las manifestaciones de confesión de una persona en el interrogatorio de la policía (bajo custodia de la policía), hechas en ausencia de un abogado, en los eventos en que se demostrara que el acusado renunció a sus derechos; en esa oportunidad el registro de confesión fue ofrecido por los policiales como evidencia. Sin duda, es desde esta histórica decisión a partir de la cual surge la obligatoriedad para los agentes de policía de dar a conocer sus derechos a los sospechosos, amén de que se declaró la admisibilidad del testimonio de los policías que presenciaron la confesión del custodiado (Carlo, 2001; Díaz, 2009, p. 124). Con posterioridad, la Corte (sentencias *Harris vs. New York*, 1971; *Oregon vs. Hass*, 1975), declaró que aun en aquellos asuntos en que no se dieron a conocer los derechos del capturado, el uso de las manifestaciones por confesión del imputado en interrogatorios de la policía, resultan admisibles con fines de impugnación, si el acusado opta por declarar en juicio (Castillo, 2012, p. 435).

Otra discusión que se presenta en ese sistema es en torno al *uso del 'escrito de pasada memoria'*. Sobre este asunto, destaca Vélez (2010, p. 383), que el mismo tiene un uso restringido queriéndose con ello evitar que en la práctica el Jurado se impresione demasiado y le asigne un valor excesivo a las declaraciones escritas por encima del testimonio producido en sala del cual el Jurado no hace acopio de formatos escritos. Así, se considera un error permitir que un escrito en forma de transcripción llegue a manos del jurado. Ello, por supuesto, lleva a preguntarse si como se concibió tal regla ella debe aplicarse de forma irrestricta en un sistema que, aunque presume la inmediación, ni en la ley ni en la práctica cumple con los presupuestos para los cuales surgieron dichas reglas: primero, porque como se mencionó no tenemos jurado sino jueces de carrera instruidos en la valoración probatoria; y, segundo, porque como es de público conocimiento la concentración y celeridad en los procesos judiciales infortunadamente no se cumple por múltiples factores, entre ellos, la congestión judicial y el número indefinido de audiencias que no se realizan y deben ser aplazadas. En todo caso, como lo menciona el autor citado, es una regla que no ha estado libre de cuestionamientos y los que abogan por un uso sin restricciones plantean un uso ilimitado y argumentan todo lo contrario, es decir, que dichas declaraciones ofrecerían mayor confiabilidad (Vélez, 2010, p. 384).

Cabe recordar, que el año 2006 en el caso *Davis v. Washington*, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos se enfrentó a la admisibilidad de las decla-

raciones de una testigo no disponible, hechas mediante una llamada al sistema de emergencias 911. En esa oportunidad, dicha corporación definió el carácter testimonial o no testimonial de las manifestaciones emitidas bajo esas circunstancias y concluyó que, de un lado, una declaración no es testimonial cuando, aún hecha en el curso de un interrogatorio de la policía, “se hace bajo circunstancias que objetivamente indican que el propósito principal era recibir ayuda en medio de una emergencia”; y, por otro lado, dijo que

[l]as manifestaciones hechas durante una llamada al sistema de emergencia 911 son testimoniales –y, por lo tanto, sujetas a las delimitaciones de Crawford v. Washington, *supra*– cuando ya no existe el riesgo potencial creado por la emergencia, y, añádase, el objetivo principal de la declaración es establecer o probar eventos que ya pasaron y que son potencialmente relevantes para una posterior presentación de cargos por el Ministerio Público (Caso 2010 DTS 205 Pueblo vs. Guerrido López, 2011).

Finalmente, importa destacar la referencia que hace el profesor Chiesa (1998, p. 614), al tratar el tema del uso de las declaraciones anteriores de testigos en el Código de Evidencia de California y las Reglas Federales de Evidencia, que, para darle sus efectos, las clasifica en tres grupos: declaraciones inconsistentes con el testimonio en corte; declaraciones consistentes con el testimonio en corte y declaraciones identificando una persona tras haberla percibido el declarante. Con esto, mientras se desestima el uso de las declaraciones anteriores que coinciden con el testimonio en la corte, “les da pleno uso a las declaraciones sobre identificación de una persona, ya que son, de ordinario, más confiables que el testimonio de identificación en corte; la declaración anterior es más cercana a la percepción del identificado y menos afectada por eventos posteriores”.

Como se ve, las excepciones que admite el modelo estadounidense implican mayor informalidad que el mecanismo de la prueba trasladada, pues, se admiten elementos de prueba recaudados fuera del juicio sin la presencia de la autoridad competente alguna. Y ello, a no dudarlo, es un muy interesante modelo desde la perspectiva del derecho comparado cuando se discute la procedencia o no del mismo fenómeno en el derecho positivo.

El sistema procesal penal italiano.

En dicha nación se define el sistema acusatorio consagrado por el *Codice di Procedura Penale*, como: “aquél en el cual sólo las pruebas practicadas (*formate*) en el juicio oral, con garantía del principio contradictorio, pueden ser utilizadas para fundar la sentencia judicial” (Illuminati, 2008, p. 154). Sin embargo, en este patrón procesal también se admiten excepciones que representan cierta desviación de su estructura como sucede, por ejemplo, cuando: “para evitar la pérdida de la prueba resulta necesario permitir su práctica anticipada”; así mismo, “en los casos en que el testigo llamado a declarar en el juicio oral es sometido a presiones” –con el fin de que no responda al interrogatorio o falte a la verdad–, en cuyo evento “las declaraciones precedentes emitidas en la fase de instrucción” surten eficacia probatoria,

a tal punto que el propio art. 111.5 de la carta fundamental (Constitución de la República Italiana, 1947) de ese país permite la excepción “al principio contradictorio en la formación de la prueba” (Planchadell, 2010, p. 154).

Ahora bien, el art. 111 constitucional reformado en el año de 1999 prevé que: “no se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o su defensor”. Sin embargo, a reglón seguido, la misma norma constitucional excepciona este principio al advertir que: “la ley regulará aquellos asuntos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita”. También, el Código conforme con las modificaciones a través de la Ley 63 de 2001 (Codice di Procedura Penale, 2017, art. 500), admite que una declaración realizada fuera del juicio pueda usarse para impugnar credibilidad con el fin de asegurar el derecho de confrontación de las declaraciones de los coacusados, pero no “como evidencia sustancial del delito”; sin embargo, esta prohibición no es absoluta. En los casos en que exista evidencia de la cual se infiera que el testigo ha sido objeto de violencia, amenazas, o soborno para alterar su testimonio en el juicio, las declaraciones previas sí pueden ser usadas como evidencia sustancial.

