

EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA *

*José Joaquín Urbano Martínez***

Sumario: Introducción. I. La nueva estructura probatoria del proceso penal y sus matizaciones. II. El alcance de la segunda instancia en los instrumentos internacionales de derechos humanos. III. La segunda instancia en el derecho comparado. A. Derecho anglosajón. 1. Inglaterra. 2. Estados Unidos. B. Derecho continental europeo. 1. Alemania. 2. Italia. 3. España. C. Conclusión provisional. IV. La segunda instancia en el proceso penal colombiano. A. Fundamentos constitucionales y desarrollos legales. 1. La Constitución Política. 2. El Código de Procedimiento Penal. B. Consecuencias. C. Supuestos ilegítimos de aducción de pruebas en segunda instancia. 1. La intervención del acusado en la audiencia de debate oral. 2. La intervención de la defensa, la fiscalía, el apoderado de la víctima y el ministerio público en la audiencia de debate oral. 3. Aporte de nuevos medios de conocimiento para apoyar peticiones de subrogados o sustitutos penales. V. Conclusiones

Resumen: En el presente ensayo se hace una aproximación al alcance del principio de inmediación de la prueba en la segunda instancia del proceso penal colombiano. Para ello se parte de la nueva estructura probatoria del proceso

* Fecha de recepción: junio de 2009. Fecha de modificación: agosto de 2009. Fecha de aceptación: septiembre de 2009.

** Abogado, especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; magíster en criminología del Instituto de Criminología de Cali; magíster en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; profesor titular del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia en pregrado y posgrado; magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. Correo electrónico: jose.urbano@uexternado.edu.co.

penal y de la regulación que se ha hecho de esa temática en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho comparado, en este caso, tanto en el modelo anglosajón como en el modelo continental europeo. Luego se analizan los fundamentos constitucionales y los desarrollos legales de la segunda instancia en el sistema jurídico nacional y se detallan sus consecuencias, traducidas, en esencia, en la matización del principio de intermediación. Luego se determinan varios supuestos ilegítimos de introducción de información en segunda instancia y que deben ser evitados, mediante un diligente proceder, por parte de los jueces y tribunales, so pena de desconocer la estructura probatoria del proceso.

Palabras clave: estructura probatoria; segunda instancia; modelo anglosajón; modelo continental europeo; principios probatorios; principio de intermediación; testimonio del acusado; conocimiento privado de las partes.

THE PRINCIPLE OF NON-MEDIATION IN THE SECOND INSTANCE

Abstract: This essay presents an approximation to the range of the principle of non-mediation of proof in the second instance of the Colombian penal process. It begins with the new proof structure of the penal process and the regulation that has been made on this topic in the International Human Rights Instruments and in comparative law, in this case in both the Anglo Saxon and Continental European models. Then it analyzes the constitutional foundations and legal developments of the second instance in the national legal system and details their consequences, in essence translated into the clarification of the principle of non-mediation. Finally, it determines several illegitimate assumptions about the introduction of information in the second instance that can be avoided by means of diligent action on the part of judges and courts, at the risk of not knowing the proof structure of the procedure.

Keywords: proof structure, second instance, Anglo Saxon model, Continental European model, principles of proof, principle of non-mediation, testimony of the accused, private knowledge of the parties.

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo se hace una aproximación al alcance del principio de intermediación en la segunda instancia del proceso penal colombiano. Para ello se parte de la nueva estructura probatoria del proceso penal y de la regulación que se ha hecho de esa temática en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho comparado y, sobre esa base, se sienta una conclusión provisional. Luego se analizan los fundamentos constitucionales y los desarrollos legales de la segunda instancia en nuestro sistema jurídico y se detallan sus consecuencias, traducidas, en esencia, en la matización del principio de intermediación de la prueba. Posteriormente, se determinan

varios supuestos ilegítimos de introducción de información en segunda instancia y que deben ser evitados, mediante un diligente proceder, por parte de los tribunales. Por último, se plantean varias conclusiones.

I. LA NUEVA ESTRUCTURA PROBATORIA DEL PROCESO PENAL Y SUS MATIZACIONES

El constitucionalismo colombiano ha tenido una interesante evolución en materia de procedimiento penal. Así, en una primera etapa (CP de 1886) en él no se consagraban la reserva judicial de las libertades públicas, la estructura básica del proceso ni la estructura probatoria que hacía parte de él. En una segunda etapa (CP de 1991) se consagró ya el principio de reserva judicial de la libertad y también la estructura básica de la investigación y el juzgamiento. No obstante, solo en último momento (Acto Legislativo 03 de 2002) se ha consagrado también en él la estructura probatoria que hace parte de ese proceso.

De este modo, de manera progresiva, el constituyente ha ido limitando la capacidad de configuración normativa del Congreso en materia de proceso penal y lo ha hecho en la misma medida en que éste ha dejado de ser una secuencia de formalismos legales para convertirse, en su lugar, en un escenario de realización de derechos fundamentales.

En tal contexto, una de las principales características del sistema acusatorio colombiano radica en que, por primera vez en la historia nacional, se ha constitucionalizado la estructura probatoria del proceso penal. Gracias a ello, aparte de los fundamentos probatorios consagrados en la Constitución Política de 1991, hoy se cuenta con unas nuevas premisas básicas en ese campo, las que están determinadas, esencialmente, por la reformulación de la regla de exclusión (artículo 29 de la CP, Ley 906 de 2004 y Sentencia C-591-05), los deberes de aseguramiento y descubrimiento impuestos en materia probatoria a la Fiscalía General de la Nación (artículos 250.3 y 250.9 de la CP) y los principios probatorios del juicio (artículo 250.4).

Ello ha permitido afirmar en otro lugar, y reiterar aquí, que la columna vertebral del nuevo proceso penal colombiano está determinada por una verdadera revolución probatoria que impone una ruptura definitiva con el denominado principio de permanencia de la prueba y que exige apoyar la sentencia únicamente en la prueba practicada en el juicio con estricto respeto de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración¹.

