



La Irretractabilidad de las Estipulaciones Probatorias

Nancy Jeannette Triana Acero

Artículo científico presentado como requisito de grado para optar título de Especialistas en
Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar

Profesores:

Tutor temático

Sebastián García

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar

Bogotá, D.C., Diciembre de 2013

La irretractabilidad de las estipulaciones probatorias

Nancy Jeannette Triana Acero

RESUMEN

Teniendo en cuenta que en la actual sistemática penal ha operado una constitucionalización del derecho, la cual, se extiende a todo el régimen probatorio en tanto que, su estructura aparece definido en la Constitución Política de 1991, el presente artículo, muestra de qué manera las estipulaciones probatorias como parte de la estructura probatoria del nuevo sistema penal, adquieren fuerza vinculante y, por lo tanto, son irreversibles una vez han sido incorporadas al juicio oral, apotegma que, excluye la posibilidad de que el compromiso estipulatorio adquirido en la audiencia preparatorio sea absoluto e irreversible.

ABSTRACT

Given that the current criminal systematically it has operated a constitutionalization of the law, which extends throughout the probation while its structure is defined in the Constitution of 1991, this article shows how the evidentiary provisions as part of the evidential structure of the new penal acquire binding system and, therefore, are irreversible once they have been incorporated into the trial, maxim which excludes the possibility that the estipulatorio commitment made at the preparatory hearing be absolute.

PALABRAS CLAVE

Estipulaciones Probatorias, Sistema Penal, Constitucionalismo, Proceso Penal.

KEYWORDS

Stipulations Evidentiary, Penal System, Constitutionalism, Criminal Process.

INTRODUCCION

En el moderno constitucionalismo resulta incuestionable la vinculación que todo el ordenamiento jurídico ha tenido con la Constitución. En este proceso de constitucionalización, el derecho penal ha sido una de las ramas que más relación ha adquirido con el texto constitucional pues las garantías constitucionales del procesado, especialmente, han sido objeto de consagración y reconocimiento en él. Parafraseando a WINFRIED HASSEMER el derecho penal debe ser comprendido como derecho constitucional aplicado.

El origen de esta constitucionalización, de acuerdo con la doctrina, se ubica en la segunda mitad del siglo XX y tiene como primeros referentes normativos la Constitución alemana de 1949 y la Constitución española de 1978 (Cote-Barco, 2008, p. 122). La idea central de sus teóricos, en especial, de Ricardo Guastini, es que, el ordenamiento jurídico tiene su génesis en la Constitución, lo cual, provoca que todo el entramado de normas jurídicas sean impregnadas –o mejor- condicionadas por los contenidos que el texto constitucional reproduce a través de su sistema de valores, principios y derechos fundamentales. La Constitucionalización de acuerdo con el autor italiano en comento corresponde al "proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el

ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» de las normas constitucionales" (citado por Carbonell, 2001, p. 153).

Empero, dicha constitucionalización no se reduce a la supremacía de la Constitución Política, no, en él coexisten otros factores que amplían el concepto, a título de ejemplo, la rigidez del texto constitucional, su fuerza vinculante, la sobreinterpretación que de ella se hace, etc. (En: <http://www.juridicas.unam.mx/>, p. 34-35). Todo esto ha conducido a que el sistema jurídico y, en especial, el derecho penal por ser un instrumento de dominación, aparezca en la actualidad determinado por la norma superior (Art. 4 CP).

El Sistema penal acusatorio constituye un ejemplo indiscutible de esta constitucionalización, pues, para su adopción no sólo fue necesaria una reforma constitucional a través de un acto legislativo, sino que, además, con su formulación se satisfizo el requerimiento de instrumentos internacionales cuyos contenidos inciden en el proceso penal colombiano (Guerrero Peralta, 2011, p. 29). La nueva estructura de enjuiciamiento criminal tiene como fundamento en el principio acusatorio, lo cual equivale a decir que se está ante un "proceso penal con todas las garantías o proceso justo" (Bujosa Vadell, 2008, p. 54 ss), que escapa a las prácticas secretistas del sistema de la ley 600, y que por lo mismo impone a la fiscalía el deber de descubrir los elementos de cargo que luego habrá de socializar y someter a la contradicción en el juicio oral, con esto, se abandona el nefasto principio de permanencia de la prueba que sirvió de fundamento para que jueces y magistrado profirieran sentencias, a veces, basados únicamente en los elementos de prueba que la fiscalía o la policía judicial habían recolectado en la etapa de instrucción.

Así pues, una revisión de la dinámica del proceso penal a partir de 1886 muestra que de un Estado legalista, caracterizado por subordinar todo el sistema jurídico a la ley se avanzó hacia un Estado constitucional de Derecho en donde los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales han terminado por condicionar todo el ordenamiento jurídico colombiano. El proceso penal es un

ejemplo de este fenómeno, en tanto que, con la expedición de la Constitución de 1991 y luego con el Acto Legislativo del 2002 se despejó el camino hacia un sistema de enjuiciamiento criminal que respondiera a estándares mínimos fijados por la comunidad internacional.

El nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, la cual operó una constitucionalización del derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos. (Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Por manera que, reconocida la constitucionalización del proceso penal, este artículo se centrará en desarrollar la transformación que ha tenido la estructura probatoria en el actual sistema de enjuiciamiento criminal, con esto, se logrará comprender cómo las estipulaciones probatorias son una herramienta que, sin afectar los derechos fundamentales del procesado, permiten acceder por convenio de las partes al conocimiento de ciertos hechos o circunstancias sin necesidad de acudir al complejo proceso de contradicción y confrontación de la prueba.