Para otros casos, el artículo 500 limita a situaciones muy específicas el uso de declaraciones inconsistentes (inciso 3 del artículo 500), lo cual tiene que ver con el problema del uso de las declaraciones de un cómplice contra un acusado. La disposición normativa señala que si un coacusado durante el juicio se rehúsa a responder y ejerce su derecho a mantenerse en silencio, sus declaraciones previas, realizadas fuera de la corte, no pueden usarse como evidencia sustancial contra él a menos que lo consienta (Pizzi & Montagna, 2004, pp. 24-25). Este precepto es reiterado por el artículo 256, inciso 1, el cual prevé lo siguiente: “la culpabilidad del acusado no puede basarse en las declaraciones realizadas fuera de la corte por cualquier persona que voluntariamente evita ser examinada por el acusado o su abogado” (Codice di Procedura Penale, 2017).

Ahora bien, la excepción quizá más representativa es la posibilidad de “anticipar la práctica de la prueba”, a través del ‘incidente probatorio’ que permite admitir con plena eficacia en el juicio elementos recogidos fuera de éste (Caso 2003, p. 12). Se prevé como un procedimiento mediante el cual “el juez de las investigaciones preliminares” o “el juez de la audiencia preliminar” “en ocasiones puede asumir pruebas con plena eficacia para el juicio. Es un procedimiento que se desarrolla “en cámara de consejo”, con la participación del ministerio público y del defensor (Caso, 2003, p. 12).

En virtud del incidente probatorio, las declaraciones practicadas en el curso de investigaciones preliminares pueden ser introducidas al juicio mediante su lectura (Pepino, 2003, p. 99), en los siguientes eventos: de un lado, *testimonios* cuando medien “motivos fundados” que indiquen que el testigo no podrá declarar por

enfermedad o 'por otro grave impedimento', o que 'pueda llegar a sufrir violencia, amenazas o chantaje para que no declare o declare en falso'; de otro lado, el examen de indagados o imputados en procesos contra 'crimen organizado'; y, añádase, el careo de testigos en eventos antes citados, la pericia que pueda sufrir modificaciones o que pueda provocar suspensión del debate por lapso mayor a 60 días y, en fin, el testimonio del menor de 16 años víctima de un delito contra su integridad sexual. Los artículos 511 *bis* y 238 establecen como una facultad del juez, disponer la lectura de las pruebas de otro proceso penal, siempre que hayan sido practicadas en el incidente probatorio o en su debate (Codice di Procedura Penale, 2017). Además de las anteriores excepciones, se confiere a las partes la posibilidad de consentir sobre el uso de las pruebas preconstituidas (Pepino, 2003, p. 101).

Como se ve, pues, las excepciones que con muchas críticas (Pepino, 2003, p. 102) se plantean en el modelo italiano, no distan mucho de nuestro mecanismo de la prueba trasladada.

El modelo penal español.

En este sistema, que ha sido definido como de tipo acusatorio mixto (Gómez, 2008, p. 7) también existen discusiones sobre la incorporación de la prueba producida con anterioridad al juicio. En efecto, si bien por virtud del principio de inmediación "se exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la prueba", excepcionalmente, se admiten elementos en que a pesar de no ser reproducidos en el juicio oral pueden alcanzar validez, incluso para derrumbar la presunción de inocencia. Allí, resulta admisible un medio similar a la prueba trasladada, respecto a la cual deben observarse las garantías del juicio oral, en particular la de contradicción (Jaén, 2008, p. 2). El art. 730 LECrim. (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2015), permite que puedan "leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral" (Jaén, 2008, p. 2).

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo advierte que sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, conforme a dicho artículo, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado, si este ha muerto, si ha desaparecido o si se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal y este no puede lograr su presencia (Jaén, 2008, p. 2). Por su parte el Tribunal Constitucional hace hincapié en que:

[c]uando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral [art. 714 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrin)] o bien una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre y cuando se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentaron o la introducción de su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo la condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción (STC 33, 2015).

Además de las excepciones antes mencionadas de los sistemas europeos referenciados, importa destacar que el contexto del proceso penal europeo se ha ocupado de presentar algunas proposiciones frente a la disyuntiva de admitir “material probatorio obtenido de acuerdo con las reglas de otro ordenamiento en el juicio oral”, por ejemplo: ‘interrogatorio de testigos’ o interceptaciones telefónicas, bien sea en el marco de la cooperación judicial o de actuaciones de persecución supranacional. Para esos efectos, el Parlamento Europeo se ha planteado la posibilidad de un procedimiento único para el continente europeo (Directiva 2014/41/CE), como lo ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, armonizando las medidas que afectan derechos fundamentales y bajo un uso proporcionado, de tal manera que se da cabida a los llamados “sucedáneos probatorios” (Tiedeman, 2006, p. 5).

El proceso penal de la Argentina.

Este modelo permite que en los casos en los cuales haya un medio de prueba recibido con anterioridad al debate (entiéndase audiencia de juicio oral), existan “una serie de disposiciones formales” para que pueda ser introducido al juicio, mediante su lectura en esa audiencia y “su resultado se protocoliza”. Esos desarrollos se enfocarían a “la prueba del hecho imputado” y las “circunstancias eventualmente introducidas para contrarrestar la imputación”; y a las características se concretan a “los actos definitivos e irreproducibles”. De esta manera, se prevé “un verdadero anticipo de la recepción de la prueba” con efectos en la decisión final; no en vano dicho ordenamiento faculta al abogado defensor para que asista a esos actos antes del juicio (Maier, 2004, p. 589).

En efecto, de un lado, la Provincia de Buenos Aires (Código Procesal Penal, Ley 11.922, 1997, art. 366), establece que se podrán incorporar a través de su lectura: la declaración del imputado conferida en la investigación penal; la declaración de quien hubiese fallecido, se encontrare ausente o se dificultare su paradero; las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible; la denuncia; la prueba documental; los informes; las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe. Asimismo, la norma consiente el ingreso por lectura de medios probatorios, incluso testimonios, por simple acuerdo entre las partes (art. 366, 1).