1 JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008, p. XIII.

Con todo, esa perspectiva presenta varias matizaciones. Por un lado, porque el mismo sistema procesal admite situaciones excepcionales en las que se pueden aducir pruebas practicadas fuera del juicio; por otro, porque esa nueva estructura probatoria, si bien tiene serias implicaciones, no determina la dinámica de las audiencias preliminares cumplidas ante los jueces de control de garantías; además, porque esa estructura se flexibiliza cuando se trata de aceptaciones de cargos y negociaciones y preacuerdos y, por último, porque su alcance resulta limitado cuando se trata de la segunda instancia tanto de las audiencias preliminares como del juicio.

Con este panorama, resulta de interés una reflexión sobre uno de los principios que hacen parte de esa nueva estructura probatoria y que se ve afectado en segunda instancia: el principio de inmediación. Con mayor razón si doctrina muy autorizada estima que “[...] *la reconstrucción de los hechos es faena que preferentemente asume el juez de la causa (el de la primera instancia) y que a medida que se asciende a las instancias superiores se hace más difícil y residual*”².

II. EL ALCANCE DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Una mirada a la forma como los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos consagran la segunda instancia es muy ilustrativa.

Por una parte, el PIDCP, artículo 14, párrafo 5.º, dispone que “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”. A su vez, el artículo 2.1 del Protocolo Adicional n.º 7 de la CEDH ordena que “*Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o condena*”. Finalmente, la CADH, artículo 8, 2, h, prescribe que toda persona acusada de un delito “*tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

Como puede apreciarse, los dos primeros instrumentos consagran la segunda instancia como un derecho de toda persona declarada culpable, en tanto que el último radica ese derecho en toda persona acusada de un delito. Además, el ejercicio de esa facultad se prevé en relación con una sentencia condenatoria y procede para que se examine tanto la declaratoria de responsabilidad penal, como la pena impuesta. Finalmente, el derecho se circunscribe al condenado y respecto de la declaratoria de responsabilidad y la pena, pero se guarda silencio en relación con la facultad de la fiscalía de recurrir un fallo absolutorio.

2 AUGUSTO MORILLO M. *La prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 80.

La lectura autorizada del PIDCP que ha hecho el CDH de la ONU es compatible con ello. Así, para citar algunos ejemplos, en el caso “*Reid contra Jamaica*” (1992) asumió que “*Todo Estado parte tiene la obligación de reexaminar en profundidad el fallo condenatorio y la pena impuesta*”; en el caso “*Karttunen contra Finlandia*” (1992) precisó que existe el derecho a un juicio oral ante el tribunal de apelación en dos circunstancias, cuando este procedimiento es necesario para permitir una nueva evaluación de todas las pruebas presentadas por las partes y cuando es necesario para determinar si las irregularidades ocurridas en la primera instancia han afectado la sentencia; en el caso “*Perera contra Australia*” (1995) indicó que si bien no se requiere de un juicio de *novo*, es necesaria la evaluación “*de las pruebas presentadas durante el juicio (en primera instancia) y de la forma en que se desarrolló ésta*”; en el caso “*Lumley contra Jamaica*” (1999) advirtió que el derecho a la segunda instancia implicaba “[...] una revisión completa de la condena y de la sentencia, tanto por lo que respecta a las pruebas como por lo que se refiere a los fundamentos de derecho” y, por último, en el caso “*Robinson contra Jamaica*” (2000) consideró que el Estado tiene el deber de preservar la suficiente cantidad de pruebas materiales que permitan efectuar dicha revisión³.

De lo expuesto se infiere, para lo que aquí interesa, que los instrumentos internacionales de derechos humanos, si bien consagran el derecho a la segunda instancia para el declarado penalmente responsable, no exigen práctica probatoria alguna en su trámite. Por el contrario, aquellos hacen énfasis en que en esa sede se trata de una nueva valoración de las pruebas practicadas en primera instancia.

De este modo, los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia del fallo condenatorio que le asiste al condenado no dicen nada en relación con práctica probatoria alguna, motivo por el cual ese aspecto queda librado a la normatividad interna de los distintos estados. De todas maneras, es claro que de acuerdo con ellos y su interpretación autorizada, la competencia del superior se extiende a los aspectos tanto jurídicos como fácticos, y en consecuencia probatorios, del fallo recurrido.

No obstante lo expuesto, recientes desarrollos doctrinarios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntan en una dirección distinta cuando se trata de los recursos de apelación o casación contra sentencias absolutorias. En este sentido, por ejemplo, en la sentencia “*Sigurthor Amasson contra Islandia*”, del 15 de julio de 2003, consideró que si bien la competencia de un tribunal supremo para casar y anular una decisión de instancia inferior sin citar y escuchar a los testigos no infringe, de por sí, el artículo 6.º del CEDH, ello puede suceder dadas las particularidades del caso concreto, tal como ocurrió precisamente en el caso decidido en ese fallo. Luego, en la sentencia “*Destrehem contra Francia*” del 18 de mayo de 2004, el Tribunal consideró que el superior

3 DANIEL O'DONNELL. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 433 y ss.

no puede fundar la condena en la nueva interpretación de testigos que no ha oído, que sólo puede revocarla si previamente ha escuchado a tales testigos y que la negativa a citarlos y escucharlos reduce ostensiblemente el derecho de defensa y genera violación del artículo 6.3.d. del CEDH⁴.

La relevancia de esta doctrina, orientada a garantizarle al acusado el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías, no puede desconocerse, sobre todo en contextos como el nuestro, en el que se asume que los tribunales pueden revocar sentencias absolutorias sólo sobre la base de una nueva evaluación de testigos descartados por la primera instancia como prueba idónea para condenar.

III. LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho comparado también ofrece valiosos elementos de juicio para el examen del alcance del principio de inmediación en segunda instancia. Por ello, a continuación se examina brevemente el tratamiento que se le da a esa temática en el modelo anglosajón y en el modelo continental europeo.

A. Derecho anglosajón

1. Inglaterra

Las autoridades jurisdiccionales están determinadas por la Cámara de los Lores, el Tribunal de Apelaciones, el Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal de la Corona y los Tribunales de Magistrados.

Los Tribunales de Magistrados, conformados por jueces no profesionales, conocen del 98% de los procesos penales y sólo imponen penas de multa o de prisión de hasta un año. De estos, el 90% se decide por aceptaciones de responsabilidad y negociaciones. El 10% restante se tramita a través de procesos sumarios, sin jurado popular y sin asistencia legal en la mayoría de los casos (95%).