Así las cosas, si se parte de una premisa indiscutible como lo es que la ley ha fijado qué aspectos son objeto de estipulación, cuál su momento para que la estipulación sea enunciada y cuál para que sea introducida, este trabajo se plantea como pregunta problemática la siguiente: **¿Son irretractables las estipulaciones probatorias que se anuncian en la audiencia probatoria?**

La hipótesis que se sostendrá es que el convenio probatorio sólo adquiere fuerza vinculante y por ende entrará a complementar el resto del acervo probatorio una vez ha sido socializada y avalada por el juez en la audiencia de instalación del juicio oral, conforme al control de legalidad que éste debe realizar sobre lo estipulado. De una manera más sencilla, la enunciación de las estipulaciones

probatorias en la audiencia preparatoria admiten la retractación unilateral, empero, fuerza a quien pretende regular a justificar la razón del desistimiento de la estipulación probatoria.

Los límites dentro de los cuales el convenio estipulatorio debe gestarse, su control de legalidad, su irretractabilidad una vez son introducidas al juicio y los espacios que deben abrirse luego de precluida la etapa probatoria cuando a la postre lo estipulado genera violación a derechos fundamentales del procesado, constituyen los temas centrales a abordar en este artículo.

Finalmente, este artículo acudirá al método descriptivo siendo sus fuentes la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Se acude a este método, por cuanto que, lo que se presentará y analizará será el tema de las estipulaciones probatorias, en especial, aquello que tiene que ver con su retractación unilateral.

1. Evolución del régimen probatorio en el proceso penal colombiano

El constitucionalismo colombiano desde 1886 hasta 1991 ha explorado dos formas de organización política. De 1886 a 1991 Colombia fue un Estado de Derecho, caracterizado por subordinar todo el sistema jurídico a la ley. La ley estaba por encima del texto constitucional, inclusive, habían disposiciones en el Código Civil que así lo establecían (Urbano, Martínez, 2011, p. 98). En pocas palabras, la Constitución carecía de fuerza vinculante.

Lo característico de este período constitucional era que, al estar por encima la ley (concepción positivista del Derecho), los derechos fundamentales del procesado eran fácilmente desconocidos, además, el proceso penal estaba diseñado bajo una concepción legalista que impedía al procesado tener garantías, en especial, a un juicio justo. Para contextualizar lo dicho, una lectura rápida del artículo 25 y 26 de la Constitución de 1886 vislumbraba lo reducida que se hallaba la garantía del debido proceso, inclusive el artículo 27 de manera taxativa establecía

restricciones. Entretanto, en lo que trataba al régimen probatorio nada se decía; su desarrollo parafraseando a Urbano Martínez quedó en manos del legislador.

Después de la crisis económica de 1929 producto del excesivo individualismo y la ausencia de control por parte del Estado al sistema económico y político, a mediados del siglo XX surgió con la expedición de ley fundamental de Bonn de 1949 el Estado social de Derecho. Esta forma organizativa concilia los fundamentos del Estado liberal de derecho con aquellos que constituyen el fundamento del Estado social, la idea central era dotar el derecho de contenidos sociales que condujeran al Estado a priorizar la satisfacción de las necesidades de los gobernados. Entre ellas la justicia social e igualdad material.

Esta forma de organización política fue reproducida en la Constitución española de 1978; en Colombia, el proceso constituyente de 1991 culminó con la expedición de una nueva Constitución que en su artículo primero propuso como forma organizativa el Estado social de Derecho. A partir de lo cual, se deben destacar entre otros aspectos importantes, el hecho de que se incluyese una serie de valores, principios y derechos constitucionales fundamentales que sirvieran como parámetro de "legitimidad del sistema político y jurídico" (Urbano Martínez, 2011, p. 103).

Y, si bien es cierto, en lo que respecta a la estructuración del sistema de enjuiciamiento criminal los avances no pueden desconocerse pues hubo una desconcentración de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento, no menos reales que, en lo que se refiere al sistema probatorio la nueva Constitución se quedó corta. Esto no quiere decir que no se haya avanzado en la materia pues el artículo 29 incluyó cláusulas probatorias que comparadas con el anterior sistema representaban un avance, entre la más importante, se encontraba la exclusión de la prueba ilícita, lo cual, sin duda, ponía los derechos fundamentales del procesado en el centro de la actividad probatoria, empero como lo concluye Urbano Martínez:

El núcleo duro de la actividad que el Estado puede adelantar para desvirtuar la presunción de inocencia, no fue abordado por el constituyente. De esta forma, una vez más la determinación de la estructura probatoria del proceso penal y su desarrollo quedó en manos del legislador (2011, p. 104-105).

Así pues, al haberse radicado en el legislador la potestad de definir la estructura probatoria del proceso penal, el constituyente generó un espacio para que en el proceso de regulación se incluyeran cláusulas que daban al traste con las reglas básicas del sistema probatorio. En materia probatoria el legislador del año 2000 estableció una regla que con el paso del tiempo se hizo recurrente a la hora de solventar las sentencias, esa regla tiene que ver con el carácter de prueba permanente que se le asignó a los resultados de las actividades iniciales de indagación e investigación.

Y, si bien, la ley radicaba en cabeza de la fiscalía la obligación de averiguar tanto lo favorable como desfavorable al procesado, también es cierto que, el trabajo instructivo adquirió valor probatorio permanente lo cual obligaba al juez, en la mayoría de los casos, a proferir la sentencia únicamente basado en los resultados del trabajo investigativo. El principio de permanencia de la prueba, desde luego, tenía sus efectos nocivos sobre el sistema de prueba, pues al asignársele en la etapa de juzgamiento valor probatorio a todo el material recaudado en la fase de indagación se desconocían los principios de publicidad, inmediación, oralidad, contradicción y concentración de la prueba, propios de un régimen democrático (Urbano Martínez, 2011, p. 109).