Por otro lado, en la Provincia de Neuquén de ese mismo país –donde en noviembre de 2011 se introdujo un nuevo Código Procesal Penal que le apuesta a un sistema adversarial puro–, se prohíbe la introducción de la “prueba por lectura al debate”, de forma que ella se practique en esa audiencia; se admiten también algunas excepciones: como los anticipos extraordinarios de prueba revelados en las etapas anteriores, para que “sean reproducidos visualmente en el juicio” (Harfuch, 2013, p. 40). Se trata, pues, de excepciones al principio de la inmediación de la prueba, con amplias similitudes al mecanismo de la prueba trasladada objeto de este estudio.

Otras codificaciones.

También, otros códigos o textos legales de nuestro entorno cultural se pronuncian sobre la materia objeto de esta incursión académica. Así, por ejemplo, la legislación panameña prevé el instituto del “anticipo judicial de prueba” (y ello no descarta el fenómeno de la prueba trasladada que va implícito) cuando se dan diversos supuestos (Código Procesal Penal de Panamá, 2008, Artículo 279), esto es, se trata de casos en los cuales de manera excepcional (en situaciones de urgencia) se le puede solicitar al juez de garantías la producción anticipada de prueba: 1. Cuando se trate de un acto que, por las circunstancias o la naturaleza y características de la medida, deba ser considerado como un acto definitivo e irreproducible; 2. cuando se trate de una declaración que, por un obstáculo difícil de superar, sea probable que no pueda recibirse durante el juicio; 3. cuando el imputado esté prófugo y se tema que por el transcurso del tiempo pueda dificultar la conservación de la prueba; y 4, cuando sea evidente el riesgo de que por la demora se pierda la fuente de la prueba.

Así mismo, la legislación procesal peruana prevé el mecanismo de la “prueba anticipada”, con lo cual tampoco desecha de plano el asunto de la prueba trasladada en diversos supuestos (Código Procesal Penal, 2004, artículos 242 y ss.):

- a) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando éste sea procedente.
- b) Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 182.
- c) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.

Incluso, en el derecho procesal penal hondureño se dispone la posibilidad de hacer lecturas autorizadas en el juicio cuando se trata de ciertos eventos como los casos de prueba anticipada u otras situaciones excepcionales (Código Procesal Penal, 1999, Artículo 311); así mismo, en Nicaragua se prevén ciertas pruebas anticipadas cuando se dan eventos excepcionales (peligro de muerte, testigo no residente en el país, etc.) (Código Procesal Penal, artículo 202), mecanismo llamado como “anticipo de prueba personal”.

La prueba trasladada en nuestro ordenamiento

Aquí el concepto de prueba se entiende en un sentido amplio, y desde el punto de vista lógico, “quiere decir a un mismo tiempo todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa”; y, desde una perspectiva más

amplia y, con abstracción de sus orígenes, “significa la fuente de motivos que nos suministran ese conocimiento”. Por eso, se dice que la primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva (Florian, 1982, p. 43). Sin embargo, en esta sede no se alude a todo tipo de pruebas sino a aquellas que, como ya se dijo, el derecho nacional conoce como *trasladadas*, esto es, las que producidas en un escenario distinto al juicio oral se hacen valer en éste; y que, adviértase, aunque hay similitudes, no se pueden confundir con las pruebas *anticipadas* que sí están previstas en nuestro ordenamiento (C. P. P., arts. 16 y 284) entendidas por la doctrina hispana, así:

[c]onsiste en la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (y que es un cierto momento en la vista del juicio oral), que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o de la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma (Ortells, 2013, p. 298).

Así mismo, no se debe involucrar la prueba *trasladada* con la prueba *de referencia* que, junto con la *anticipada*, son las dos excepciones expresas a la ausencia de práctica de una prueba en el juicio oral en el vigente sistema procesal penal (Sentencia de febrero 27 de 2013, Radicado: 38773, CSJ). Ahora bien, adviértase, la prueba de referencia –que parece ser el concepto más genérico– es aquella que muy bien define la propia normatividad:

[S]e considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio (C. P. P., art. 437).

Desde luego, el asunto de la prueba trasladada –que no anticipada– suscita en el actual sistema de tendencia acusatoria un interesante debate porque cabe discutir si tal instrumento de cognición tiene o no cabida en ese diseño. Ahora bien, si se mira la jurisprudencia existente sobre la materia que ocupa este trabajo se observa que en el derecho positivo el asunto no ha sido objeto de un debate a profundidad; en efecto, de un lado, la posición mayoritaria (Sentencia de septiembre 21 de 2011, Radicado: 37205, CSJ; Auto de abril 24 de 2013, Radicado: 40783, CSJ; Auto de febrero 19 de 2015, Radicado: 43976, CSJ; Auto de septiembre 30 de 2015, Radicado: 46153, CSJ), aboga por la inadmisibilidad de ese mecanismo en el proceso penal, para lo cual se invocan los postulados de contradicción, intermediación y oralidad; es más, téngase en cuenta que en estricto sentido la norma constitucional y la ley procedimental penal, a las cuales se ciñe la jurisprudencia, exigen que las pruebas se practiquen en sede del juicio oral. Sin embargo, otro sector de la opinión que se distancia de esa postura radical cree –por ejemplo– viable estimar como “elemento documental aportado de otro proceso” el que contenga el resultado de una interceptación telefónica recaudada con base en el rito procesal de la Ley 600 de 2000 y tenerlo como ‘prueba documental’; e incluso, con fines de impugnar credibilidad o refrescar memoria y, en ciertos casos, como prueba de referencia (Auto de febrero

15 de 2012, Radicado: 37943, CSJ; Auto de mayo 22 de 2013, Radicado: 41106, CSJ; Auto de agosto 28 de 2013, Radicado: 41764, CSJ; Auto AP 2293-2014/37414 de abril 30 de 2014, CSJ; y Auto AP896-2015/45011 de febrero 25 de 2015, CSJ).

Ahora bien, en el plano doctrinal Riveros (2013, pp. 620, 625) aboga por la admisibilidad de este instituto en concreto, pues, en su sentir, del mismo modo que la prueba de referencia, la prueba trasladada, puede ser analizada “a través de la óptica del testimonio”, lo cual es acorde con los principios constitucionales que orientan el proceso penal; aunque, anticipa, el resultado (de validez) no será el mismo. Así mismo, la Ley 1564 de 2012 (C. G. P., art. 174), establece lo siguiente:

[L]as pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas.