En estos procesos hay lugar a segunda instancia en el caso de sentencias condenatorias. En ella se reproduce íntegramente la prueba, lo que históricamente obedece al carácter poco fiable de las constancias del juicio. Además, el Tribunal de la Corona, como juez de segunda instancia, puede imponer una pena aún mayor que la fijada en primer grado⁵.

4 JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y LEÓN GARCÍA-COMENDADOR ALONSO. *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45 y 60.

5 Es evidente que en este y en otros puntos, el sistema procesal penal inglés contraría principios consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorporado al derecho interno sólo en 1998,

A su vez, no existe un derecho amplio a recurrir las decisiones del Tribunal de la Corona y cuando procede es, como regla general, por temas de derecho y no por los hechos⁶.

2. *Estados Unidos*

En Estados Unidos existen cortes estatales y cortes federales. En lo que respecta a estas últimas, se cuenta con cortes distritales o de primera instancia, cortes de circuito o de segunda instancia y con la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien: Ni la Constitución de Filadelfia ni sus enmiendas consagran el derecho a la segunda instancia. No obstante, las leyes federales y estatales sí lo prevén. En tal sentido, las Reglas Federales de Procedimiento Criminal consagran el derecho de todo condenado a apelar su condena o la sentencia. La fiscalía no tiene la facultad de apelar un fallo absolutorio pues no solo se reputa contrario al *non bis in idem*, sino que, además, se considera que el proceso significa una carga para el acusado mucho mayor que para la fiscalía.

Bajo este panorama, las conclusiones sobre los hechos a que han llegado las cortes de Distrito son vinculantes, motivo por el cual los recursos se orientan esencialmente a lograr la anulación de los juicios y no la revocatoria de las condenas. Es decir, en este modelo no se practican pruebas en segunda instancia, ni tampoco, como regla general, hay lugar a valoración probatoria⁷. Esta situación resulta comprensible si se tiene en cuenta que en este sistema la decisión sobre la inocencia o responsabilidad del acusado es tomada generalmente por el jurado.

B. Derecho continental europeo

1. *Alemania*

Los órganos jurisdiccionales penales son los Amtsgerichte, que pueden ser unipersonales y colegiados; los tribunales del Land, los tribunales superiores del Land y el Tribunal Supremo Federal. En este contexto, sólo son apelables las sentencias absolutorias y condenatorias proferidas por los primeros, que conocen de los delitos de menor gravedad.

motivo que explica por qué se trata de unos de los países que en más oportunidades ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6 GABRIEL IGNACIO ANITUA et al. "El sistema procesal penal de Inglaterra y Gales", en EDMUNDO S. HENDLER (dir.). *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 324 y ss.

7 WILLIAM T. PIZZI. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 108 y ss. En el mismo sentido: ORLANDO MUÑOZ NEIRA. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2006, p. 88.

De este modo, se presenta una situación paradójica pues sólo son apelables las sentencias proferidas en procesos de poca importancia y no las dictadas en procesos por delitos graves. La respuesta que se ha suministrado tiene que ver con que las sentencias proferidas por los tribunales superiores implican una muy cuidadosa elaboración, argumento poco convincente pues implicaría admitir que las sentencias proferidas por los Amtsgerichte no se elaboran cuidadosamente y que por ello admiten apelación.

Interpuesto y admitido el recurso, se adelanta un procedimiento principal en el que puede repetirse la prueba practicada en primera instancia e incluso se pueden aducir nuevas pruebas, aunque también es posible la lectura de las actas correspondientes a los testimonios recibidos por el juez de primer grado. Como puede advertirse, se trata en realidad de un nuevo juicio que culmina con el rechazo de la apelación por infundada o con la emisión de otra sentencia que revoca la proferida en primera instancia⁸.

2. Italia

Las autoridades jurisdiccionales están determinadas por los jueces de paz, los tribunales, la Corte de Apelaciones, la Corte con Jurados, la Corte de Apelación con Jurados y la Corte de Casación.

En este modelo, todas las sentencias de primera instancia son apelables por el Ministerio Público, por la defensa y por el responsable civil, entre otros. Ahora, si bien el superior puede resolver con base en las pruebas practicadas en primera instancia, es legítimo que de oficio o a petición de parte ordene la repetición de la prueba e incluso la práctica de pruebas nuevas si éstas son necesarias para la decisión de segundo grado⁹.

Como lo ha expuesto la doctrina,

Si no se adopta el procedimiento camerale debe tenerse en cuenta que no es necesario que se realice una repetición de la práctica de la prueba en el juicio oral (rinnovazione dell'instruzione dibattimentale). Sin embargo, la repetición puede ser declarada de oficio por el juez que la conciba "absolutamente necesaria" (art. 603.4 CPP) y debe igualmente ser dispuesta —además de, en ciertos casos, a solicitud del imputado rebelde en primera instancia (art. 603.4 CPP)— cuando una parte haya solicitado tanto la repetición de pruebas ya practicadas en el juicio oral de primera instancia, como la práctica de nuevas pruebas, y el juez de apelación considere no poder decidir a tenor del estado actual de las actuaciones (art.603.1 CPP). El art. 603.2 CPP precisa que si las nuevas pruebas son sobrevenidas o descubiertas después del juicio de primera instancia, la re-

8 JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 188 y ss.

9 FRANCISCO CORDERO. *Procedimiento penal*, t II, Bogotá, Temis, 2000, pp. 372 y ss.

petición de la práctica de la prueba durante el juicio oral se realiza “teniendo en cuenta los límites del art. 495.1 CPP”, es decir, siguiendo los criterios que informan el ejercicio del “derecho a la prueba”.¹⁰

3. España

Administran justicia penal los Juzgados de Paz, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, los Juzgados de lo Penal, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria; las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo¹¹.

En España se ha concluido que de una interpretación armónica del artículo 24 de la CE y el PIDCP se infiere que el derecho al recurso en el proceso penal forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora, si bien la regla general es el proceso de única instancia, hoy los juicios de faltas, los procedimientos abreviados y las sentencias dictadas por el magistrado presidente del Tribunal del Jurado tienen segunda instancia; no así los procesos por delitos más graves.