Finalmente, la reforma constitucional que se llevó a cabo mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, introdujo en la carta política un régimen probatorio definido pues desarrolló reglas que resultaban acordes con el modelo de enjuiciamiento criminal que se estaba adoptando: un sistema penal con tendencia acusatoria. En la citada reforma se definieron los principios que habrían de gobernar toda la actividad probatoria y se le impuso a la fiscalía la obligación de asegurar y

descubrir antes de dar inicio al juicio oral los elementos de pruebas que recaudara durante la investigación. Esta nueva estructura probatoria hizo que desapareciera el principio de permanencia de la prueba (Sentencia C-591 de 2005), en tanto que, en adelante, sólo podría adquirir condición de prueba aquella que fuese practicada en el juicio oral, de forma pública, con intermediación del juez y con plena garantía del ejercicio de contradicción, con lo cual el *fair trial* previsto como derecho fundamental en la declaración de derechos o *Bill of Rights* (Camargo, 2012) deja de ser una mera formulación teórica .

2. Etapas del proceso penal y sus facetas probatorias

La nueva sistemática penal tiene tres fases muy definidas, la primera corresponde a la etapa de investigación, en donde, la fiscalía, a través de las técnicas averiguativas que establece el Código de Procedimiento Penal, recauda los elementos materiales de prueba que le permitan no sólo formular imputación contra el indiciado, sino además, impulsar la acusación. Durante esta fase no es obligatorio el descubrimiento probatorio, empero, tal y como lo ha teorizado la doctrina y la jurisprudencia, para efecto de formular imputación o solicitar medidas cautelares sobre la libertad y sobre los bienes del investigado, la fiscalía forzosamente debe descubrir elementos materiales probatorios o evidencia física que soporten su pretensión.

Una vez se formaliza la investigación con la imputación de cargos, corresponde a la fiscalía presentar dentro de los términos que establece el Código de Procedimiento Penal el escrito de acusación, acto que, indica, el llamado a juicio oral que le hace al procesado. La formalidad que interesa destacar en este documento es la prevista en el numeral 5 del artículo 337 del CPP referente al descubrimiento de los elementos de prueba, el cual, compromete todo el material probatorio (documental y testimonial) que tenga en su poder el órgano instructor. Ahora bien, de acuerdo con lo normado en el artículo 344 *ibid.*, en la formulación de acusación debe cumplirse todo lo relacionado con el descubrimiento probatorio obligación que, fuerza a la fiscalía a formalizar la develación de los medios de

pruebas que constituyen el fundamento del llamado a juicio que está haciendo. Este descubrimiento debe ser pleno, lo que significa que, la fiscalía debe dar a conocer la existencia de elementos que no estando aún en su poder –verbigracia: dictamen pericial- sí forman parte del material probatorio que luego hará valer en el juicio oral.

En esta fase, además de la fiscalía, también resulta vinculada la víctima quien deberá por conducto del órgano instructor descubrir los elementos de pruebas y evidencia física que pretenda a posteriori solicitar como pruebas. La defensa, por su parte, tiene la discrecionalidad de descubrir en la acusación el material probatorio o diferirlo para la audiencia preparatoria.

La tercera etapa tiene que ver con la audiencia de juicio oral, en donde ya, se abre el debate probatorio. En esta fase se ponen en escena todos los principios que gobiernan el sistema penal acusatorio, pues la práctica de las pruebas se caracteriza por ser pública, oral, concentrada, con inmediación y sujeta a contradicción. En este punto, es preciso advertir que, con anterioridad, el juez ya ha definido qué pruebas son la que deben practicarse en el juicio, ello lo hace en la audiencia preparatoria, etapa en la que se define la estrategia probatoria de la fiscalía y de la defensa.

De acuerdo con la metodología que plantea la normativa procesal penal, la audiencia preparatoria inicia con la revisión al proceso de descubrimiento probatorio de la fiscalía y de la víctima, si es que, ésta ha proyectado deprecar la prácticas de pruebas; así pues, el juez debe verificar que el descubrimiento probatorio haya sido integral, lo cual, implica que, ante un descubrimiento incompleto se deba impedir la práctica de aquellas pruebas que no le fueron descubiertas a la defensa. Frente a esto último, es necesario precisar que, si la ausencia del descubrimiento obedece a razones no atribuibles a la fiscalía o a la víctima, lo aconsejable es que hasta tanto no se haga el descubrimiento total, la audiencia preparatoria tenga que ser pospuesta.

Enseguida de la verificación, el juez ordena a la defensa que descubra los elementos materiales probatorios y evidencia física, deber de descubrimiento que, parafraseando a Urbano Martínez es legal, en tanto que, tal obligación sólo se extiende a revelar el material probatorio favorable al acusado y no a aquello que lo incrimine. Realidad distinta de la que soporta la fiscalía, pues esta por mandato constitucional debe develar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado; el incumplimiento a este compromiso "le impide a la fiscalía aducir pruebas en el juicio y, en consecuencia, desvirtuar la presunción de inocencia, circunstancia que la coloca ante el fracaso de su pretensión de condena" (Urbano Martínez, 2011, p. 250).

A continuación procede la enunciación de las pruebas que cada parte pretende hacer valer en el juicio oral, luego sí, que se tiene conocimiento sobre la pretensión probatoria, surge la posibilidad de que se manifieste por parte de la defensa y la fiscalía el interés que tienen de realizar estipulaciones probatorias. En este punto, es necesario precisar que, lo que se devela es apenas un interés, identificándose los hechos o circunstancias que serían objeto de estipulación probatoria. Luego de esto, se sigue con el interrogatorio de culpabilidad que de ser negativo conlleva a la solicitud y resolución probatoria. La audiencia preparatoria, como se ve, es fundamental toda vez que marca el derrotero del juicio oral y abre el espacio para que cada parte llegue a esta última fase del sistema, ya con una estrategia definida.