Esta disposición por mandato del artículo 1º, adviértase, se aplica “a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”, el cual, como lo advirtió la jurisprudencia (Auto AP4864-2016/42720 de julio 27 de 2016, CSJ) no se contrapone al procedimiento penal y, por efecto del principio de integración establecido en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, “se aplica con el fin de llenar los vacíos normativos que deban subsanarse”.

Además, la norma fundamental del Estado establece en su art. 271 que: “los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente” (C. N.). Se trata, sin duda, de un precepto constitucional que se mantiene vigente, pese a las críticas de ir en contra de los principios probatorios de los sistemas procedimentales orales [especialmente, contra la estructura probatoria del sistema penal acusatorio (Urbano, 2012, p. 76 y ss.)].

En materia penal, aunque el Código de Procedimiento Penal no incorporó este mecanismo, las inquietudes suscitadas en torno de su admisibilidad que se mantienen a más de trece años de entrada en vigencia del nuevo modelo, han ameritado ciertos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia la cual, en la mayoría de sus pronunciamientos, afirma la inadmisibilidad de ese mecanismo mientras que, en otros pocos fija un uso restringido.

Ahora bien, frente a la posibilidad de apreciar una prueba trasladada la Sala de Casación Penal (Sentencia de septiembre 21 de 2011, Radicado: 37205, CSJ; Auto de abril 24 de 2013, Radicado: 40783, CSJ; Auto de febrero 19 de 2015, Radicado: 43976, CSJ; Auto de septiembre 30 de 2015, Radicado: 46153, CSJ) señala que ella es inexistente, habida cuenta de que en virtud del artículo 377: “toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, in-

tervinientes que hayan asistido y del público presente". Esta postura, desde luego, tal vez por provenir del máximo órgano de cierre en la materia, es acogida en forma mayoritaria por la doctrina nacional. Sin embargo, aunque la jurisprudencia da por clausurado el debate la propia Corporación, en otras decisiones (Auto de febrero 15 de 2012, Radicado: 37943, CSJ; Auto de agosto 28 de 2013, Radicado: 41764, CSJ; Auto AP 2293-2014/37414 de abril 30 de 2014, CSJ), fija algunos criterios que permiten predicar cierto distanciamiento de esa postura radical, que califica como inexistente aquel mecanismo y le otorga flexibilidad, cuando se trata de las siguientes situaciones:

En efecto, en primer lugar, al debatir una prueba trasladada desde el exterior en sede de casación y en un asunto rituado por la ley 600 de 2000 la Sala de Casación Penal la encontró admisible a condición de que la misma se haya practicado en debida forma y se respete el derecho de contradicción:

[P]or consiguiente la prueba trasladada practicada fuera de nuestro país, cuyas formalidades no pueden ser reprobadas por las autoridades colombianas en virtud del principio de soberanía de los Estados que impide al que ha solicitado la colaboración judicial cuestionar la autenticidad y validez de las remitidas, conforma un medio de convicción que puede y debe ser valorado por el juzgador conforme a las reglas previstas en nuestro ordenamiento siempre y cuando además se advierta el cumplimiento de los restantes axiomas que orientan la actividad probatoria y muy especialmente la contradicción, como en efecto tuvo oportunidad de ejercerla ampliamente en este asunto el procesado tanto en forma directa como a través de su defensor (Sentencia de abril 2 de 2008, Radicado: 25158, CSJ).

Así mismo, en segundo lugar, el 'documento contentivo del resultado de las interceptaciones telefónicas', producido en otro proceso judicial es admisible, en cuyo caso es viable estimarlo como 'elemento documental aportado de otro proceso'; la razón es clara: es una prueba documental que se introduce en esa calidad y no cabe calificarla de ilícita sino estimarla en su verdadera naturaleza, esto es, como 'elemento documental' (Auto de febrero 15 de 2012, Radicado: 37943, CSJ). El asunto tratado por el alto tribunal en esa oportunidad vinculó un elemento recaudado en etapa de investigación previa en una actuación judicial bajo el procedimiento escritural de la Ley 600 de 2000.

También, en tercer lugar, cuando un 'entrevistado' acude al juicio a declarar se abre la posibilidad para que la 'manifestación anterior' pueda ser empleada, no solamente para impugnar credibilidad o refrescar memoria, sino como 'elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos' (Auto de agosto 28 de 2013, Radicado: 41764, CSJ; Auto AP 2293-2014/37414, de abril 30 de 2014, CSJ); no obstante, se estima que no puede validarse o ingresar al debate como 'prueba autónoma'.

En cuarto lugar, en ulterior pronunciamiento (Auto AP896-2015/45011 de febrero 25 de 2015, CSJ), se habló del "uso de las exposiciones juradas rendidas en proceso diferente" y se advirtió lo siguiente:

[...] el funcionario judicial de conocimiento no puede desdeñar la información ofrecida en las exposiciones previas, pues las mismas le sirven para apreciar la credibilidad en su exacto contexto de las atestaciones vertidas en la audiencia del juicio oral por el deponente, ellas inciden en la asignación o negación de un determinado poder suasorio o de persuasión del testimonio. [...] las exposiciones pueden haberse rendido en proceso diferente al que se llevan para refrescar memoria o impugnar credibilidad, no necesariamente tienen que haberse producido en este último en la fase de investigación o en la propia audiencia, este es el alcance que emerge de la interpretación de los artículos 347 inciso 1°, 393 inciso 1° literal b) y 403 numeral 4° de la Ley 906 de 2004. Bajo las premisas anteriores, a la parte (la fiscalía) no le está prohibido en un dado caso impugnar la credibilidad de sus propios testigos, ni tampoco apoyarlos con ayudas para refrescar su memoria, legitimación que está además habilitada en la medida en que la confrontación o el recuerdo se fundamenta en exposiciones del mismo testigo y sobre supuestos que tienen relación con los hechos objeto del proceso penal al que se llevan.

Así mismo, en quinto lugar, frente a una solicitud presentada por el defensor en ese mismo asunto (Auto AP896-2015/45011 de febrero 25 de 2015, CSJ) para que se le decretara la “introducción al juicio como prueba de referencia” de una declaración rendida en otro proceso, se autorizó dicho proceder al encontrar acreditado el supuesto del ‘literal d) del artículo 438’ del C. P. P. (L. 906/2004) –víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar– y frente a la materialización de dicho acto se advirtió lo siguiente:

[...] no se está reclamando para este proceso que la declaración de J D ingrese sin trámite diferente al de la incorporación del acta que la contiene, caso en el cual se tornaría en la inadmisibles prueba trasladada, en este caso además deberá socializarse en el juicio oral para cumplir los principios de inmediación, publicidad y concentración y ofrecer la oportunidad a la contraparte de impugnar credibilidad y de interrogar al órgano con el que el medio se lleva a la audiencia sobre supuestos de autenticidad, entre otros.