En el trámite de la apelación no se practican pruebas. Con todo, existe claridad jurisprudencial y doctrinaria en cuanto a que “*El nuevo sometimiento del fallo y de la pena a un tribunal superior implica no sólo someter a una instancia superior la aplicación de la norma jurídica sino también la motivación fáctica de la sentencia, los hechos que de forma expresa y terminante se estimen probados y las pruebas en las que el tribunal se ha basado, es decir, la revisión de la actividad probatoria y la valoración probatoria de la instancia [...]*”¹².

Finalmente, se plantea el dilema de si el absuelto en primera instancia y condenado en segunda, tiene derecho a un nuevo recurso y el de si los fallos de un tribunal superior en un solo grado contra aforados deben sujetarse a esa regla. En este último punto, algunos países, como Alemania, formularon reservas al momento de la suscripción del PIDCP; pero España no lo hizo.

10 MARIO CHIAVARIO. “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano. Temas y problemas”, en JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (coord.). *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 386 y ss.

11 CYNTHIA ÁVILA et al. “El sistema procesal penal español”, en EDMUNDO S. HENDLER (dir.). *Sistemas procesales penales comparados*, cit., pp. 60 y ss.

12 VÍCTOR MORENO CATENA. “El proceso penal español: algunas alternativas para la reforma”, en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, 2002, pp. 55 y ss.

C. Conclusión provisional

De acuerdo con lo indicado, entonces, en Inglaterra hay segunda instancia en procesos por delitos leves y graves. Respecto de los primeros hay lugar a práctica de pruebas en segunda instancia, pero en relación con los segundos los recursos son muy limitados y proceden únicamente por razones jurídicas, no fácticas. Y en Estados Unidos hay segunda instancia para las sentencias condenatorias, pero las conclusiones sobre los hechos a que han llegado las cortes de Distrito son vinculantes, motivo por el cual los recursos se orientan a lograr la anulación de los juicios o, en el caso de la fiscalía, a incrementar la pena.

Por otra parte, en Alemania sólo son apelables las sentencias proferidas en procesos de poca importancia y en el trámite del recurso puede repetirse la prueba practicada en primera instancia e incluso se pueden aducir nuevas pruebas. En Italia todas las sentencias de primera instancia son apelables por el Ministerio Público, por la defensa y por el responsable civil, entre otros, y es legítimo que de oficio o a petición de parte se ordene la repetición de la prueba e incluso la práctica de pruebas nuevas si éstas son necesarias para la decisión de segundo grado. En España el recurso de apelación procede respecto de sentencias proferidas en procesos por delitos de menor gravedad y en su trámite no hay práctica probatoria alguna.

Lo expuesto en precedencia permite concluir que la repetición de la prueba y la práctica de nuevas pruebas en segunda instancia se regulan con independencia del sistema procesal al que se encuentre adscrito un proceso penal particular. Así, en Inglaterra, Alemania e Italia ello es permitido, indistintamente de que aquélla se rija por el modelo anglosajón y éstas por el modelo continental europeo. En sentido contrario, Estados Unidos y España no prevén esa práctica y ello es así independientemente de la inclinación anglosajona del sistema procesal de aquél y de la tendencia continental europea de la última.

IV. LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

A. Fundamentos constitucionales y desarrollos legales

El análisis precedente suministra dos puntos de apoyo muy relevantes para abordar el alcance y las limitaciones del principio de intermediación en la segunda instancia del proceso penal colombiano. En primer lugar, los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia del fallo condenatorio que le asiste al condenado no dicen nada en relación con práctica probatoria alguna, motivo por el cual ese aspecto queda librado a la normatividad interna de los distintos estados. Y en segundo lugar, la repetición de la prueba y la práctica de nuevas pruebas en segunda instancia se regula con independencia del sistema procesal al que se encuentre adscrito un proceso penal particular.

Sobre esa base, importa destacar la forma como el sistema jurídico colombiano ha regulado la segunda instancia en el proceso penal. En tal dirección, se tiene:

1. *La Constitución Política*

El artículo 29.4 de la CP ordena que “*Quien sea sindicado tiene derecho [...] a impugnar la sentencia condenatoria*”. A su vez, el artículo 31 dispone: “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*”.

La interpretación armónica de esas disposiciones superiores permite advertir que la segunda instancia comprende la apelación y la consulta; que la apelación procede respecto de toda sentencia judicial, es decir tanto absolutorias como condenatorias; que se encuentran legitimados para recurrir el imputado y las demás partes e intervinientes con interés para impugnar; que el legislador está habilitado para fijar excepciones a la facultad de recurrir toda sentencia judicial y que la competencia del superior está limitada por la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único. Aparte de ello, la Constitución no consagra, como contenido del derecho a la impugnación, apelación o consulta del fallo, la posibilidad de repetir pruebas en segunda instancia, ni tampoco la de practicar pruebas nuevas. Luego la concreción de esta temática quedó relegada al legislador.

Un aspecto de interés en este punto viene determinado por el hecho de que el constituyente le asignó a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento de altos servidores estatales y la investigación y el juzgamiento de los miembros del Congreso (artículo 235, numerales 3, 4 y 5 de la CP) y que estas actuaciones que se han sometido a un proceso de única instancia (CP, artículos 178.3 y 174, y Ley 600 de 2000). Si bien este régimen es problemático, dado que Colombia, al momento de suscribir el PIDCP y la CADH, no hizo reserva alguna en cuanto al alcance del derecho a la segunda instancia, nada se opone a que esas competencias, en su integridad, se mantengan en la Corte Suprema de Justicia pero previendo una segunda instancia y, en relación con los miembros del Congreso, además, con separación de las funciones de investigación y juzgamiento, de la misma manera en que funciona, por ejemplo, la Corte Penal Internacional¹³.

2. *El Código de Procedimiento Penal*

Según los artículos 20 y 176 a 179 del CPP, salvo las excepciones previstas, son apelables la sentencia condenatoria o absoluta y los autos que se profieran durante el

¹³ Esta es una forma de cumplir las exigencias impuestas por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-548-08 (MP: NILSON PINILLA), en el sentido de separar las funciones de investigación y juzgamiento en los procesos adelantados contra los miembros del Congreso.

desarrollo de las audiencias, que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de pruebas o que tengan efectos patrimoniales. Además, está proscrita la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único; se han previsto los efectos en que procede el recurso y se ha indicado el trámite a que hay lugar en cada caso.

