

Juicios orales telemáticos y Debido Proceso Probatorio de Partes (DPP) a la deriva

*César Augusto Reyes Medina**

Resúmen: La implementación en LA de sistemas procesales penales con tendencia acusatoria y la incursión de las tecnologías y la IA nos ha llevado y seguirá llevando al debate acerca de la relación conceptual y teleológica, entre objeto del proceso penal, prueba penal y verdad, a su vez con el rol de las partes a quienes se confía la investigación y determinación de los hechos y la gestión de la prueba y por supuesto con el papel del juez encargado de la resolución imparcial, pronta, efectiva y racional del conflicto. Un DPP que demanda “unos métodos epistemológicos óptimos o deseables de investigación de los hechos” que le permitirá al juez decidir a partir de criterios de corrección que no necesariamente de verdad. Vale advertir las implicaciones en sede de derechos y garantías que conlleva la incursión y normalización de los juicios zoom y por esta vía la mediación telemática.

Palabras clave: Proceso, dilemas, verdad, prueba, partes, juez, acusatorio, juicios zoom, criterios de corrección, principios, sesgos.

Abstract : The implementation of accusatory criminal procedural systems in Latin America, along with the incorporation of technology and AI, has led and will continue to lead to debates regarding the conceptual and teleological relationship between the object of the criminal process, criminal evidence, and truth. This is closely tied to the roles of the parties responsible for investigating and determining the facts, managing the evidence, and, of course, the role of the judge tasked with impartially, promptly, effectively, and rationally resolving conflicts. A criminal procedural system demands “optimal or desirable epistemological methods of investigating facts,” which will allow the judge to decide based on criteria of correctness that do not necessarily equate to truth. It is important to note the implications for rights and guarantees brought about by the introduction and normalization of Zoom trials and, through this, telematic mediation.

Key words: Process, dilemmas, truth, evidence, parties, judge, accusatory, Zoom trials, criteria of correctness, principles, biases.

* Magistrado Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Colombia.

En los tiempos actuales, de franca devoción por el uso de las tecnologías, y de culto a los datos y al funcionalismo a cualquier costo, bienvenidos estos espacios académicos, que permiten la libertad de efectuar algunos planteos sin los eufemismos tan de moda y sin pretensiones más allá de dejar más cuestionamientos que respuestas. De la manera como lo percibo cada vez con mayor fuerza se nos presentan las **tensiones y los dilemas legales, éticos y morales**, acerca de cómo conciliar el uso de las herramientas tecnológicas y la vigencia de los derechos humanos propia del Estado Social democrático de Derecho, en la administración de justicia, con énfasis en el derecho probatorio, acorde al sistema procesal penal acusatorio colombiano, a no dudarlo claramente influenciado por el derecho angloamericano.

En clave de una aproximación racional a la resolución dilemática, parece por lo menos prudente apelar a la milenaria **sabiduría aristotélica del justo medio entre el exceso y el defecto**, en términos de Mauricio García Villegas, en El País de las emociones tristes, *“Ni una franqueza destructiva, ni una cortesía avasallante”*. En búsqueda del justo medio, debe partirse por admitir las bondades y ventajas que para la llamada **modernidad telemática** conlleva el uso de las tecnologías, empero sin privarnos de la libertad de señalar los riesgos ya evidenciados de cara a los derechos fundamentales inmersos en el **debido proceso probatorio**. Tal vez resultaría más cómodo un planteo pro justicia virtual a ultranza, empero tal como lo advierte García Villegas cuando por miedo o por cortesía, no decimos nada de lo que sentimos para no indisponer al otro, las relaciones se vuelven opresoras.

Muy seguramente antes de terminar el **siglo XXI** de seguirse imponiendo la selección natural de la que hablaba **Darwin, desde 1859** en el origen de las especies, a partir de la cual las que sobreviven, que no serán las más fuertes, ni las más inteligentes, sino las que se **adaptan mejor al cambio**, el mundo de la justicia será gobernado por la Inteligencia artificial.

De vuelta a la anunciada tensión, se ha planteado también en términos dilemáticos la **relación conceptual y teleológica entre objeto del proceso penal, prueba penal y verdad**, sin que a la hora de hoy haya una opción teórica uniforme, por el contrario, diferentes planteos que van desde atribuir al proceso penal poderes superiores para la búsqueda y obtención de la verdad, hasta su negación en esa concepción y asignarle atributo de instrumento para la resolución del conflicto incluso al margen de la *verdad*.

II. TRES CORRIENTES DE PENSAMIENTO SOBRE LA NATURALEZA Y FINES DEL PROCESO PENAL

Claramente pueden delinearse tres corrientes de pensamiento sobre la **naturaleza y fines del proceso penal**, una **primera**, que considera que la verdad existe de manera ajena al proceso, por eso, para hacer justicia, corresponde al juez encontrarla

y reconstruirla¹, tesis bien discutible como que parte de un “imposible filosófico” la demostración de verdades absolutas; una **segunda**, de quienes sostienen que la verdad desaparece totalmente como finalidad del proceso penal y pasa a ser algo contingente, porque puede alcanzarse o no mediante el proceso², asignando esta corriente de pensamiento una **finalidad restauradora al proceso penal**, como escenario que busca la resolución del conflicto acaecido con ocasión de la conducta punible (entendiendo que el proceso penal no tiene pretensiones cognoscitivas o científicas³); y una **tercera** corriente plantea que, la verdad en el proceso **penal es relativa** y que el objetivo de la prueba no es la búsqueda de lo sucedido, sino el convencimiento del juez⁴.