Todavía, en sexto lugar, en épocas más recientes y en medio de muchos bandazos en esta materia, se debate sobre el asunto y se afirma que para introducir documentos en el juicio oral se requiere un testigo de acreditación, pero a diferencia de otras decisiones más radicales ahora se matiza para afirmar que aquel “sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004”, por lo cual cuando ellos “gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada” (Sentencia SP7732-2017/46278 de junio 1 de 2017, CSJ). En otras palabras, se da cabida de manera subrepticia a la prueba trasladada en ciertos casos así se le llame de otra manera.

Ahora bien, en el plano doctrinal el profesor Parra (2006, p. 787) advierte que el art. 29 constitucional se constituye en una excepción al principio de inmediación, por el cual se opondría a la admisibilidad de la prueba trasladada. Esta norma superior establece el derecho del sindicado a la prueba, al consagrar la potestad de “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, lo cual se

traduce en la facultad en cabeza de la persona vinculada a un proceso penal para obtener la prueba que le permita demostrar su pretensión “en forma natural, sin un esfuerzo sobrehumano”, norma que para el citado doctrinante, explica la regulación de la prueba anticipada en el proceso de corte adversarial. Como es obvio, en este contexto y, en términos ‘muy generales’, la prueba se entiende como

[c]ualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre (...) son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas típicas) como aquellos que la ley no regula expresamente (las dominadas pruebas atípicas) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos (Taruffo, 2009, pp. 59-60).

Por su parte Riveros (2013, pp. 620, 625), en contra del criterio dominante en los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte, sostiene que el mecanismo de la prueba trasladada sí tiene cabida en el sistema vigente a cuyo efecto se fundamenta en los contenidos de los artículos 437 a 441 de la Ley 906 de 2004, bajo ‘la óptica del testimonio’, admisibilidad que se condicionaría según él a que esa modalidad de prueba sea contrastada con el testigo aunque, anticipa, el resultado de validez no sería el mismo. Para este autor la regulación de la *prueba de referencia*, que incorpora la Ley 906 de 2004 –entendida como “toda declaración realizada fuera del juicio oral”, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación...y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate...(p. 617)– y la noción de *prueba trasladada* –la que habiendo sido practicada válidamente en otro proceso podrá apreciarse en otro “sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella” (C. G. P. art. 174)– son conceptos que se equiparan en tanto se trata de instrumentos de cognición realizados por fuera del juicio oral, aunque con unos resultados en la práctica distintos.

Es más, ese doctrinante agrega que la prueba trasladada ofrece mayores garantías para el imputado dado que fue previamente presentada y validada en un escenario judicial, que no por ello está exenta de ser sometida al filtro de la intermediación, la contradicción y la concentración, mientras que –y aquí se marca el contraste– la prueba de referencia no ha sido explorada en su validez. Por ello, cree, aquella es más idónea y garantista que la misma prueba de referencia. En conclusión, la prueba trasladada sí resulta admisible y en ella se deben destacar por lo menos cinco situaciones sobresalientes: no fomenta la pérdida de rigurosidad en la investigación o en la defensa, pues las partes deben surtir el mismo proceso; hace parte del acervo probatorio global que se presenta en el juicio y que debe valorar el juez para fallar; es una prueba directa; está sujeta a contradicción; y, como si fuera poco, es introducida en sede de juicio oral frente al juez de conocimiento.

Por el contrario, Decastro (2008, p. 137 y ss.) considera que las reglas sobre prueba de referencia contenidas en la Ley 906 de 2004, no deben aplicarse a los casos de declaraciones anteriores del testigo, dado que estas no resultan admisibles frente

a quien se haya *disponible* para declarar en juicio, pues, en dichas circunstancias se incumple el requisito de la no disponibilidad del declarante; mucho menos, deben admitirse como “prueba directa, autónoma e independiente”. Sin embargo, añade en otro trabajo, “las declaraciones anteriores de testigos *no disponibles* para declarar en juicio” sí

[p]ueden hacerse valer como prueba de referencia admisible al amparo de la cláusula de excepción residual admisible o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional prevista en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se trate de situaciones especiales de fuerza mayor que no puedan ser racionalmente superadas (Decastro, 2009, p. 37).

A su turno, Urbano (2012, p. 208) advierte sobre el especial cuidado que debe observarse a la hora de admitirse en el juicio la prueba de referencia y/o los elementos materiales probatorios en los eventos establecidos por excepción legal, de forma que no se desnaturalice la nueva estructura probatoria.

No obstante, antes de abogar por una u otra posición es pertinente fijar algunos aspectos que ofrezcan claridad frente a la definición de la prueba de referencia y por qué no, explorar el origen de esta institución y su razón de ser. En efecto, como lo advierte Vélez (2010, pp. 3, 5 y 11), la noción de prueba de referencia surgió en el siglo XVI en relación con aquellos testigos que comparecían a declarar en procesos públicos ante jurados y, encontró evolución en el *Common Law*. Tradicionalmente, se le caracteriza como ‘una historia que proviene de la boca de otro’; por ello, en el derecho probatorio de Puerto Rico, que no dista mucho del de los Estados Unidos, es “una declaración aparte de la que hace el declarante al testificar en el juicio... que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado” (Chiesa, 1998, p. 566).

Como toda prueba testimonial, la prueba de referencia conlleva riesgos en la percepción, narración, memoria y sinceridad; principales razones para erigirle una regla de exclusión. Así, su fin sería “evitar que se admita prueba en la cual están ausentes las *condiciones* que tienen como función avalar la confiabilidad de la prueba testimonial” (Vélez, 2010, p. 12); no obstante, otro sector de la doctrina (Chiesa, 1998, pp. 565-566) considera que la falta de contrainterrogatorio de la parte contra quien se ofrece la declaración y la búsqueda de la verdad como propósito del derecho probatorio, serían las razones principales de esta regla.