En tal dirección, el trámite a que se somete la apelación de las sentencias consiste en escuchar la sustentación del recurso por el apelante y oír a las partes e intervinientes no recurrentes, luego de lo cual, dentro de los diez días siguientes, se da lectura al fallo.

Como es evidente, de este régimen legal se infiere que pueden recurrirse tanto las sentencias condenatorias como absolutorias y que se encuentran legitimadas para impugnar las partes e intervinientes. En esto existe una diferencia entre lo ordenado por los instrumentos internacionales de derechos humanos y lo previsto en el sistema jurídico colombiano ya que en tanto aquéllos han circunscrito el derecho a la apelación a las sentencias condenatorias, en éste el recurso procede respecto de “*toda sentencia judicial*”, lo que incluye los fallos absolutorios.

Por lo expuesto, al sistema procesal penal colombiano le son formulables los reparos que, en otros contextos, se dirigen contra esa concepción: En los casos en que se ha proferido una absolucón y ésta, por virtud de la apelación, se trastoca en una condena, se estaría desconociendo el principio *non bis in idem* ya que el acusado inicialmente fue absuelto y luego fue condenado por un juez diferente. De todas formas, esta percepción es discutible pues, ya que el proceso penal moderno genera espacios de protección no solo para los derechos del acusado, sino también para los de las víctimas, éstas tendrían legitimidad para impugnar un fallo absolutorio que frustre la realización de los fines superiores del proceso. Con mayor razón si, como lo ha indicado la jurisprudencia, excluir esa posibilidad puede resultar contrario a la garantía constitucional de la doble instancia, al derecho al acceso a la administración de justicia, a los derechos de las víctimas y al imperativo de lograr la vigencia de un orden justo¹⁴.

Además de lo indicado, es claro que en segunda instancia no hay práctica probatoria alguna. Es decir, si bien el Estado colombiano no tenía el deber de concebir una segunda instancia con práctica probatoria y a pesar de que el legislador contaba con la facultad de disponerlo así, se consagró un régimen procesal que no previó esa posibilidad. De este modo, en Colombia se tomó una decisión político-criminal similar a la adoptada, en su momento, en países como Estados Unidos y España, en los que no está legalmente prevista la práctica de pruebas en esa sede.

Esa decisión del legislador puede ser discutible, pero no cabe duda de que es legítima pues se indicó ya que ni los instrumentos internacionales de derechos humanos,

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-047-06 (MP: RODRIGO ESCOBAR GIL).

ni la Constitución Política, ni los sistemas procesales anglosajón y continental europeo conducen, de manera inexorable, a concebir una segunda instancia con práctica probatoria. Desde luego, quedan para la reflexión las implicaciones que hacia futuro puedan reconocérsele en la ley y en la jurisprudencia a la doctrina que se abre paso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de acuerdo con la cual se precisa de la repetición de las pruebas en segunda instancia cuando se trata de la apelación de sentencias absolutorias.

B. Consecuencias

Precisado el anterior contexto, esto es, la improcedencia de la práctica de pruebas en la segunda instancia de las sentencias proferidas en el proceso penal colombiano, se impone determinar las consecuencias sobrevinientes. En tal dirección, se tiene lo siguiente:

1. El principio de inmediación se flexibiliza en segunda instancia pues el superior no puede repetir las pruebas, ni practicar otras nuevas. En lugar de ello, debe resolver con base en el examen de los registros de las audiencias practicadas en primera instancia. Esta situación tiene serias implicaciones ya que, por ejemplo, se precisa de adecuados sistemas de registro, aseguramiento y reproducción de lo sucedido en las audiencias que le permitan al superior conocer el debate probatorio y, sobre esa base, establecer si fue correcta o no la valoración realizada por el *aquo*.

2. Si bien no existe inmediación del superior sobre la práctica probatoria, ese principio sí se cumple respecto de la intervención de los recurrentes y no recurrentes. Es decir, las partes e intervinientes tienen la facultad de exponer sus argumentos ante el superior con miras a la revocatoria o el mantenimiento de la decisión recurrida y éste tiene el deber legal de escucharlos y de tenerlos en cuenta en la decisión a proferir.

Como lo enseña la experiencia judicial, una cosa es que el superior se limite a leer o remitir un memorial de impugnación, como sucedía antes, y otra muy distinta que la parte o interviniente tenga la oportunidad de formular directamente su solicitud y de exponer los argumentos en que se apoya ante la autoridad que va a resolver, pues esta última práctica no solo es compatible con los principios de oralidad y publicidad que rigen los sistemas procesales contemporáneos, sino que, además, suministra la oportunidad de incidir en la manera como se ha de decidir el recurso. Con mayor razón si, después del alegato de cierre, el alegato de sustentación de un recurso o de oposición a él constituye el segundo ejercicio argumentativo del juicio y si en él se puede resaltar la contrariedad o uniformidad que se presenta entre las pruebas practicadas y la decisión recurrida.

Desafortunadamente, en contextos como el colombiano aún no se tiene conciencia de la importancia de esta atribución de los recurrentes y no recurrentes e incluso se echa

de menos la época en que la sustentación de los recursos se hacía mediante la presentación de memoriales.

3. Los fundamentos probatorios para decidir el recurso de apelación son los mismos del juez de primera instancia. Es decir, se trata de determinar la corrección o incorrección jurídica de la sentencia pero con base en los mismos medios de conocimiento que el juez de primer grado tuvo a su disposición. De admitirse otros nuevos, aparte de correr el riesgo de afectar la estructura probatoria del proceso, se violaría el principio de lealtad procesal ya que cabría la posibilidad de que la decisión se revoque con base en elementos de juicio que el *aquo* no tuvo a su alcance¹⁵.