3. Las estipulaciones probatorias en la nueva sistemática penal

3.1 Concepto

De acuerdo con la definición que trae el párrafo del numeral cuarto del artículo 356 de la ley 906 de 2004: "*se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias*".

De lo anterior, se entiende que, el fin de las estipulaciones probatorias es excluir del debate oral aquellos hechos o circunstancias factuales específicas sobre las cuales existen un acuerdo entre las partes, de modo que, para evitar un desgaste innecesario, el legislador ha abierto la posibilidad de que las partes ejerzan a través del acuerdo estipulatorio el derecho de disponibilidad de la prueba (Urbano Martínez, 2011, p. 262).

Esta disponibilidad probatoria apenas recae sobre lo que en el derecho comparado se conoce como "admisión de hechos" (Bernal & Montealegre, 2013, p.796), por lo tanto, se excluye del derecho de disponibilidad la estipulación de documentos u otro tipo de pruebas que comprometan la responsabilidad del acusado, pues lo que se admite vía estipulación es "el hecho relacionado con el contenido de la prueba" (Bernal & Montealegre, 2013, p.796).

Así pues, las estipulaciones probatorias por antonomasia carecen de contradicción y, la probanza del hecho o circunstancia específica, surge no de un proceso de confrontación probatoria, característica esencial del proceso penal acusatorio, sino que, aquello emerge de la voluntad de las partes. Lo cual, no sobra reiterarlo, contribuye a la celeridad y eficiencia del sistema.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia cuando refiere que:

Las estipulaciones probatorias presuponen el consentimiento libre y el entendimiento claro de la Fiscalía y la defensa; y tienen como función evitar la prolongación innecesaria del debate, de suerte que contribuyen a la celeridad, al ahorro de instancia y a la eficacia del sistema. (Auto de 19 de agosto de 2008 radicado 29001).

Así pues, podría decirse que la admisibilidad de la estipulación probatoria al igual que sucede con la aceptación de culpabilidad en forma simple o por preacuerdo, debe estar ausente de vicio que afrente la voluntad del procesado, pues como ya se indicó, este instrumento está relacionado con el derecho que

tienen las partes a disponer libremente de la prueba. De esta manera se sobreentiende que la fiscalía no puede forzar bajo ninguna circunstancia el acuerdo probatorio; a este se debe llegar después de una socialización libre y voluntaria. Como segundo, la estipulación probatoria contribuye con la eficacia del sistema, ya que se excluyen del debate oral hechos frente a los cuales las partes profesan una homogeneidad de criterio, es decir no hay lugar a desavenencias, empero, es preciso reiterar que en todo caso el propósito de contribuir a la eficacia del sistema mediante la "admisión de hechos" no puede afectar los derechos fundamentales de la personas que intervienen en el proceso (art. 10 CPP).

3.2 Límites de las estipulaciones probatorias

Las estipulaciones probatorias, como ya se dijo, fueron concebidas para conciliar el acuerdo probatorio que sobre alguno o algunos hechos o sus circunstancias tienen las partes; en razón a esto, se debe precisar que, la celebración de las estipulaciones probatorias están limitadas. En efecto, si se observa la norma, el primer límite que se impone al acuerdo probatorio es que este no puede recaer sobre todos los hechos, restricción que tiene su razón de ser, en tanto que, si se admitiera tal posibilidad qué sentido tendrían los allanamientos o preacuerdos, además, el juicio oral sería inane. La estipulación probatoria, entonces, debe versar sobre uno o varios hechos o sus circunstancias.

El segundo límite que se impone a la hora de celebrar las estipulaciones probatorias es que estas deben excluir del acuerdo todo cuanto concierna a la responsabilidad del procesado. Este límite, resulta razonable si se entiende que, la fiscalía es quien tiene la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal (art. 7 CPP), además, por ser este un aspecto sustancial dentro del proceso de juzgamiento, artículo décimo del Código de Procedimiento Penal prohíbe que las estipulaciones probatorias se extiendan a controversias sustantivas.

Ahora bien, la estipulación del hecho excluye la posibilidad de que tenga que desplegarse actividad probatoria para corroborar lo estipulado, esto, por

supuesto, no quiere decir que no tenga que sustentarse, a través de los diversos medios, el hecho o circunstancia objeto de la estipulación, así por ejemplo, la estipulación de la plena identidad del acusado puede ser respaldada con el informe de reseña y confrontación que hace el dactiloscopista. En este caso, no es que se esté estipulando el informe, no, lo que se ha estipulado es la plena identidad del procesado. Recuérdese que los documentos no son objeto de estipulación probatoria.

Al respecto se ha sostenido por la jurisprudencia penal lo siguiente:

Se dijo, entonces, que cuando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, conforme lo ocurrido en el momento de la enunciación, es factible llegar a acuerdos respecto de los hechos y la forma de probarlos, con el claro cometido de evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de la sistemática acusatoria.

En este punto, la Corte quiso relevar, acorde con lo dispuesto en el párrafo del ordinal 4° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, que lo estipulado u objeto de estipulación por las partes, no es una determinada prueba, o mejor, elemento material probatorio, evidencia física o informe, sino un hecho concreto, razón por la cual asoma impropio significar estipulados aspectos tales como el contenido de un registro de audio o una certificación, en tanto, lo que se busca con este mecanismo es dar por probado algo –hechos o sus circunstancias, como relaciona la norma- propio del objeto del debate, que se sustenta, es necesario resaltarlo, con uno o varios medios de prueba, para efectos de que no se haga necesario demostrar ese tópico.