También diferentes, opciones teóricas acerca de la **relación prueba y verdad**, si es que realmente existe: **i)** Prueba como **certeza** acerca de los hechos?, **ii)** Prueba como **fijación formal** de los hechos?, **iii)** Prueba como **estado psicológico** de convencimiento del Juez acerca de los hechos?, **iv)** o admitir que la finalidad de la prueba es permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados facticos, para diferenciar **SER VERDAD** de ser **TENIDO POR VERDAD**, como lo plantea Jordi Ferrer.

Sobre las diferentes formas de verdad en el derecho penal, Foucault advertía:

“En realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de la regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, cree:

Que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen unas ciertas reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior de la verdad... para colegir que: En el derecho penal hay diferentes formas de verdad”⁵

En realidad, reconociendo nuestra condición de seres humanos debemos ser más modestos cuando atribuimos al proceso penal poderes superiores en la búsqueda de

¹ LORCA, N. A. M. “Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1986. P. 203 y ss. Afirma que “en el proceso penal se busca la investigación de toda la verdad y no solamente la verdad formal”.

² DÍAZ, C. J. A. “La Imparcialidad del Juez”. Granada, España, Editorial Comares, 1996. Al respecto, pueden consultarse los profesores italianos de la corriente racional empírica, tales como Goldschmidt, Baldwin y Langbein, en los principios de aportación de parte y acusatorio.

³ DAMASKA, M. “Presentation of Evidence and Factfinding Precision”, en U.Pa.L.R. 123, 1975. P. 1104 y ss.

⁴ ROXIN, C. “Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2000. P. 185. Afirma que probar “es convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho”.

⁵ FOUCAULT, M. “La Verdad y las Formas Jurídicas”. Barcelona, España, Editorial Gedisa, 1980. P. 17.

la verdad, parece más racional y civilizado aceptarlo y declararlo, como escenario democrático en el que se ventilen las aspiraciones de las partes (víctima y victimario) **y con apego a las reglas del debido proceso**, se logre una decisión que **resuelva de manera pronta, efectiva y racional el conflicto**, un escenario en el que las partes sean protagonistas al momento de sentenciar y adjudicar los hechos y el derecho, bajo el amparo de una concepción de justicia desde luego más restaurativa que meramente retributiva.

Hay que decirlo, no en pocos casos, es claro el **divorcio entre la verdad “fáctica” y las reglas del debido proceso probatorio**, que valga enfatizarlo pueden conspirar contra la reconstrucción de aquella.

Y es que, en la gestión de la prueba en el sistema penal acusatorio, claramente bajo reglas de exclusión, o de sanciones probatorias, se impone dejar al margen del proceso medios de prueba obtenidos de manera ilícita o ilegal, aun cuando estos hubiesen podido aportar la verdad de los hechos.

Repárese como, cada vez más, los sistemas procesales de corte acusatorio incorporan salidas alternas basadas en mecanismos consensuados de resolución de conflictos (preacuerdos, criterio de oportunidad, mediación, conciliación, reparación integral etc.) figuras que **terminan sacrificando “verdad” por la resolución pronta y efectiva del conflicto**.

En otros términos, dicho, si se privilegia el fin restaurador del proceso penal (instrumento para la resolución del conflicto) la búsqueda de la verdad de los hechos recae en el interés de las partes, quienes, al decir de Taruffo, al ser actrices de primera línea conocen la naturaleza y antecedentes del conflicto derivado de la comisión de la conducta punible⁶.

De aceptarse la tesis que plantea que, el fin primordial del proceso penal es la búsqueda de la verdad, tendríamos que colegir que las **garantías procesales** se erigen en su principal limitante, como debe ser, en todo Estado que se proclame Social democrático de Derecho, dado que estas constituyen **barreras infranqueables** para la contención del abuso en el ejercicio del *uis puniendi*. De hecho, la aspiración suprema de toda sociedad civilizada radica en poder diseñar sistemas procesales que armonicen derechos, libertades y valores superiores para la impartición de la justicia penal, en los cuales esté proscrito todo método autoritario que lesione el debido proceso **so pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad**.

El sistema adversarial “sistema de enjuiciamiento en el que el desarrollo del proceso es controlado por las partes y el juez se mantiene esencialmente pasivo”⁷,

⁶ TARUFFO, M. “*Note per una riforma*”, 1978. Cit, pp.241s.; Saltzburg, “*The Unnecessarily Expanding, Role of the American Trial Judge*”, En Virg. L. R. 64, 1978. P. 11. La búsqueda de la verdad no puede ser el objeto de un proceso que pretende solucionar conflictos.

⁷ DAMASKA, M. “*El derecho probatorio a la deriva*”. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2015. P. 83.

tendría unas consecuencias tanto en la **determinación de los hechos, como en el proceso de gestión de la prueba.**

Dado que los litigantes y sus abogados deciden que hechos serán objeto de prueba y se encargan de la búsqueda del material probatorio preparándolo para su uso en juicio, **en general se entiende un proceso conducido por las partes.** Se cuestiona por ejemplo por Mirjan Damaska, *al hablar del derecho probatorio a la deriva*, en perspectiva del derecho angloamericano, si dejar estas responsabilidades o actividades procesales a las partes, afectan los fundamentos propios de las pruebas y si las investigaciones fácticas impulsadas por estas, en su propio interés, provocan un alejamiento del modelo ideal de investigación que aspira a un conocimiento objetivo.