Su razón de ser como regla de exclusión responde, pues, a la naturaleza del juicio por jurados, quienes no han recibido capacitación acerca de la valoración de pruebas que, como aquella, pueden ofrecer dudas frente a la confiabilidad del proceso de transmisión. Entonces, si como lo advierte el citado doctrinante puertorriqueño las reglas de exclusión, entre las cuales se incluyen las atinentes a la prueba de referencia, se instituyeron para un sistema adversarial que no incluía jueces de carrera capacitados para la valoración probatoria, no es acertado que se insista en la aplicación irrestricta de dichas reglas en un proceso penal cuyo diseño no incluye juicio por jurados sino, precisamente, el sistema de jueces de carrera. Se

insiste, pues, en la aplicación de una regla a un sistema que no posee el elemento para el cual fue creada (Vélez, 2010, pp. 3, 5, 11).

Así las cosas, de lo dicho se desprenden dos aspectos relevantes para este estudio: en primer lugar, si bien, el Código de Procedimiento Penal vigente no contempla el mecanismo de la prueba trasladada de forma explícita, admite, en ciertos eventos, el ingreso de elementos de prueba realizados fuera del juicio oral con fines de impugnar credibilidad y con ciertos fines probatorios, a través de la figura de la prueba de referencia. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los contenidos legales de los artículos 437 a 441 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), serían aplicables también al mecanismo de la prueba trasladada o, como aquí se le denomina, prueba o elemento material probatorio por traslado. El razonamiento que hace la Corte no implica *per se*, que el mecanismo se encuentre prohibido y, en consecuencia, que resulte inadmisibles, pues, recuérdese que –como lo advierte el Profesor Ambos (2009, p. 7), en su ensayo acerca de la *doctrina* de las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán–, “para llegar realmente a una prohibición de utilización de pruebas, es necesaria o bien una *disposición legal expresa*” o bien “una fundamentación teórica”, y, frente al tema objeto de análisis, ni hay prohibición legal expresa ni los pronunciamientos de la Corte constituyen completa fundamentación teórica.

Así las cosas, resulta de suma importancia poder sumarse al debate en torno al problema de investigación que se plantea, pero ello se debe hacer a la luz de los postulados constitucionales establecidos en la Constitución Política y su fuerza regulatoria para el proceso penal, tal como se ha hecho en este trabajo.

Conclusiones

Llegados a esta instancia debe decirse lo siguiente. Con excepción del principio de inmediación, ningún canon constitucional vinculante para el proceso penal colombiano se opone al uso del mecanismo de la prueba trasladada; por el contrario, existen disposiciones expresas como las contenidas en los artículos 29 (debido proceso) y 271 constitucionales, que habilitan el uso de evidencias probatorias con carácter de prueba trasladada (como un derecho del sindicado, en el caso de la norma constitucional 29 citada). De esta manera, por virtud de las normas citadas, es admisible la utilización del mecanismo de la prueba trasladada en atención a que el derecho fundamental a la prueba –que es “típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa, justiciable mediante la acción de tutela”– (Ruiz, 2007, p. 187) prima cuando él entra en tensión con el derecho que se deriva del principio de la inmediación y bajo cuyos dictados sería inadmisibles.

Así las cosas, la respuesta a la pregunta planteada al comienzo –a manera de problema de la investigación– es afirmativa porque el instituto de la prueba trasladada es operante a la luz de los postulados constitucionales así, en principio, no se compadezca con la estructura del proceso penal de corte acusatorio colombiano vigente; por lo menos, no con las características con las que de forma tradicional se le han asignado en el ordenamiento interno. Sin embargo, debe advertirse, que el

uso de este mecanismo está condicionado a la observancia de las reglas de publicidad y oralidad fijadas por el Acto legislativo 03 de 2002, por lo cual estos instrumentos de cognición deben ser incorporados mediante su lectura en presencia del juez y los intervinientes. Y ello, téngase muy en cuenta, es producto de que –así la norma procesal penal no contemple de forma expresa el mecanismo de la prueba trasladada, como se ha dicho–, el legislador sí admite en ciertos eventos el ingreso de elementos de prueba realizados fuera del juicio oral con fines de impugnar credibilidad y con ciertos cometidos probatorios a través de la figura de la prueba de referencia que, además, en contra de lo que creen algunos no siempre es ilegal como lo ha dicho la jurisprudencia (Auto de marzo 6 de 2013, Radicado: 34509, CSJ).

Al mismo tiempo, cabe advertir que la dimensión subjetiva del principio de inmediación (mediante el cual se pretexta la inadmisibilidad de la prueba trasladada), también le permite al acusado como titular del derecho que surge de este postulado solicitar la admisibilidad de tal mecanismo en el juicio, guardando, claro está, las reglas formales de introducción de los elementos probatorios en dicha sede al tenor de lo señalado en la Ley 906 de 2004. Por ello, esta sería la materialización del reconocimiento del individuo como sujeto activo del proceso; especialmente, en la práctica de la prueba, que Jescheck (1974, p. 278), reclamaba como necesario en el proceso penal que se deriva del modelo Estado social de Derecho y que es, agréguese, componente esencial del sistema político aquí imperante.

Es más, debe aclararse que los razonamientos propios de la posición mayoritaria de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante los cuales se califica como inadmisibles la prueba trasladada en el proceso penal de corte acusatorio, no son integrales; y, además, se debe tener en cuenta que esa corporación olvida que el tenor literal del citado artículo 29 constitucional excepciona la aplicación del principio de inmediación, cuando consagra el derecho del sindicado a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”. Por eso, advierte el profesor Parra (2006, p. 787), ello se traduce en el derecho a obtener pruebas que permitan demostrar su hipótesis probatoria de forma natural y sin cargas sobrehumanas. En todo caso, de los contenidos legales de los artículos 437 a 441 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), se puede deducir que también es viable la utilización del mecanismo de la prueba trasladada o, como aquí se denomina, prueba o elemento material probatorio por traslado.

Por último, a título de antecedente legal muy importante, cabe recordar que desde el año 2013 también se habilitó como ‘prueba autónoma’ para ser incorporada al juicio el registro de las entrevistas forenses realizadas a ‘niños, niñas y adolescentes’, víctimas de delitos contra su integridad y formación sexuales, practicadas incluso con ausencia de la defensa (Ley 1652/2013; Sentencia de marzo 4 de 2009, Radicado: 30645, CSJ; Sentencia C-177 de 2014, CConst.); en estos casos, fuerza concluir, resulta viable la utilización de elementos de prueba por traslado al estar de por medio el interés superior del menor de edad frente al que cede el principio de inmediación, todo ello –claro está– sin perjuicio del mérito que le otorgue el juez

a la información contenida en el medio de prueba y siempre que se respeten las reglas de pertinencia, conducencia y admisibilidad.