Y si ello es así, esto es, que se estipuló probado un determinado hecho o circunstancia, desde luego que asoma impropio solicitar o aceptar la práctica de pruebas que tiendan a demostrar o desvirtuar ese aspecto.

No es entonces, para clarificar con un ejemplo, que si las partes dan por demostrada la causa violenta de la muerte con arma de fuego e incluso el tipo de artefacto utilizado para el efecto, se estipule el informe de necropsia o la diligencia de inspección judicial del cadáver, o el informe de hoplología, sino el hecho concreto, vale decir, que el occiso pereció consecuencia de dos disparos infligidos con un arma de fuego del calibre .38 recogida en el lugar de los hechos, y ello se sustenta con los informes en cuestión, que para el efecto se anexan a la estipulación introducida como prueba en la audiencia del juicio oral.

No es posible, por ese motivo, que se soliciten o admitan pruebas, en el momento subsecuente de la audiencia preparatoria, encaminadas a demostrar o desvirtuar ese punto, que ya se entiende demostrado. (Casación 27962 del 8 de agosto de 2008. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ).

Así pues, el hecho que se ha dado por probado a través de la estipulación no requiere actividad probatoria que lo acredite, pues, la estipulación por sí sola solventa la prueba que se requería para demostrar el hecho o la circunstancia factual antes de que se llegara al acuerdo probatorio. La "admisión del hecho" a través del acuerdo estipulatorio, constituye una excepción que golpea los principios de publicidad y oralidad que gobiernan el sistema de prueba en la nueva sistemática penal. Así mismo, el hecho de que la estipulación aparezca respaldada con cierto elemento de prueba, no habilita al juez para que, haga parte de la estipulación dicho elemento y por esa vía lo valore, pues este no ha ingresado al proceso en la forma como se exige en la nueva sistemática penal

Así se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación penal:

De conformidad con el artículo 356.4, las partes pueden hacer **estipulaciones probatorias**, entendiéndose por tales, a voces del párrafo de la disposición, "*los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la*

defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias". La potestad legal, entonces, apunta a que por acuerdo entre las partes, no hay lugar a debatir en el juicio algún hecho o sus circunstancias; por tanto, el tema de responsabilidad no puede ser estipulado y, por ello, se impone probarlo en el juzgamiento.

Una estipulación es un convenio, un acuerdo que, en este caso, comporta que las partes dan por demostrados, por verificados, los aspectos reseñados taxativamente en la norma, de lo cual surge que los mismos quedan excluidos de someterlos al sistema probatorio dentro del juicio, razón por la cual la estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho o circunstancia, de donde deriva que no existe la carga de anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, por lo cual se tiene que si las partes tuvieron a bien aportar algún soporte en respaldo del pacto, el mismo no tiene incidencia alguna, pues no puede probar ni menos ni más de lo acordado.

Por tanto, si alguna consideración puede darse a ese anexo, que no debe serlo pues la prueba es la estipulación, la misma apunta única y exclusivamente al hecho, a la circunstancia que expresamente convinieron las partes.

Si el anexo allegado inoficiosamente como soporte de la estipulación refiere aspectos diversos del hecho concreto acordado, estos no pueden ser apreciados en ningún sentido, por la razón simple pero evidente de que ese anexo no es prueba alguna, en la medida en que no ha sido introducido bajo los lineamientos del proceso penal, esto es, no ha sido descubierto, enunciado, ni pedido como prueba, ni, menos, allegado como tal dentro del debate oral, público y contradictorio.

En ese contexto, si el funcionario apoya su decisión en un elemento allegado como soporte de la estipulación, por fuera de lo expresamente acordado, deriva incontrastable que falsea el contenido real de la prueba,

que no es cosa diversa al hecho estipulado. A la par, como hipótesis puede considerarse que esa forma de apreciación lo que hace, en esencia, es suponer una prueba inexistente, en tanto ese anexo no tiene connotación de prueba, menos si se lo usa para acreditar aspectos no convenidos. (Casación 38.975 del 6 de febrero de 2013. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO).

En la praxis judicial la situación advertida suele ser unos de los errores más comunes, pues el hecho estipulado en ocasiones se encuentra en un documento (informe pericial, escritura pública etc.) el cual termina siendo incluido por las partes en la estipulación probatoria, práctica que, como ya se dijo, contraviene el artículo 356 del CPP en tanto se aparta del límite que este impone al momento de acudir a el instrumento de las estipulaciones. Resumiendo, el hecho admitido como cierto no debe ser objeto de prueba y, el elemento que se anexe para su respaldo no puede ser objeto de valoración por parte del juez, ya que ello equivaldría a apreciar un elemento de prueba que no ha sido objeto de contradicción que, además, no ha sido introducido al juicio oral en la forma que establece la ley procesal penal.

Finalmente, como último límite que se impone para llevar a cabo estipulaciones probatorias, es que, estas no pueden versar sobre puntos de derecho (Urbano Martínez, 2011, p. 262), en tanto que, como se sabe, su carácter general y público excluyen su probanza. Sería un sinsentido que se diera por probada una ley, ordenanza, acuerdo o resolución, cuando se sabe que su expedición está dirigida a la comunidad. Situación distinta sucede al estipularse a partes de decisiones judiciales o administrativas, en estos casos, también, en la praxis judicial, se ha identificado que las partes estipulan todo el contenido de la sentencia, no obstante lo que sólo allí interesa es una parte de la decisión, es decir un solo hecho, por lo tanto, el error puede conducir a que el juez extienda la valoración a toda la providencia o aspectos que ni siquiera interesan a la actuación.