Ahora bien, el impacto del **control de las partes** sobre la investigación de los hechos, en términos del mismo autor, **puede generar polarización de los medios de prueba**, obedeciendo a los particulares intereses de estas, bajo cuya concepción se explica la renuencia de los jueces angloamericanos a llamar de oficio a testigos.

Pienso que, bajo una concepción de proceso penal, distanciado cada vez más del ideario inquisitivo de la búsqueda de la verdad y más próximo a concebirlo como el **método civilizado, democrático, humanista y restaurador del conflicto** suscitado con ocasión de la comisión de la conducta punible, *es que se justifica y explica la razón de ser del debido proceso probatorio.* Menos aún, si como creo debemos consentir, el proceso penal de hoy no está diseñado a partir de la teoría de la verdad como correspondencia, o como método de conocimiento objetivo de los hechos.

Claramente, nuestro modelo procesal traspoló del derecho angloamericano la esencia de las reglas de evidencia propias del derecho probatorio adversarial o de partes, de allí que **la jurisprudencia nacional venga advirtiendo que solo las partes incorporan los hechos al litigio**, y que los jueces no deben emprender actividades inquisitivas encubiertas nuevamente, *bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real.*

¿Como conciliar entonces la determinación adversarial de los hechos en un modelo de partes y la investigación racional a la que alude Damaska? Para quien “discutir lo que supone una investigación racional comporta necesariamente adentrarse en un laberinto de enormes problemas filosóficos. El descubrimiento de la verdad, implícita en la idea de investigación racional, presupone algún tipo de correlación entre nuestra concepción del mundo y el mundo mismo. En otras palabras, **presupone una variante de la teoría de la verdad como correspondencia.** Incluso, estas variantes de la teoría que presumen que el mundo es una construcción social (determinar la verdad es establecer una correspondencia entre los resultados de quien todo lo conoce y el mundo como construcción de la sociedad) en el ocaso del siglo XX están intelectualmente en discusión⁸⁷”.

⁸ Ibid. P. 101.

Más aun, los filósofos que siguen profesando que la *verdad* es una cuestión de *correspondencia con los hechos*, ya no se refieren a la correspondencia entre los enunciados y el mundo, sino más bien, a la correspondencia de unos enunciados con otros enunciados, ***es decir a la coherencia***, en la línea de pensamiento del filósofo americano Nelson Goodman.

Filósofo con grandes aportes a la teoría de la *confirmación de hipótesis*, al *estudio de los condicionales contrafácticos* y la *teoría relativista de la construcción de mundos*, en particular la influencia de los denominados *qualia*⁹, entendidos como cualidades sensoriales subjetivas de las experiencias individuales, concebidos como refutación del fisicalismo por su influencia en la percepción.

En la misma línea de pensamiento *si lo perceptual es una versión distorsionada de los hechos físicos, como lo físico es una versión artificiosa de los hechos percibidos o de los qualia*, deberíamos pensar en cómo establecemos lo que Goodman denominó ***criterios de corrección, que no verdad***.

Planteos filosóficos en punto al concepto de verdad, que permean la concepción que también se tenga acerca del ***objeto del proceso penal, el rol de las partes en la determinación de los hechos, la prueba penal y el papel del juez del juicio***, de cara a la obtención de la decisión judicial con estándares de razonabilidad y justeza.

Advertidos del relativismo acerca de la verdad, en favor del monopolio de las partes (acusación /defensa) en la investigación y determinación de los hechos y la formación y producción de los medios de prueba, puede aducirse que, estas son quienes realmente tienen acceso a la información acerca de lo que pudo ocurrir y promover bajo tal *conocimiento* salidas concertadas o preacordadas, en clara expresión de un proceso penal que tiene por objetivo central la resolución de los conflictos en el marco de una justicia restaurativa, tal como es adoptado por los países de common law.

Las responsabilidades asignadas a las partes en un sistema adversarial, en relación con la investigación, la determinación de los hechos y la gestión de la prueba penal, ***sí impone para estas, en el estado social y democrático de derecho, unas reglas, a partir de las cuales no todo vale, hay un DEBIDO PROCESO PROBATORIO***, que busca garantizar la justicia material en el caso concreto, en términos de Damaska, ***“unos métodos epistemológicos óptimos o deseables de investigación de los hechos”*** que minimice el riesgo de las decisiones *erróneas*¹⁰, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema en EE UU., o retomando a Goodman, ***imposición de criterios de corrección, que no verdad***, en clara coherencia epistemológica acerca de la naturaleza y fines del proceso judicial penal, marginada del tradicional paradigma que le atribuye a este poderes metafísicos en la búsqueda de la verdad.

⁹ Nuestras construcciones conceptuales. El mundo de nuestras vivencias y percepciones es diferente del mundo fisicalista.

¹⁰ Corte Suprema de los EEUU., *Addington v. Texas*, 44 US 418:426, 1979.