4. A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde, como regla general, el recurso de apelación sólo legitima al superior para determinar la validez de lo actuado y puede generar un nuevo juicio, lo que es lógico en un contexto en el que la decisión sobre la inocencia o responsabilidad del acusado la toma el jurado, en Colombia, de manera similar a como sucede en España, el recurso de apelación no constituye sólo una instancia de revisión de la validez del proceso, sino también un escenario idóneo para determinar la corrección de los fundamentos tanto fácticos, y en consecuencia probatorios, como jurídicos de la decisión¹⁶. Esta postura, que se inclina por reconocerle una amplia competencia del superior que resuelve el recurso de apelación, se muestra razonable, pues:

4.1. Es más compatible con los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia: Cuando una persona ejerce su derecho a apelar la condena impuesta en su contra, no solo aspira a que se verifique la validez de la actuación, sino a que, sobre el supuesto de un proceso válido, el superior se pronuncie sobre la viabilidad de la declaratoria de responsabilidad penal. Es decir, el recurrente aspira a que el superior del juez de primer grado determine si la prueba practicada en el juicio verdaderamente acredita la estructura típica del comportamiento por el que se procede y si desvirtúa, más allá de toda duda razonable, la presunción de inocencia del acusado. En ello consiste la garantía que le asiste al condenado en primera instancia ya que si la competencia se circunscribiera a la determinación de la validez del proceso, en estricto sentido no

15 Sobre este tema, resulta muy pertinente esta consideración de la Corte Suprema de Justicia: “*El principio de legalidad en materia probatoria, advirtió la Sala en uno de los antecedentes citados, comporta la oportunidad para aducir los medios de convicción; y si el Ad-quem en el recurso de apelación únicamente puede analizar la decisión de primer grado con base en las pruebas incorporadas con antelación por el A-quo, con mayor razón, en sede del recurso extraordinario, la Sala de Casación Penal debe sujetarse a examinar los debatido en las instancias. En eventos de pruebas surgidas con posterioridad al fallo, es la propia normatividad la que prevé la posibilidad de su examen a través de la acción de revisión, siempre y cuando se reúnan las condiciones para su viabilidad*” (sentencia del 23 de enero del 2008 [radicado 28.301; MP: SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ]).

16 Como lo destaca la doctrina, “*Dado que estamos en un sistema de civil law, la valoración de la prueba es controlable por un juez superior, tanto en apelación, sin límites, como en casación, con límites*”. GÓMEZ COLOMER (COORD.). *Prueba y proceso penal*, cit., p. 13.

habría segunda instancia sobre la condena impuesta por el juez de primer grado pues, acreditada esa validez, su decisión se tornaría definitiva.

4.2. En la cultura jurídica colombiana, aunque con límites obvios, la valoración probatoria no ha sido ajena a los medios de impugnación de las decisiones judiciales. Así, el superior puede decidir la apelación pronunciándose sobre la validez de la actuación y sobre la procedencia de la absolución o la condena con base en las pruebas practicadas en primera instancia¹⁷; el recurso extraordinario de casación se puede interponer por violación del régimen legal de la prueba¹⁸, que, a su vez, haya implicado la violación indirecta de la ley sustancial, y, además, la acción de tutela contra decisiones judiciales, en tanto mecanismo de protección de los derechos fundamentales, procede también por manifiesto desconocimiento de las reglas de valoración probatoria¹⁹.

En estas condiciones, concurren razones, ligadas al alcance del derecho a recurrir la condena que le asiste al condenado y a la impugnabilidad de la valoración probatoria, que justifican que al superior que decide el recurso de apelación se le reconozca la facultad de determinar la corrección o incorrección de los fundamentos fácticos del fallo impugnado.

5. Para concluir este acápite se debe resaltar que existe la posibilidad de que el legislador, hacia futuro, conciba una segunda instancia con práctica de pruebas pues esto no resultaría contrario a los instrumentos internacionales de derechos humanos, ni tampoco a los sistemas procesales contemporáneos y a la Carta Política. No obstante, lo que es evidente es que, en caso de hacerlo, el legislador deberá respetar la nueva estructura probatoria del proceso penal consagrada en la Constitución e integrada, entre otras cosas, por la regla de exclusión de la prueba ilícita, los deberes probatorios impuestos a la fiscalía y los principios probatorios del juicio.

17 Como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, “[...] *el 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 pruebas de manera directa*”. Sentencia del 30 de enero de 2008 (radicado 27.192; MP: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN).

18 Según el artículo 181.3 del CPP, el recurso extraordinario de casación procede por “*El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre la cual se ha fundado la sentencia*”.

19 “La doctrina constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales por haberse incurrido en vía de hecho en la valoración probatoria es sumamente clara, exige que se hayan dejado de valorar pruebas legalmente aducidas al proceso, o que en la valoración de las pruebas legalmente practicadas se haya desconocido manifiestamente su sentido y alcance y, en cualquiera de estos casos, que la prueba sobre la que se contrae la vía de hecho tenga tal trascendencia que sea capaz de determinar el sentido de un fallo. Sólo bajo esos supuestos es posible la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, de manera que cuando los mismos no satisfagan estas exigencias, no procede el amparo constitucional pues se trata de situaciones que se sustraen al ámbito funcional de esta jurisdicción”: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-066-05 (MP: RODRIGO ESCOBAR GIL).

C. Supuestos ilegítimos de aducción de pruebas en segunda instancia

Como se sabe, mediante las pruebas se introduce información al proceso y la parte que las aporta alienta la pretensión de que determinen la decisión del juez. Con todo, esa información no se puede introducir de cualquier manera, sino con estricto respeto de la dinámica probatoria; con mayor razón en contextos como el nuestro, en el que la estructura probatoria del proceso penal ha sido objeto de detenido desarrollo constitucional.

En efecto, como se indicó al inicio de esta exposición, de la estructura básica del proceso penal colombiano hacen parte los nuevos alcances de la regla de exclusión de la prueba ilícita consagrada en el artículo 29.5 de la CP, los principios probatorios del juzgamiento, previstos en el artículo 250.4 y los deberes de aseguramiento y descubrimiento de los medios de conocimiento, consagrados en los artículos 250.3 y 250.9. Por este motivo, y por razones adicionales ligadas a los estándares mínimos impuestos por la comunidad internacional al proceso penal de hoy, existe una sola forma legítima de introducir información a un proceso penal y ella consiste en hacerlo con estricto respeto de esos principios y deberes superiores.

La necesaria consecuencia de ese régimen constitucional es la proscripción del conocimiento privado del juez o de las partes como fuente de información en relación con los hechos sometidos a juzgamiento. Esto es comprensible: si sólo es prueba la que se produce en la audiencia del juicio oral, el particular conocimiento del juzgador, del acusado, del fiscal, de la defensa o de otros intervinientes no es una fuente legítima de información. Y esto por la sencilla razón de que, al ser un conocimiento privado, no respeta los principios probatorios ni la dinámica del juicio. Es más: los contraría de forma manifiesta.