3. La retractación unilateral de las estipulaciones probatorias

En la nueva sistemática penal, dos son los momentos que se relacionan con las estipulaciones probatorias, el primero, se ubica en la audiencia preparatoria, escenario este en el que las partes manifiestan al juez si les asiste o no interés en realizar estipulaciones; el segundo momento, por su parte, lo constituye el juicio oral, pues es aquí en donde las estipulaciones ingresan al haber de hechos probados, luego que, su alcance probatorio ha sido claramente determinado por las partes.

Si, como se dijo, las estipulaciones probatorias obedecen a un acuerdo o consenso en el que las partes aceptan dar por probado un hecho (s) o circunstancia (s) y, consecuentemente, en virtud de ello, se excluye del debate oral, cuál sería la razón para que se aceptara su desistimiento; acaso, el convenio que tuvo su origen en la audiencia preparatoria puede reputarse de absoluto. Para adelantar la respuesta, ha de quedar claro que el diseño de la sistemática penal conduce a afirmar que el hecho estipulado o con proyecto a ser estipulado, sólo adquiere carácter irrevocabable en la audiencia de juicio oral; lo que quiere decir que, la enunciación que hace la fiscalía y la defensa de querer estipular no constituye una camisa de fuerza y su desistimiento no ha de tenerse como mácula que atente contra el derecho fundamental a la prueba (Ochoa Carvajal, 2007) que cada parte tiene.

Para responder la inquietud que se ha dicho constituye el problema a resolver, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha referido frente al tema de la retractación unilateral de las estipulaciones probatorias lo siguiente:

Es así que, una vez las partes expresan ante el Juez que han realizado estipulaciones probatorias y las especifican, no ha lugar la retractación unilateral, que de admitirse rompería el equilibrio entre los adversarios; y

mucho menos es viable el arrepentimiento si el juicio oral ya ha concluido, pues la naturaleza de los actos procesales lo impide.

El contenido, alcance y límite de las estipulaciones depende de la voluntad de la Fiscalía y la defensa. El acuerdo debe quedar claro para ellos y para el Juez. Para este efecto, el de lograr que no quede duda acerca de lo pactado, el funcionario judicial debe intervenir siempre que lo considere necesario, en orden de garantizar la cabal comprensión del asunto.

Por lo general – y es una buena práctica- las estipulaciones se elevan a escrito, que firman tanto la Fiscalía como la defensa.

De ese modo, por ejemplo, es factible acordar o tener por probado que el ciudadano A suscribió el documento B, y, entonces, este documento puede llevarse a juicio sin necesidad de que el ciudadano A tenga que asistir a la audiencia pública a reconocer tal hecho. En este caso, no se puede discutir la autoría del documento, pero sobre su contenido es factible la controversia probatoria que a bien tengan las partes.

O también puede estipularse que el contenido del documento B es cierto y ajustado a la realidad. En esta hipótesis, en virtud de lo pactado, la posibilidad de controvertir se desvanece.

Debe quedar claro que las estipulaciones consisten en aceptar como probados algunos hechos o circunstancias; no la fuerza de convicción, el peso o poder suasorio de lo que se tiene por demostrado. Por consiguiente, el ejercicio de apreciación de las pruebas materia de estipulación, a cargo del Juez de conocimiento, puede cuestionarse a través de los recursos, en igualdad de condiciones que cualquier otro medio probatorio.”

Las estipulaciones probatorias presuponen el consentimiento libre y el entendimiento claro de la Fiscalía y la defensa; y tienen como función evitar la prolongación innecesaria del debate, de suerte que contribuyen a la

celeridad, al ahorro de instancia y a la eficacia del sistema. (Casación 29001 del 19 de agosto de 2008. M.P JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ).

De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que, el interés expresado por las partes al juez de querer llevar a cabo estipulaciones probatorias, apenas alcanza a ser un proyecto de consenso sobre el hecho o la circunstancia que se pretende excluir del debate probatorio. Y en efecto es un proyecto, porque, así como el juicio oral constituye único el escenario en el que el juez empieza a contaminarse con el material probatorio, hasta tanto, para el caso de las estipulaciones probatorias, el juicio no inicie, no puede reputarse que el interés estipulatorio expresado en la audiencia preparatoria tenga que reputarse irreversible.

Como arriba se indicó, el proyecto estipulatorio y su concreción, sólo puede estar gobernado por la voluntad de las partes, sin que el órgano instructor pueda so pretexto de la intención expresada por la defensa obligarla o requerir al juez para que obligue a ésta honrar su intención, pues ello comportaría una vulneración al derecho fundamental a la defensa en tanto que lo probado no sólo sería producto de la coacción, sino que, además, estaría fuera del juicio oral, escenario natural para probar los hechos que constituyen la acusación.

Es que, si se admitiera como absoluta y por ende se le confiriera el carácter irretractable a la intención expresada por las partes en la audiencia preparatoria acerca de dar por probado un hecho, cómo entonces se explicaría, de acuerdo con la naturaleza de la actual sistemática penal que, el juez comenzase a contaminarse de elementos de pruebas antes del juicio oral. Es cierto que, como lo sostiene la jurisprudencia, al igual que la doctrina, cuando se llevan a cabo estipulaciones, además de haber una disponibilidad de la prueba, se presenta una "renuncia parcial a los principios probatorios del juicio oral" (Urbano Martínez, 2011, p. 262), empero, esto no resulta suficiente para justificar que el consenso –o intención- expresada en la audiencia preparatoria tenga el carácter de irreversible.

Al respecto la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en reciente pronunciamiento sostuvo lo siguiente:

Esta Sala entiende, con todo, que la imposibilidad de cuestionar la conveniencia del acuerdo probatorio, así como de retractarse unilateralmente frente al mismo, surge a partir de que las personas consolidan su pacto -dese ese instante irreversible-, en el marco de la audiencia de juicio oral, **no antes**; sobra decir, por lo demás, a riesgo de caer en la obviedad, que dicha postura jamás tendría cabida si el juicio ya ha concluido.