Errores que algunos fundan en las actuales reglas probatorias a las que no dudan en responsabilizar de los obstáculos en la obtención de la *verdad*, a manera de ejemplo el análisis de epistemología jurídica propuesto por Larry Laudan¹¹, para quien la cuestión principal es la **administración del error** (como reducir condenas falsas y absoluciones falsas)¹², y para quien además, el sistema estadounidense de justicia penal, *no es un sistema que hubiese diseñado alguien preocupado principalmente por encontrar la verdad de los delitos*, planteo al que debe replicarse que justamente ahí radica la diferencia sustancial entre cultura jurídica del common law y la continental europea tradicional, en punto a la concepción y fines del proceso penal, por un lado, se insiste, con clara orientación hacia la resolución del conflicto y el restablecimiento del derecho y por otro, la búsqueda a ultranza de la verdad.

Si se admite como se denuncia, que existe la posibilidad de que los elementos de hecho de la decisión judicial puedan ser susceptibles de ser falseados o distorsionados, a partir de asociarse los medios de prueba a los litigantes, **subyace la imperiosa necesidad de someter la prueba penal a los más altos estándares de confiabilidad**, en lo que creo se avanza con una rigurosa gestión de la misma, a partir de las reglas de prueba que la regulan en cada fase de su formación y producción.

De hecho, buena parte del derecho probatorio angloamericano se dedica a los **requisitos fundamentales** que deben cumplirse antes de que una fuente de información acceda al juicio: en nuestro medio el **debido proceso probatorio**, validado por reglas de evidencia que al estilo de una prelación lógica necesaria **van certificando la confiabilidad de los actos de investigación, los actos de prueba y la prueba penal**, en otros términos dicho, un proceso técnico de formación y producción de la misma, a partir de su búsqueda, aseguramiento, descubrimiento, ofrecimiento, decreto, práctica o incorporación, valoración y adjudicación, **reglas de prueba tales como: i)** licitud y de legalidad, **ii)** autenticidad, **iii)** pertinencia, conducencia y utilidad, **iv)** integralidad y objetividad del ente acusador al momento del descubrimiento, **v)** acreditación de testigos especializados, **vi)** conocimiento directo del testigo –carácter excepcional de la admisibilidad de la prueba de referencia–, **vii)** regla de la mejor evidencia, **viii)** regla del escaso valor probatorio, **ix)** regla del grave perjuicio indebido, **x)** regla prohibitiva de la prueba de oficio, **xi)** reglas de refutación probatoria en juicio, **xii)** reglas de examinación de testigos en juicio, **xiii)** reglas de objeciones, **xiv)** reglas de incorporación de medios de prueba en juicio, **xv)** reglas de valoración probatoria etc. **Debido proceso probatorio que desde luego incluye las conocidas sanciones probatorias de exclusión, rechazo e inadmisión.**

El diseño acusatorio del proceso penal, conlleva necesariamente cambios estructurales en la teoría general de la prueba, toda vez que el deber de establecer los

¹¹ Filósofo EEUU.

¹² LAUDAN, Larry. *“Verdad Error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica”*, Ed Marcial Pons, 2013. P. 317 y ss.

hechos del caso, como carga estatal, se ve compelido a los límites propios de lo que ha dado en denominarse el *debido proceso probatorio*, en virtud al cual se disponen reglas de evidencia que establecen metódicamente no solo las fases de formación o producción de los medios de prueba sino, esencialmente los **requisitos para su validez y eficacia de cara a la confiabilidad** de estos al momento de la adjudicación de los hechos y el derecho por parte del Juez.

En términos de Roxin *“La averiguación de los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos”*¹³.

En la línea de entendimiento con el profesor Ronaldo Emmanuelli Jiménez “El sistema de adversarios descansa en la premisa de que cada parte litigante tiene que recopilar y preparar evidencia que presentará al juez. El magistrado no puede intervenir directamente en el proceso de descubrimiento de pruebas como en los sistemas de Derecho Inquisitorial, en donde prácticamente lo dirigen. En el sistema de adversarios, la evidencia presentada por una parte puede ser impugnada o contradicha por la otra.

En sus términos, **esta pugna puede llevar a que las partes manipulen la evidencia** con la lamentable inclinación a utilizar todos los medios posibles para hacerlo, pudiendo llegar incluso hasta el extremo de la ilegalidad para servir a sus propósitos. Por esta razón, es necesario establecer unas reglas de juego que permitan la presentación de **prueba confiable y el descubrimiento de manipulaciones y perjurio de las partes**¹⁴.

Y es que “la prueba judicial se halla sujeta a regulación legal en diversos aspectos: la admisibilidad de los diferentes medios de prueba posibles, la formación de la prueba en el proceso, la valoración de la prueba producida y, por último, la exposición en el fallo de los juicios acerca de los hechos probados en el proceso”¹⁵.

Si se admite entonces el replanteo del papel de las partes en la determinación de los hechos que se someten al proceso penal y en la búsqueda, aseguramiento, descubrimiento, ofrecimiento y practica o incorporación de los medios de prueba, en el marco del sistema acusatorio colombiano, y a la vez la necesidad de someter la prueba penal a un *debido proceso probatorio*, bajo las reglas de evidencia y las sanciones también enlistadas, a manera de resguardos que potencien la confiabilidad de ésta, al momento de adjudicar los hechos y el derecho por el juez del juicio, **la reflexión se orienta hacia las implicaciones que pudiesen tener los ya denominados juicios zoom y por esta vía la mediación telemática**, de cara también a los principios propios del sistema adversarial.