Ahora bien: Las partes, en sus intervenciones, pueden introducir su conocimiento privado al proceso no solo en primera instancia, sino también en segunda. Por ello, los tribunales deben obrar con suma diligencia para impedir que las partes incurran en conductas constitutivas de supuestos ilegítimos de aducción de pruebas. Así ocurre, por ejemplo, en casos como los que a continuación se indican:

1. *La intervención del acusado en la audiencia de debate oral*

Es claro que el acusado es titular del derecho a guardar silencio y también del derecho a declarar en su propio juicio y a hacerlo sin implicaciones penales en su contra, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional²⁰. No obstante, en caso de hacerlo debe obrar con respeto de la estructura probatoria del proceso penal, de tal forma que si bien tiene derecho a decidir si declara o no hasta el momento en que ha escuchado

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-782-05 (MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA).

la prueba de cargo de la fiscalía, punto en el cual la jurisprudencia colombiana²¹ sigue la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos²², también lo es que debe someter su testimonio a los principios probatorios del juicio y, entre ellos, al de contradicción.

De acuerdo con lo expuesto, si el acusado, ante el juez de primera instancia, hizo uso de su derecho a guardar silencio, el tribunal debe tener mucho cuidado para que su intervención como recurrente o no recurrente no se aproveche como una oportunidad para rendir su versión de los hechos pues esto equivaldría a rendir testimonio sin prestar juramento, sin haber ofrecido esa prueba, sin que se haya decretado y sin reconocimiento del derecho de contradicción de la fiscalía. Es decir, el tribunal debe obrar con suma diligencia para evitar que el acusado introduzca al juicio su conocimiento privado y para que él incida en la decisión que se va a tomar.

Por lo tanto, si bien el acusado tiene derecho a sustentar directamente el recurso por él interpuesto o a intervenir como sujeto procesal no recurrente, su intervención se circunscribe a lo que es objeto del recurso pero no constituye una oportunidad idónea para introducir información al proceso. Para ello contaba con un espacio procesal expedito ante el juez de primer grado que, una vez desaprovechado, no puede pretender generar en segunda instancia.

Desde luego, el límite entre el conocimiento privado del acusado y la intervención a que tiene derecho como recurrente o no recurrente, no siempre es claro. De todas formas, el tribunal puede atenerse a criterios de razonabilidad para permitir que el acusado ejerza ese derecho pero para que lo haga sin desconocer la estructura probatoria del proceso penal pues ésta resulta vinculante, tanto por haber sido consagrada en la Constitución como por haber sido desarrollada por la ley.

Ahora, si el acusado declaró en su propio juicio, la situación es diferente pues entonces no se trataría de un supuesto de introducción de información al proceso, sino de un caso de reiteración de una información ya conocida, lo que si bien podría comportar una irregularidad, por ejemplo, dada la imposibilidad de la fiscalía de contradecir, no sería tan grave como la situación expuesta en precedencia. De todas maneras, el tribunal debe ser muy cuidadoso pues debe evitar que el acusado introduzca nueva información ya que ese sería un conocimiento privado, no validado por el respeto de la estructura probatoria del proceso penal y en este caso fundamentalmente por el derecho de la fiscalía a contrainterrogar al acusado en relación con esa nueva información.

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL. Auto del 26 de octubre de 2007 (radicado 27.608).

22 CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Brooks vs. Tennessee*, 1972.

2. *La intervención de la defensa, la fiscalía, el apoderado de la víctima y el ministerio público en la audiencia de debate oral*

Otro supuesto ilegítimo de introducción de información al proceso se presenta con ocasión de la intervención de la defensa, la fiscalía, el apoderado de la víctima y el ministerio público en la audiencia de debate oral surtida ante el tribunal.

La situación es muy delicada cuando se trata de la fiscalía y la defensa. Como se sabe, ellas pueden desplegar actos de investigación que les permitan obtener elementos materiales probatorios. Sin embargo, esos elementos deben introducirse mediante testigos de acreditación para no generar situaciones susceptibles de afectar la estructura probatoria de proceso. Por ello, es llamativo que en ocasiones, sobre todo los defensores, pretendan introducir directamente esos elementos al juicio surtido ante el *aquo*, surgiendo así la posibilidad de que funjan como testigos de acreditación. Esta consecuencia es muy problemática pues no solo conduciría a tener que sentar a los defensores en el estrado de los testigos, sino que, además, supondría que a la fiscalía le asistiría el derecho de conainterrogarlos. De allí que resulte razonable la postura que adoptan los jueces al impedir esa práctica.

No obstante, ha ocurrido que los defensores pretenden aprovechar la audiencia de debate oral surtida ante el tribunal para introducir esa información bien sea en la sustentación de los recursos por ellos interpuestos o en su intervención como no recurrentes. Desde luego, los juzgadores de segundo grado deben obrar con suma diligencia para evitar que esa pretensión se materialice pues, de ser así, se afectaría de forma grave la estructura probatoria del proceso.

Finalmente, no obstante que las facultades probatorias del apoderado de la víctima y del ministerio público son muy restringidas dado que aquél solo puede ejercerlas a través de la fiscalía y las de éste son excepcionales, cabe la posibilidad de que en la audiencia de debate oral pretendan introducir nuevos medios de conocimiento, postura que, como se ha indicado, deberá ser rechazada por los tribunales por ser, la segunda instancia, ajena a práctica probatoria alguna.

3. *Aporte de nuevos medios de conocimiento para apoyar peticiones de subrogados o sustitutos penales*

Como se sabe, una vez anunciado el sentido condenatorio de un fallo, se surten los traslados del artículo 447 del CPP con el fin de que las partes suministren elementos de juicio que puedan ser tenidos en cuenta por el juzgador al momento de la graduación de la pena y de la estimación de la procedencia de subrogados o sustitutos penales. Como es obvio entenderlo, esa es la oportunidad procesal para que la fiscalía y la defensa aporten medios de conocimiento susceptibles de incidir en esas decisiones. No obstante, ocurre que algunos defensores desaprovechan esa oportunidad y, ante la negativa de subrogados o sustitutos penales, pretenden aprovechar la audiencia de

debate oral ante el tribunal para introducir esos medios de conocimiento con el fin de lograr la revocatoria de la decisión recurrida.