De modo, pues, que una lectura integral, y en contexto, del precedente jurisprudencial que tanto se ha invocado en estas diligencias, en manera alguna permite colegir una especie de apotegma procesal que impida, *ipso iure*, dar reversa frente a las estipulaciones a las que se hizo alusión en la diligencia preparatoria, las cuales, vistas con racionalidad, se encuentran lejos de ostentar el carácter definitivo que, tanto la fiscal como el juez, y en menor medida la bancada defensiva, parecen concederle. (Radicado 11001600002820110046102 del 13 de marzo de 2014. M.P. ORLANDO MUÑOZ NEIRA).

Así pues, sin ambages frente a la intención estipulatoria que se expresa en la audiencia preparatoria jamás puede exigirse, ni por las partes, menos por el juez, que se mantenga la intención probatoria, pues ello sería tanto como forzar a una de las partes a renunciar al derecho de contradicción que le asiste, lo cual, sin lugar a dudas, resultaría en una deformación del instituto previsto en parágrafo del artículo 356 de la ley 906 de 2004.

Es que, puede suceder que luego de una reflexión la defensa concluya que el hecho o la circunstancia que pretendía estipular pueda afectar su estrategia defensiva y, por lo mismo, resulta lógico que se le permita recluir de tal intención con más veras si ella conspira contra su teoría defensiva. Aunado a esto, la fiscalía es quien en todo momento conserva la carga de la prueba, por lo tanto

obligar a la parte que ha expresado su intención de estipular un hecho o una circunstancia a que no recule, sería tanto como invertir la carga de la prueba a l conminarlo a que acepte un hecho que en todo caso le corresponde a la fiscalía acreditar.

La reflexión que se ha hecho, tiene mayor validez en aquellos casos en donde existen defensas plurales, pues aquí la pluralidad de acusados conlleva a que surjan conflictos defensivos, razón por la cual el acuerdo estipulatorio de un defensor no puede conspirar contra los intereses defensivos que el resto de la bancada defensiva tenga. La admisión del hecho o de la circunstancia por parte de una defensa no tiene porqué generar efectos adversos a los otros procesados, menos, puede relegar el compromiso constitucional que la fiscalía tiene de probar los hechos que constituyen la acusación; si la estipulación de uno de los procesados afectara al resto de los inculpados, el juez en este caso está en la obligación de reconvenir a las partes pues su silencio sería tanto como decirle a la fiscalía "ya ha probado con el hecho convenido los hechos que tenía la obligación de probar frente a los otros acusados".

Así las cosas, las estipulaciones probatorias sólo tienen fuerza vinculante y por tanto adquieren la condición de irretractables una vez son socializadas y aceptadas por el juez; inclusive, aunque la norma no lo consagre, una lectura racional del instituto, permite indicar que, durante el desarrollo del juicio oral pueden admitirse convenios probatorios acerca de un hecho o circunstancia. La razón de ser de este razonamiento, es que, el juicio oral es el único escenario en el que se incorpora todo elemento cuyo propósito sea probar los supuestos de hechos que las partes, cada una por su lado, alega y se propone demostrar.

Lo dicho en precedencia, fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento que hiciera en el 2013, al respecto de dijo:

De lo que viene de recordarse se sigue: (i) que las estipulaciones probatorias constituyen un asunto del exclusivo resorte de las partes, pues el juez carece de iniciativa probatoria; [...] (iv) que el momento procesal oportuno para ser anunciadas es la audiencia preparatoria; [...] (vi) que admitidas en el juicio oral son irrevocabiles

[...] Así mismo, conviene aclarar que las estipulaciones adquieren el carácter de irrevocabiles una vez son introducidas en el juicio oral, mas no por el simple hecho de ser anunciadas en la audiencia preparatoria como lo entiende el demandante, pues el juicio oral es el escenario natural para introducirlas, en orden a que surtan sus efectos procesales.

Al respecto basta acudir al numeral 4º del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 para percatarse de esta situación, pues allí se indica que las partes le manifestarán al juez *“si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias”*, así que de ser necesario, se realiza un receso tras el cual aquellas se manifestarán al respecto.

A su vez, de lo preceptuado en el artículo 371 de la Ley 906, que establece que *“Al proceder a la práctica de pruebas se observará el orden señalado en la audiencia preparatoria”*, en el 372 *ibídem*, donde se consagra que *“Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria... y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”* y lo estipulado en el artículo 377 *eiusdem*, en el que se preceptúa que *“Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio y público en presencia de las partes, intervinientes que haya asistido y del público presente”*; se desprende sin ambages que solamente incorporada la estipulación en ese escenario será irrevocabile, pues objetivamente hará parte del acervo probatorio y a su vez permitirá su posterior valoración por el juez. (Casación 41505 del 11 de septiembre de 2013. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO).

No obstante lo anterior ser claro, la no realización del acuerdo probatorio que se proyectó en la audiencia preparatoria, como hipótesis no prevista por el legislador, genera un traumatismo para la parte que estaba convencida de que se

estipularía la probanza del hecho, pues ya, para ese momento habrá precluido la etapa de solicitudes probatorias. Ante esta hipótesis sea lo primero reiterar la buena fe con que deben actuar todas las personas, con más veras si se trata de actuaciones que tienen connotaciones jurídicas, esta reflexión invita a que la fiscalía y la defensa no sólo sean serias a la hora de realizar estipulaciones probatorias, sino que, además lo hagan de manera responsable de manera que cada una por su lado tenga claro el fin de lo estipulado y la consecuencia que ello pueda representar para la teoría acusatoria y defensiva.