Por todo lo anterior, resulta necesario entonces que la jurisprudencia replantee su postura en torno a la inadmisibilidad del mecanismo de la prueba trasladada; pero, además, porque, como se advirtió, ni siquiera en los sistemas foráneos de tradición adversarial el principio de inmediación tiene la última palabra, pues existen excepciones que –fundadas en valores propios de cada modelo de Estado– habilitan, con menos garantías, el uso de ciertos elementos de prueba recaudados fuera del juicio u obtenidos de otros procesos de manera casi informal.

Referencias

- Alcaide, J. M. (2012). *La exclusionary Rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Tesis doctoral, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. Recuperado de <http://www.tdx.cat/handle/10803/97362>.
- Ambos, K. (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán -fundamentación teórica y sistematización-. *Política criminal*, 4(7), 1-56.
- Andrés, P. (2003). Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia* (46), 57-66.
- Arboleda, P. B. (2014). El Estado Social de Derecho en la jurisprudencia constitucional. *Summa Iuris*, 2(1), 18-33.
- Auto 37943 (2012, febrero 15). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 34509 (2013, marzo 6). Recurso de casación. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 40783 (2013, abril 24). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 41106 (2013, mayo 22). Recurso de apelación. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 41764 (2013, agosto 28). Recurso de casación. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP 2293-2014/37414 (2014, abril 30). Recurso de casación. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Auto 43976 (2015, febrero 19). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP896-2015/45011 (2015, febrero 25). Recurso de apelación. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 46153 (2015, septiembre 30). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 42720, AP4864-2016 (2016, julio 27). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Beling, E., Ambos, K. & Guerrero, O. J. (2011). *Las prohibiciones Probatorias*. Bogotá: Editorial Temis.
- Berdugo, I., & Arroyo, L. (2004). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Bernate, F. (2014). *El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana*. Bogotá: Ibáñez.
- Cabezudo, N. (2008). Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal: de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto. En F. Carpi & M. Ortells (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal 2008* (pp. 317-328) (Vol. 2). Valencia, España: Universitat de València.
- Carlo, V. D. (2001). Las confesiones: su naturaleza voluntaria y el derecho a no inculparse. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 40(1 y 2). Recuperado de <http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/vol-40-1y2/Vol40-1-08%20Las%20confesiones.htm>
- Caso, G. (2003). El sistema procesal penal italiano (ventajas y dificultades). *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, (17)12, 1-20. Recuperada de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001203>
- Caso Miranda vs. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>
- Caso Harris vs. New York, 401 U.S. 222 (1971). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/222/case.html>
- Caso Oregon vs. Hass, 420 U.S. 714 (1975). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/714/case.html>
- Caso 2010 DTS 205 Pueblo vs. Guerrido López 2010TSPR205 (2011). *Derecho a confrontar al perito que realizó informe químico*, Tribunal Superior de Puerto

- Rico. Recuperado de <http://practicaforenseusual.blogspot.com.co/2011/04/derecho-confrontar-al-perito-que.html>
- Castillo, I. (2012). El derecho a no autoincriminarse y las advertencias de “Miranda”: un nuevo retroceso de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Howes v. Fields*, del 21 febrero de 2012. *Ius et Praxis* (18), 427-438. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200015
- Chiesa, E. L. (1998). *Tratado de Derecho probatorio (Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales)* (T. II, 1 ed., reimpresión 2005). San Juan: Publicaciones JTS.
- Codice di Procedura Penale, Decreto 447 (1988, septiembre 22) (2017). Recuperado de <http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/codice-procedura-penale.pdf>
- Código Procesal Penal, Ley 11.922 (1997, enero 10), Provincia de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-11922.html>
- Código Procesal Penal, Norma 9-99-E (1999, diciembre 19), Honduras. Recuperado de https://iberred.org/sites/default/files/codigo_procesal_penal_de_honduras.pdf
- Código Procesal Penal, Ley N.º 406 (2001, diciembre 18), Nicaragua. Recuperado de https://iberred.org/sites/default/files/codigo_procesal_penal_de_nicaragua.pdf
- Código Procesal Penal Decreto 957 (2004, julio 22). Perú. Recuperado de https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru_0.pdf
- Código Procesal Penal, Ley 63 (2008, agosto 28), Panamá. Recuperado de <http://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/multimedia/2016/09/codigo-procesal-penal-comentado.pdf>
- Constitución Política (1991, julio 7) [C. N.]. El Pueblo de Colombia [Colombia].
- Constitución de la República Italiana (1947, diciembre 27). Recuperado de <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html>
- Decastro, A. (2008). El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Tomo LVIII, Número 249, 137-162.
- Decastro, A. (2009). Admisibilidad y valor probatorio de las declaraciones anteriores del testigo. *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, (28), 37-94.
- De Miguel y Alonso, C. (1975). El principio de intermediación dentro del sistema formal de la oralidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (24), 791-799. Recupe-

rado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1146/1404>)

- Demetrio, E. (2014). La Constitución y el sistema de sanciones. En Velásquez, F. & Vargas, R. (Comp.) *Derecho penal y Constitución* (pp. 71-130). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Devis, H. (1979). *Compendio de Derecho procesal*. Bogotá: ABC.
- Díaz, L. I. (2009). *Derechos Fundamentales y descisión judicial*. Tesis doctoral, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7586/livan_diaz_tesis.pdf?sequence=1
- Directiva 2014/41/CE (2014, abril 3). Del parlamento europeo y del Consejo. Relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2014/130/L00001-00036.pdf>
- Favoreu, L. (1999). La constitucionalización del Derecho penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho constitucional penal. *Revista Chilena de Derecho*, 26(2), 279-322.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. P. Andrés et al.). Madrid: Trotta.
- Florian, E. (1982). *De las pruebas penales* (T. 1, 3 ed.). (Trad. J. Guerrero). Bogotá: Temis.
- Folgueiro, H. (1999). Principio de intermediación: Hacia una fundamentación epistemológica. *Lecciones y Ensayos* (72), 307-314. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/72/ens/ens18.pdf>
- Guerrero, Ó. J. (2007). *Fundamentos Teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez, J. L. (2008). La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir. *Anuario de Derecho penal*, (XXX),1-59. Recuperado de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/19633/28945.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gómez, J. L. (2010). Sistema de enjuiciamiento criminal adversarial y nuevas tendencias dogmáticas penales. En J. L. Gómez et al., *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI* (pp. 69-100). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Gómez, J. L. et al. (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público.*

Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Harfuch, A. (2013). La nueva ley de juicio por Jurados, de la Provincia de Neuquén, Argentina. En *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Juicio por jurados*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA (17), 38-41. Recuperado de <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/951.pdf>

Gössel, K. H. (2013). El principio de Estado de Derecho y la estructura del proceso penal. En F. Velásquez & et al., (Coords.). *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur* (pp. 1335-1351). Bogotá: Ibáñez.