Esa situación es problemática ya que, por un lado, cada parte se encuentra en el deber de aportar ante el juez de primera instancia las pruebas relevantes para las consecuencias punitivas de la declaratoria de responsabilidad penal y, por otro, se indicó ya que en la segunda instancia del proceso penal colombiano no hay lugar a práctica probatoria y que por este motivo la corrección o incorrección jurídica de la decisión tomada debía determinarse con base en los mismos elementos de juicio que tuvo a su disposición el juez de primer grado. Es más: se destacó que no sería consecuente con el principio de lealtad procesal que el superior revocara la decisión impugnada con base en elementos que el *aquo* no conoció.

Por las razones indicadas, es comprensible la alternativa por la que optan los tribunales al no permitir que en segunda instancia se aduzcan pruebas que debieron ponerse en conocimiento del *aquo*, pues el recurso de apelación no suministra un espacio procesal para corregir la incuria de las partes. Con todo, en aquellas situaciones en que se acredite que se hicieron esfuerzos razonables para conseguir esos medios de conocimiento, sin que ello haya sido posible, podría hacerse una excepción ya que entonces concurriría un motivo que justificaría su admisión y su consideración en la decisión por proferir.

V. CONCLUSIONES

1. La columna vertebral del nuevo proceso penal colombiano está determinada por una verdadera revolución probatoria que impone una ruptura definitiva con el denominado principio de permanencia de la prueba y que exige apoyar la sentencia únicamente en la prueba practicada en el juicio con estricto respeto de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración.

2. Esa perspectiva presenta varias matizaciones ya que admite situaciones excepcionales en las que se pueden aducir pruebas practicadas fuera del juicio; no determina la dinámica de las audiencias preliminares cumplidas ante los jueces de control de garantías, se flexibiliza en las aceptaciones de cargos y negociaciones y preacuerdos y su alcance resulta limitado cuando se trata de la segunda instancia de las audiencias preliminares y del juicio.

3. Los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia del fallo condenatorio que le asiste al condenado no dicen nada en relación con práctica probatoria alguna, motivo por el cual ese aspecto queda librado a la normatividad interna de los distintos estados. De todas maneras, es claro que de acuerdo con ellos y su interpretación autorizada, la competencia del superior se extiende a los aspectos tanto jurídicos como fácticos, y en consecuencia probatorios, del fallo recurrido.

4. La repetición de la prueba y la práctica de nuevas pruebas en segunda instancia se regula con independencia del sistema procesal al que se encuentre adscrito un proceso penal particular. Así, en Inglaterra, Alemania e Italia ello es permitido, indistintamente de que aquélla se rija por el modelo anglosajón y éstas por el modelo continental europeo. En sentido contrario, Estados Unidos y España no prevén esa práctica y ello es así independientemente de la inclinación anglosajona del sistema procesal de aquél y de la tendencia continental europea de la última. No obstante, reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encuentra incompatible con el derecho a un juicio justo la revocatoria de una sentencia absolutoria sin haber escuchado al acusado y a los testigos que comparecieron ante el juez de primer grado.

5. En el sistema procesal penal colombiano son apelables las sentencias condenatorias y absolutorias, se encuentran legitimadas para recurrir las partes e intervinientes y en el trámite de la segunda instancia no hay lugar a repetir las pruebas, ni a practicar otras nuevas. Frente a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la estructura de los sistemas procesales contemporáneos, se trata de una decisión político-criminal coherente. Con todo, queda por establecer la asimilación que se hará, en la ley y en la jurisprudencia, de la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6. El principio de inmediación se flexibiliza en segunda instancia pues el superior no repite las pruebas, ni practica otras nuevas, pero se cumple respecto de las intervenciones de los recurrentes y no recurrentes; los fundamentos probatorios para decidir el recurso de apelación son los mismos del juez de primer grado, y el recurso de apelación no constituye sólo una instancia de revisión de la validez del proceso, sino también un escenario idóneo para determinar la corrección de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión. Esta postura es compatible con los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia y es coherente con el hecho de que en la cultura jurídica colombiana, aunque con límites obvios, la valoración probatoria no ha sido ajena a los medios de impugnación de las decisiones judiciales.

7. Existe la posibilidad de que el legislador, hacia futuro, conciba una segunda instancia con práctica de pruebas, pero, en caso de hacerlo, deberá respetar la nueva estructura probatoria del proceso penal consagrada en la Constitución y regular la manera como esas pruebas han de ser descubiertas, ofrecidas, ordenadas, practicadas y contradichas por la contraparte.

8. Los tribunales deben obrar con suma diligencia para impedir que las partes incurran en conductas constitutivas de supuestos ilegítimos de introducción de información al proceso, tal como ocurre con la intervención del acusado en la audiencia de debate oral, sobre todo cuando no ha declarado como testigo en su propio juicio; con la intervención, en esa misma audiencia, de la defensa, la fiscalía, el apoderado de la víctima y el ministerio público y con la pretensión de aportar nuevos medios de conocimiento para apoyar peticiones de subrogados o sustitutos penales negados en primera instancia.

BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, GABRIEL IGNACIO et al. “El sistema procesal penal de Inglaterra y Gales”, en EDMUNDO S. HENDLER (dir.). *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

CHIAVARIO, MARIO. “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano. Temas y problemas”, en JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (coord.). *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

CORDERO, FRANCISCO. *Procedimiento penal*, t II, Bogotá, Temis, 2000.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985.

HENDLER, EDMUNDO S. (dir.). *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO y LEÓN GARCÍA-COMENDADOR ALONSO. *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

MORILLO M., AUGUSTO. *La prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

MORENO CATENA, VÍCTOR. “El proceso penal español: algunas alternativas para la reforma”, en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, 2002.

MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2006.

O'DONNELL, DANIEL. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

PIZZI, WILLIAM T. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Madrid, Tecnos, 2004.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-066-05.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-047-06.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS. *Brooks vs. Tennessee*, 1972.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL. Auto del 26 de octubre de 2007 (radicado 27.608).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 23 de enero de 2008 (radicado 28.301).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 30 de enero de 2008, radicado 27.192.