¹³ ROXIN, C. *“Derecho Procesal Penal”*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2000. P. 190.

¹⁴ JIMENEZ, R. E. *“Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño”*, San Juan, Puerto Rico, Editora Corripio, 1.994. P. 25.

¹⁵ TARUFFO, M. *“La Prueba de los Hechos”*, Editorial Trotta, 2002. P. 15.

Ahora bien, desde un enfoque de justicia constitucional, la implementación de un nuevo modelo procesal penal en Colombia conllevó a que, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, se modificaran expresamente los artículos 116, 250 y 251 del texto constitucional¹⁶, con la finalidad de ingresar a nuestro ordenamiento jurídico una serie de principios que nos alejaran de un sistema procesal penal de corte inquisitivo y nos acercaran a un modelo procesal penal con tendencia acusatoria.

Empero, también, como es apenas lógico en una interpretación sistemática, tales modificaciones introducidas expresamente a los artículos 116, 250 y 251 del texto constitucional con la finalidad de implementar el modelo de proceso penal acusatorio, irradiaron otras normas de rango constitucional, y nos obligan a realizar una relectura de los principios básicos del debido proceso consignados en el mencionado artículo 29 de la Constitución Política. Verbigracia, en el sistema procesal penal acusatorio **«sólo se tendrá como prueba la practicada en el juicio oral, en presencia del juez y con todas las posibilidades de contradicción»**¹⁷.

Respecto a este tópico, nuestra Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005 consideró: **«Las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e intermediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral. En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales»**.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 2001 «al construir un modelo de proceso penal para la persecución y el juzgamiento de los delitos, el legislador no le es yá permitido desconocer el debido proceso y los principios para el ejercicio del ius puniendi legados de la tradición democrática y liberal, igualmente sancionados en la Carta Política y ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En consecuencia, no está habilitado para anular ni restringir sin estricta justificación constitucional la plenitud de las formas del proceso, los principios de la presunción de inocencia, estricta legalidad penal, juez natural, publicidad, imparcialidad, defensa técnica durante toda la actuación penal, doble instancia y prohibición de doble incriminación, prisión perpetua, destierro y confiscación, entre otros».

¹⁷ BEDOYA Sierra, Luis F. “La prueba en el proceso penal colombiano”. [En línea]. Colombia, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General De La Nación, 2008, [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>

En la actualidad, luego del transcurso de dos décadas de propiciarse tales cambios en nuestro ordenamiento jurídico, en un momento en que la jurisprudencia ha logrado decantar gran parte de ese abanico de principios rectores del modelo del proceso penal con tendencia acusatoria, el tema que convoca nuestra atención es la implicancia de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones en los principios rectores del modelo procesal penal acusatorio.

La cuestión es **si superado el principio de permanencia de la prueba** podemos asegurar que la prueba *practicada o incorporada en los juicios orales* en Colombia, a partir del uso de las tecnologías y herramientas virtuales, es confiable para un Juez, o si por el contrario conspira contra las reglas de evidencia que regulan el proceso de formación, producción y valoración de las mismas, esto es el debido proceso probatorio y el derecho que le asiste al acusado a tener **un juicio justo**.

Claramente la vulneración de derechos fundamentales y/o garantías procesales puede tener origen no solo con ocasión de la obtención de la fuente de prueba, vale decir el acto de investigación, en el ámbito extraprocesal, sino **también durante las fases de producción práctica o incorporación en el ámbito intraprocesal**, cuando no se han respetado los **resguardos constitucionales** propios del sistema acusatorio, contradicción, oralidad, publicidad e inmediación, todos con clara incidencia en el derecho fundamental al debido proceso probatorio y la presunción de inocencia.

En la praxis es evidente que, con ocasión de las audiencias virtuales de juicio oral, **el ritual judicial desde su genuina concepción social antropológica se ve reducida a su mínima expresión**. En términos del profesor Tedesco, el rito ha sido definido como un acto individual o colectivo que siempre, aún en el caso de que sea lo suficientemente flexible para conceder márgenes a la improvisación, se mantiene fiel a ciertas reglas que son, precisamente, las que constituyen lo que hay en él de ritual¹⁸.

Y agrega, tanto la sociología como la antropología **han revitalizado la función del ritual** al estudiar su influencia en las sociedades seculares. La fuente de inspiración ha sido Durkheim, en tanto vio **al rito como un elemento de comunicación que cumple una función integradora de valores**: la sociedad no es simplemente un conjunto de acciones, sino también una realidad moral que ejerce su influencia en las personas. Para él, los sentimientos sociales mantienen su fuerza y vitalidad por medio de prácticas rituales periódicas. Estos rituales marcan la vida social y proporcionan un marco de referencia específico para la expresión y la liberación de la emoción popular. Así, para el sociólogo francés, **los rituales de la justicia penal (es decir, el juicio público, la determinación de una sentencia, y la ejecución del castigo)** son la encarnación y representación formal de la conciencia colectiva al ser

¹⁸ TEDESCO, Ignacio. "El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural". Universidad de Barcelona, Editorial DIDOT, 2007. P. 148.

el mecanismo a través del cual la sociedad crea y regenera los valores compartidos que hacen posible la vida social.