Illuminati, G. (2008). El sistema acusatorio en Italia (Trad. L. Bachmaier). En Bachmaier, L. (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios* (pp. 135-160). Barcelona: Marcial Pons.

Jaén, M. (2008). *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. España: Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf.

Jescheck, H. H. (1974). El derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal (Trad. E. Predaz). *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, XVIII(3), 279-294.

Ley 600 (2000, julio 24). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 44.097 de 24 de julio del 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 906 (2004, agosto 31). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 45658 de 31 de agosto de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 1564 (2012, julio 12). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 48489 de 12 de julio de 2012. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley de Enjuiciamiento Criminal (2015). Real Decreto (1882, septiembre 14). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>

Llobet, J. (2014). Derecho procesal penal y Constitución. En F. Velásquez & R. Vargas (Eds.), *Derecho penal y Constitución* (pp. 225-274). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Maier, J. B. J. (1989). *Derecho Procesal Penal argentino*. (T. 1., Vol. a). Buenos Aires: Hammurabi.

- Maier, J. (2004). ¿Es la intermediación una condición de la condena penal?: Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición. *Jueces para la democracia*, (49), 13-20.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho procesal penal., Parte General, Actos procesales*. (T. 3). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sabater, A. (2011). La prueba en el sistema anglosajón. *La Ley*(7564), 8-13. Recuperado de <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/laley ESPECIAL probatica4.pdf>.
- Méndez, M. A. (septiembre, 2007). Los Principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson. *Derecho y Democracia: Cuadernos Unimetanos* (11), 139-156. Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET_2007_11_139-156.pdf
- Mir, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel S. A.
- Molina, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá: Ibáñez.
- Muñoz, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de los Estados Unidos*. (1 ed.). Bogotá: Legis.
- Ortells, M. (2013). Problemas de la oralidad en el proceso penal español (oralidad, contradicción, intermediación de los medios de prueba personales), P. 279-315. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3330/16.pdf>
- Planchadell, A. (2010). Las ocho sentencias más importantes de la jurisprudencia española en materia de prueba prohibida: un breve comentario. En J. L. Gómez *et al.*, *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI* (pp. 101-270). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Parra, J. (2000). Los principios frente al derecho procesal penal moderno. En *Memorias del XXI Congreso colombiano de derecho procesal* (pp. 7-57). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Universidad Libre.
- Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio* (15 ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pepino, L. (2003). Breve aproximación al sistema procesal penal italiano (Trad. P. Andrés). *Jueces para la democracia* (42), 97-102.
- Pizzi, W. T. & Montagna, M. (2004). La batalla para el establecimiento de un sistema penal acusatorio en Italia (Trad. A. Gálvez y M. Melgar), 1-31. Recuperado de http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la_batalla.pdf
- Reyes, C., & Solanilla, C. (s/f). *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá: USAID-Defensoría del Pueblo de Colombia.

- Riveros, J. D. (2013). Reflexiones sobre el testimonio en el marco del sistema penal acusatorio en Colombia. En Instituto de Derecho Procesal, *Memorias del XXXIV Congreso colombiano de Derecho procesal* (pp. 594-627). Bogotá: Instituto de Derecho Procesal. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/24juan-david-riveros-barragan.pdf>
- Ruiz, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Revista Estudios de Derecho* 64(143), 181-206. Recuperado de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2552/2076>.
- Sánchez, C. (2015). ¿Qué es el discovery? Recuperado de <https://sands.legal/blog/que-es-el-discovery/>
- Sentencia T-406 (1992, junio 5). Acción de tutela. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-566 (1995, noviembre 30). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-396 (2007, mayo 23). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-059 (2010, febrero 3). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-144 (2010, marzo 3). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-205 (2011, marzo 24). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-288 (2012, abril 18). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-177 (2014, marzo 26). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-387 (2014, junio 25). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2006, noviembre 9). Recurso de casación. [Radicado N.º 25138]. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2008, abril 2). Recurso de casación. [Radicado N.º 25158]. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, enero 30). Recurso de casación. [Radicado N.º 27192]. Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, marzo 4). Recurso de casación. [Radicado N.º 30645]. Magistrado ponente: María de Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2011, septiembre 21). Recurso de casación. [Radicado N.º 37205]. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, febrero 27). Recurso de casación. [Radicado N.º 38773]. Magistrado ponente: María del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, julio 2). Recurso de casación. [Radicado N.º 34131]. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, septiembre 24). Recurso de casación. [Radicado N.º 36401]. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP2144-2016 (2016, febrero 24). Recurso de casación. [Radicado N.º 41712]. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP7732-2017 (2017, junio 1). Recurso de Casación. [Radicado N.º 46278]. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia STC 33 (2015, marzo 2). Tribunal Constitucional Español. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24342>
- Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Tiedeman, K. (2006). El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista, 1-14. Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4klaus-tiedemann.pdf>
- Upegui, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Usos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Urbano, J. J. (2006). *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Urbano, J. (2009). El principio de inmediatez en segunda instancia. *Derecho Penal y Criminología*, 30(89), 91-112.
- Urbano, J. J. (2012). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una fundamentación del sistema acusatorio* (2a. ed.). Bogotá: Ediciones Nueva jurídica.
- Valencia, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general* (4a. ed.). Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General* (1a. ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. & Vargas, R. (2014). Presentación. En Velásquez, F. & Vargas, R. (Comp.) *Derecho penal y Constitución* (pp. 5-9). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Velásquez, F. & Vargas, R. (2014) (Comp.) *Derecho penal y Constitución*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Vélez, E. (2010). *La prueba de referencia y sus excepciones*. San Juan de Puerto Rico: InterJuris.
- Yacobucci, G. (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.