En segundo lugar, como ya se ha superado la etapa probatoria, escenario natural para hacer solicitudes probatoria, ante el desistimiento de una de las partes para estipular el hecho, el juez debe abrir espacios que le permitan a la parte afectada hacer la solicitud probatoria, lo cual, debe hacerse de manera excepcional y sólo en la medida que sea necesario, esto, por cuanto que, el legislador no ha previsto esta clase escenarios.

Respecto a lo dicho sostuvo el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Penal lo siguiente:

Por ello es tan importante, además de una actitud leal de las partes, que el control de legalidad sobre las estipulaciones se lleve a cabo por el juez desde la audiencia preparatoria, pues diferirlo al juicio oral ocasiona, precisamente, lo que ahora acontece: que los hechos que interesan a cada teoría del caso ya no se den por probados y que, dado que ha precluido la oportunidad procesal para hacer solicitudes probatorias, el juez se vea avocado a generar espacios no previstos legalmente para ello, algo que debe darse solamente de manera excepcional. (Radicado 11001600002820110046102 del 13 de marzo de 2014. M.P. ORLANDO MUÑOZ NEIRA).

Ahora, aún cuando la firmeza y obligatoriedad de la estipulación sólo se alcanza una vez ha sido introducida al juicio oral, de modo que, se hace inoponible, inclusive para el Ministerio Público y para el representante de la víctima (casación 36262 del 13 de junio de 2012. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS

MARTÍNEZ), ello no quiere decir que, las partes puedan, cuando les plazca y sin motivo alguno recular en cuanto a la estipulación preacordada en la audiencia preparatoria; en estos eventos, quien retrocede en su intención de estipular debe sustentar cuál es la razón del desistimiento, de lo contrario se abriría espacio al uso desleal de la figura con consecuencias que afectarían el normal desarrollo del proceso (Radicado 11001600002820110046102).

Aquí se reitera no sólo la buena fe con que deben actuar las partes, sino también la prudencia y reflexividad que deben orientar la intención de estipular el hecho, porque actuar de manera diversa a estos principios comportaría afectar el derecho que tienen las víctimas y la comunidad en general al ejercicio eficiente de la administración de justicia.

CONCLUSIONES

En Colombia la evolución del constitucionalismo desde el año de 1886, ha culminado en la formulación de un proceso penal, cuyo sistema probatorio, ha sido condicionado por los contenidos del texto constitucional. Es decir, ha operado en la nueva sistemática de enjuiciamiento criminal una constitucionalización del derecho penal.

La estructura probatoria se manifiesta de acuerdo con la Constitución y la ley en cada una de las fases del proceso, esto quiere decir que, desde la formalización de la investigación hasta el desarrollo del juicio existe en cada acto descubrimiento probatorio.

Las estipulaciones probatorias hacen parte de la estructura probatoria que se ha establecido en el proceso penal con tendencia acusatoria; en tanto que, las dos fases que tienen relación con esta forma de probanza son: la audiencia preparatoria y el juicio oral.

El acuerdo probatorio debe generarse respetando los siguientes límites: i) no debe recaer sobre todos los hechos objeto de la investigación; ii) la responsabilidad penal o asuntos sustantivos del proceso no pueden ser estipulados, pues ello implicaría renunciar a derechos fundamentales; iii) la estipulación no puede recaer sobre material probatorio y; iv) no debe versar sobre puntos de derecho.

Las estipulaciones probatorias sólo son irrevocables una vez han sido incorporadas en el juicio oral, por lo cual, el interés de estipular que se manifiesta en la audiencia preparatoria no tiene fuerza vinculante.

El juez debe ejercer control de legalidad al anuncio estipulatorio que las partes hacen en la audiencia preparatoria. El desistimiento del acuerdo probatorio, ya en la audiencia de juicio oral, fuerza a quien desiste para que fundamente las razones de tal retroceso, pues solo así se garantiza el principio de lealtad procesal.

BIBLIOGRAFÍA

Bernal Cuellar, J. & Montealegre Lynett, E. (2013). *El proceso penal. Estructura y garantías*. 6ª Edición. V.II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Colombia.

- Bujosa Vadell, Lorenzo M. (2008). *La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio*. Revista pensamiento jurídico. No. 21. Derecho procesal penal: una mirada europea. Universidad Nacional de Colombia.
- Camargo, Pedro Pablo. (2012). *Manuel de Derechos Humanos*. 4ª Edición. Leyer. Bogotá: Colombia.
- Cote Barco, Gustavo Emilio. (2008). *Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena*. Universitas. Ucls. 116: 119-151. Julio-diciembre. Bogotá: Colombia.
- Guastini, Ricardo. (2001). "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-183.
- Guerrero Peralta, Oscar Julián. (2011). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Reimpresión 2ª Ed. Nueva Jurídica. Bogotá: Colombia.
- Hassemer, Winfried. (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Boch. Barcelona: España.
- Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. (2007). *El derecho a la prueba como derecho fundamental*. Revista Estudios de Derecho. Año LXVI- Segunda Epoca-junio. Volumen LXIV, No. 13. Universidad de Antioquia.
- Urbano Martínez, José Joaquín. (2011). *La nueva estructura probatoria del proceso pena. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*. Nueva Jurídica. 2ª Edición. Bogotá: Colombia.

W E B G R A F Í A

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pdf>

Sentencias

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.

Corte Suprema de Justicia. Casación: 27.962 del 8 de agosto de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Casación: 29.001 del 19 de agosto de de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Casación: 36.262 del 13 de junio de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Casación: 38.975 del 6 de febrero de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Casación: 41505 del 11 de septiembre de 2013.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Radicado: 11001600002820110046102
del 13 de agosto de 2014.