Si desde la perspectiva antropológica **«los ritos constituyen el soporte más fijo en el que se puede basar un observador para describir y reconstruir un fenómeno social»¹⁹**, no cabe duda que si se adelantara un análisis minucioso de la significación global de la implementación de la telemática en la administración de justicia en el siglo XXI, fácil resultaría concluir que **el rito judicial ha mutado significativamente, tal vez al punto de eliminarlo**, muy a pesar de la solemnidad y majestuosidad que de hecho debe significar el escenario en particular de la Sala de juicio oral.

La audiencia de juicio oral esencia del sistema penal acusatorio, que por antonomasia ha de ser pública, oral, concentrada y regida por la intermediación y contradicción, al tener que llevarse a cabo durante la pandemia por medios telemáticos, **ahora con aspiraciones de no pocos de perpetuidad**, ha acarreado innegables dificultades para el ejercicio pleno de las garantías y derechos constitucionales del acusado, pero también para quien representa el ejercicio de la acción penal, especialmente, en lo que concierne a las talanqueras que se erigen para desarrollar un juicio absolutamente adversarial y contradictorio. Al punto que puede admitirse incluso que, en muchos de los casos, no estando precedida la práctica o incorporación de los medios de prueba, por ese debido proceso probatorio, **la adjudicación de los hechos y del derecho por el sentenciador no tendría una base probatoria confiable.**

No creo que, la idea de la **proximidad virtual propia de la justicia telemática** pueda suplir la percepción directa de la prueba en su trascendental fase de producción en juicio oral, por el contrario, la tele-audiencia reduce la posibilidad de desarrollar la dialéctica que debe existir entre las partes procesales y mengua notablemente la facultad del funcionario judicial para examinar al órgano de la prueba y su testimonio.

Con frecuencia además estos juicios telemáticos, **no garantizan** un adecuado, permanente y oportuno **ejercicio del derecho a la defensa** técnica, por obvias limitaciones de la virtualidad, la comunicación confidencial y debida asistencia legal durante el debate probatorio se ven francamente restringidas.

También, en perspectiva del **principio de intermediación**, los cuestionamientos acerca de su real concreción en los juicios orales telemáticos, no se hacen esperar. Repárese en que este principio en sus dos claras dimensiones busca en primera medida, asegurar que los medios de prueba por regla general, sean practicados y/o incorporados en la audiencia de juicio oral en presencia de quien finalmente sea quien profiera la sentencia; pero también se orienta a garantizar que el “El juez de

¹⁹ Ibid., P. 143.

conocimiento", forme su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, cuyo valor debe determinar conforme al sistema de la sana crítica y sólo en ella, su juicio de responsabilidad o no del acusado.

Tres factores constituyen el principio de intermediación: i) el primero, la proximidad entre el juez y lo que evaluará o a quienes evaluará²⁰; ii) el segundo, la inexistencia de intermediarios, bien fueren cosas o personas²¹; y, iii) la bilateralidad²², que supone la posibilidad del juzgador de percibir directamente la pruebas, y de valorarlas basado también en la dinámica probatoria propia de la refutación o contradicción.

El desafío para la autoridad judicial radica en determinar, si el hecho de que el declarante se encuentre distante del juzgador, lo cual descarta el requisito de la proximidad, ya que no se rendirá la declaración directamente ante él sino a través de una pantalla y la voz será reproducida mediante un sistema computarizado de sonido, **elimina el requisito de la percepción sin intermediación** y si constituyen, en definitiva, obstáculos para el uso de la teleaudiencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal²³.

En palabras de AMONI REVERÓN es innegable que las herramientas telemáticas han impedido tanto al interrogado como al interrogador **percibir en "tiempo real" la gestualidad o tono** en el que se emiten las preguntas y las respuestas, respectivamente, generando se le introduzca al testigo un factor adicional de presión o estrés, que no solo probablemente altera su memoria, sino que en muchos casos la anula, lo cual resulta letal para los resultados de la labor de instrucción²⁴.

Y es que, la observación del lenguaje no verbal²⁵ privilegia el sentido de la vista en esa relación que se traba entre declarante y juez de conocimiento durante la audiencia de juicio oral. No hay que dudarlo, las reacciones, el lenguaje corporal y gestos son el resultado de un reflejo emocional de la persona, se fundamentan una vez más en las reglas antropológicas que dominan nuestras acciones como especie humana²⁶.

²⁰ DEVIS Echandía, Hernando. *"Teoría general de la prueba judicial"*, 4a. ed., Bogotá, Dike, 1993, P. 129

²¹ Ídem.

²² GARDERES, Santiago. *"El principio de intermediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia"*, XVII Jornadas Iberoamericanas. XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, P. 744.

²³ AMONI Reverón, G. *"El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal"*, En: Rev. IUS vol.7no.31 Puebla, ene./jun, 2013.

²⁴ Tribunal Constitucional de la República de Chile, sentencia del 14 de enero de 2021 -Rol 9584-2020

²⁵ Tribunal Constitucional de la República de Chile, sentencia del 14 de enero de 2021 -Rol 9584-2020

²⁶ PEASE, Allan y PEASE, Barbara. *"El lenguaje del cuerpo, cómo interpretar a los demás a través de sus gestos"*, trad. de I. Murillo, Amat, Barcelona, 2006, P. 27.

Ya el Tribunal Constitucional de Chile en su fallo del **14 de enero de 2021**, re-saltó que «**inmediación significa ausencia de mediación, sea personal o mediante cosas, incluyendo la lectura y la tecnología**»²⁷ y advirtió como la videoconferencia probablemente mengua la potencialidad de observación o percepción del juez, pues en los *juizoom*²⁸ suele presentarse un conflicto entre lo que se dice y cómo se dice. Una es la información que transmite el cuerpo, y otra la que transmite el habla. La videoconferencia no suele permitirnos percibir el entorno ni las condiciones particulares del declarante en un momento determinado.

Desde esta perspectiva, **el juicio telemático puede resultar en una degradación del principio de inmediación**, en la medida que el mismo tal como lo advierte Mauricio Decap Fernández, “ordena que el tribunal del juicio perciba a través de sus propios sentidos, de forma directa, sin intermediarios, la información que proviene de la fuente directa donde ésta se encuentra registrada, de modo que no se produzcan mayores filtros interpretativos que el propio y esencial a la fuente de la prueba de que se trate”²⁹.

El uso de herramientas telemáticas en juicios orales puede impedir un examen integral de la prueba, toda vez que obstaculiza la comprobación del cumplimiento de la prohibición de lecturas e imposibilita, además, comprobar que un testigo está declarando sin ser forzado por terceros fuera del campo visual de la *webcam*.

Y qué no decir del evidente recorte del derecho estatuario de refutación probatoria, en el contexto de los ya populares juicios zoom, en el que se imposibilita el ejercicio oportuno de las objeciones, de la impugnación de credibilidad de testigos y de sus testimonios, del reconocimiento y autenticación de evidencias, en fin, del ejercicio del derecho de contradicción en todas sus manifestaciones.

Por fortuna y de manera muy reciente nuestra máxima instancia de control constitucional mediante la sentencia C-134 de 2023 optó al privilegiar y garantizar justamente la principalística del sistema adversarial, porque la audiencia de juicio oral en materia penal deba ser presencial.

No está en discusión que las denominadas Tics nos han presentado retos y oportunidades con ocasión de la pandemia, como tampoco que, para algunos, la telemática implica un gran desafío a su conocimiento y habilidades; mientras que, en criterio de otros tantos, más aun tratándose de los *millennials*³⁰, es una acción

²⁷ Tribunal Constitucional de la República de Chile, sentencia del 14 de enero de 2021 -Rol 9584-2020

²⁸ Tribunal Constitucional de la República de Chile, sentencia del 14 de enero de 2021 -Rol 9584-2020

²⁹ DECAP Fernández, Mauricio. “El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción”, En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N°36, México, 2014.

³⁰ La generación de los *millennials* está formada por todos aquellos jóvenes que llegaron a su vida adulta con el cambio de siglo, es decir en el año 2000. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/quienes-millennials-generacion-unica/>

intuitiva³¹ y mucho menos que las computadoras, los robots y la inteligencia artificial transforman nuestras vidas, nos obligan a replantearnos como humanidad, en la medida en que cambian el escenario en el que desarrollamos nuestras relaciones personales y laborales, o como bien se afirma mutan la forma de interacción humana.

Se presagia, las tecnologías llegan para quedarse, no se irán y por el contrario serán cada vez *más invasivas*, es una realidad. De vuelta a la reflexión inicial, la adaptación a ellas será factor determinante en la selección natural de sobrevivencia de la especie humana, al final, sin ánimo de ser apocalíptico, un proceso penal virtual, sin rito judicial, juicios telemáticos y decisiones robóticas, **una justicia gobernada por la inteligencia artificial**; empero mientras eso, se trata de minimizar las amenazas potenciales de cara al Estado Social Democrático de Derecho, riesgos que parten de reconocer que no hay tecnología neutra, que a menudo refuerzan la discriminación de comunidades históricamente excluidas, mujeres, negros, integrantes de comunidad LGBTQI+, indígenas, personas en condición de discapacidad, campesinos, incluso la misma población de personas privadas de su libertad.

Se requiere implementar una supervisión democrática del desarrollo tecnológico, a partir de la cual se garantice participación, privacidad/ confidencialidad, manejo responsable de datos, equidad, transparencia, cierre de la brecha digital, formación de los usuarios, una gobernanza desde la ética, pluralidad o enfoque diferencial de derechos, respeto por la dignidad humana y el pleno ejercicio de derechos y libertades. Vale decir un diseño e implementación de herramientas tecnológicas con un enfoque basado en DD HH al servicio de la justicia.

No se puede desconocer que hay problemas estructurales que deben ser resueltos, las tecnologías no concebidas como la solución sino como una herramienta, como tampoco soslayar que, existen riesgos potenciales a los derechos humanos, la democracia y el estado social de derecho, ahí el gran desafío de la humanidad buscar el equilibrio entre desarrollo tecnológico y los derechos y libertades.

Instancias Internacionales ya alertan, los riesgos y las previsiones a tomar cuando se trate de implementar tecnologías al servicio de la justicia, así por ejemplo el alto comisionado de la ONU para los DDHH en 2021, advirtió acerca de las salvaguardias necesarias para proteger la vigencia de los DDHH por ejemplo, en los diseños e implementación de sistemas de *INTELIGENCIA ARTIFICIAL*, al prohibir que estos operen al margen de la legislación internacional en esta materia. Igualmente recordó la obligación del poder judicial de aplicar el DIDH, **en el marco del derecho al juicio justo**.

³¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. «*Facultad de comprender las cosas instantáneamente, sin necesidad de razonamiento. Pensamiento intuitivo, es, según la epistemología, un conocimiento adquirido sin la necesidad de emplear un análisis o un razonamiento anterior.*» Disponible en: <https://dle.rae.es/intuici%C3%B3n>

Juicios orales telemáticos y Debido Proceso Probatorio de Partes (DPP) a la deriva

De ahí que, parafraseando al doctrinante español Jordi Nieva-Fenoll³², el reto actual es prontamente percatarnos que la Inteligencia Artificial emula nuestro proceso de razonamiento; por tanto, no es inteligencia, es la capacidad que le otorga un algoritmo ubicado en la caja negra a una máquina, un algoritmo creado por una persona o grupo de personas con unos intereses propios o particulares que permite sistematizar u organizar una serie de datos o información que se retroalimentan con otros datos.

Justamente en el 2021, la Recomendación de la UNESCO³³ sobre la ética de la IA fue adoptada como el primer instrumento normativo mundial por 193 estados miembros de la Organización.

La Recomendación identifica valores rectores como el respeto, protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la dignidad humana, el medio ambiente y el florecimiento de los ecosistemas, asegurando la diversidad y la inclusión, viviendo en sociedades pacíficas, justas e interconectadas.

Para traducir estos valores y principios en acciones, la Recomendación identifica 11 áreas de políticas en los límites de competencia de la UNESCO. Estas áreas abarcan las evaluaciones de impacto ético, la gobernanza y la administración, la política de datos, el desarrollo y la cooperación internacional, el medio ambiente y el ecosistema, el género, la cultura, la educación y la investigación, la comunicación y la información, la economía, el trabajo, la salud y el bienestar social.

Los términos deónticos en los que se realiza la implementación de las nuevas tecnologías en todas las áreas del conocimiento humano es un tópico que ocupa las agendas de los administradores de justicia a nivel mundial, no en vano el 25 de noviembre de 2021 los países miembros de la UNESCO publicaron la **primera norma mundial sobre la ética de la inteligencia artificial, en cuya parte preliminar se observa la siguiente advertencia:**

«Asistimos a un aumento de los prejuicios de género y étnicos, a amenazas significativas contra la privacidad, la dignidad y la capacidad de acción, a los peligros de la vigilancia masiva y al aumento del uso de tecnologías de la IA poco fiables en la aplicación de la ley, por nombrar algunos. Hasta ahora, no había normas universales que dieran respuesta a estos problemas.»

Mi pretensión es que, la implementación de la telemática en la administración de justicia se someta a un fuerte escrutinio, **más si se trata de su uso en los juicios penales orales**, que se realice un análisis minucioso a la luz de los principios constitucionales, de la deóntica, de la ética, con el único fin de que las garantías básicas

³² NIEVA-FENOLL, Jordi. "Inteligencia Artificial aplicada al proceso penal". Conferencia presentada el 18 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tVQqVkcV4zM>

³³ UNESCO es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

del proceso penal acusatorio no sean sacrificadas en tiempos de pos-pandemia y de un estado de excepción se pase a un estado permanente en franco desmonte de las garantías propias del juicio justo.

Educación virtual, asistencia **médica** virtual, **justicia** virtual, incentivada por una pandemia que al final conllevó más pobreza, bajo el nivel educativo (se perdió el 73% de lo que debían haber aprendido, 1 de cada dos personas no participó en proceso educativo, 168 millones de niños por fuera del año escolar), incrementó la desigualdad y creo más barreras de acceso a servicios, se perdió año y medio de vida por año de pandemia.

Es hora de un balance y una revisión rigurosa de los procesos judiciales en que se ha venido aplicando la virtualidad en perspectiva de **garantías**, debido **proceso probatorio, de acceso a la justicia**, de **confiabilidad de las decisiones judiciales**, en fin, de procesos y juicios justos y no quedarnos con la fría y manipulable estadística como dato formal que no material de administración de justicia.

Lince, un personaje de *El cantor vagabundo* de Pío Baroja, citado por GARCÍA VILLEJAS, en el País de las emociones tristes, dice lo siguiente cuando alguien le pregunta, y usted qué pretende ¿?

“Yo no pretendo nada, pero si pudiera aconsejar, aconsejaría que dejaran a los demás con su espíritu mixto de tradición y de modernidad, sin querer darle un alma uniforme, porque los hombres siempre han vivido de una manera mixta y seguirán siempre viviendo lo mismo, antes de la guerra y después de la guerra. Todo es viejo y todo es nuevo. Todo se transforma, todo evoluciona, y solo a veces el pensamiento original triunfa y vive por encima de las cosas, pero a lo último todo vuelve a lo mismo. Es el retorno constante de todos los doctrinarios humanos. Cambia la utopía, pero nada más. La ilusión es la misma y la bestia que se sacrifica en nombre de un ídolo es siempre igual. Se cubra con boina o con el gorro frigio”.