

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado Ponente**

SP7856-2016

Radicación N° 47.666

Aprobado acta N° 179

Bogotá, D. C., quince (15) de junio de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 2 de febrero de 2016, el Tribunal Superior de Cali declaró al doctor **Édgar Zúñiga Hormiga** autor penalmente responsable de la conducta punible de prevaricato por acción. Le impuso 48 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa de 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria.

El acusado y el defensor apelaron la decisión.

La Sala resuelve esas impugnaciones.

ANTECEDENTES

1. Luego de que el 12 de marzo de 2012 formulara imputación, en escrito que la Fiscalía radicó el 11 de abril siguiente acusó al doctor **Édgar Zúñiga Hormiga** de haber incurrido en el delito señalado, previsto en los artículos 413 y 415 del Código Penal, especificando los siguientes hechos:

(I) Aproximadamente a las 10 de la mañana del 29 de agosto de 2010, integrantes de la policía que patrullaban un sector popular de Cali escucharon disparos, vieron un hombre correr, a quien los transeúntes señalaban como autor de un homicidio. Los agentes lo retuvieron cuando pretendía subirse a una motocicleta que lo esperaba y era conducida por una mujer.

En un bolso que portaba el hombre fue hallado un revólver calibre 38 largo, con 4 vainillas y 2 cartuchos, coincidentes con los que causaron el deceso de Hoover Antonio Betancourt. La conductora de la moto fue identificada como Lilia Lorena Marulanda Bayona, esposa del occiso y amante del parrillero y autor de los disparos, Juan Carlos Tenorio.

(II) El 30 de ese mes, en el Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de esa ciudad, a cargo del doctor **Édgar Zúñiga Hormiga**, se realizaron las audiencias de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento contra los aprehendidos, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

La Fiscalía solicitó detención domiciliaria para la mujer, por tratarse de madre cabeza de familia de dos hijos menores, procreados con el posterior occiso, e intramural para su novio.

El juez accedió al pedido y, en decisión considerada manifiestamente contraria a la ley, arbitraria y caprichosa, hizo extensiva la detención domiciliaria a Tenorio, al precisar que adquirió la condición de padre cabeza de familia de los mismos niños cuando estableció unión marital de hecho con aquella, evento en el cual asumió el compromiso de manutención de los infantes. A los dos sindicados les concedió permiso para trabajar.

2. Luego de realizadas las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, se emitió el fallo impugnado.

EL FALLO IMPUGNADO

1. Si bien las estipulaciones probatorias versan sobre hechos, en casos como el presente, el discurrir procesal y

las posiciones asumidas por las partes, lo aceptado se encuentra íntimamente relacionado con el ingreso de los soportes de las mismas y su valoración.

Las estipulaciones son pactos inter-partes y, por ello, son estas quienes brindan el alcance correspondiente a las mismas, razón por la cual no tiene razón la defensa cuando pretende que no hay lugar a valorar los documentos soporte de las estipulaciones logradas, como que esos soportes ingresaron como pruebas junto con las estipulaciones, según lo admitieron defensa y Fiscalía, pues realizaron los convenios como una unidad inescindible entre lo estipulado y sus anexos o soportes, máxime que así lo expresaron los dos en las audiencias y renunciaron a varias pruebas en el juicio por la misma razón, en el entendido de que estas, las pruebas, habían ingresado con los convenios.

Sobre el aspecto objeto de investigación, la Fiscalía y la defensa expresaron con claridad que estipulaban el hecho de que el acusado adoptó la decisión señalada de prevaricadora, junto con la transcripción que se hizo de la audiencia. Se aclaró que lo estipulado era que el procesado profirió esa decisión por lo motivos expuestos de manera expresa allí.

El juzgador aceptó la estipulación en los términos acordados, esto es, con sus soportes, lo cual significó que todo podía ser objeto de valoración.

2. La decisión del juez acusado es manifiestamente contraria a la ley porque en el caso no cabía conceder la detención domiciliaria a Juan Carlos Tenorio conforme con el artículo 314.5 de la Ley 906 del 2004, pues no era padre de los menores, estos no estaban a su cargo y había dado muerte al progenitor de ellos, lo cual fue puesto en conocimiento del funcionario, quien, dada la gravedad del hecho, debió brindar explicaciones.

Si ya había concedido ese sustituto a la madre de los niños, incluyendo permiso para trabajar, era palmario que ya se encontraban protegidos y eso excluía idéntico beneficio para su pareja. Por lo demás, el instituto no fue pedido ni sustentado en forma adecuada y si bien la defensa aludió al mismo, no sustentó su petición, lo cual hizo el acusado, con elucubraciones alejadas de lo afirmado y demostrado en el trámite, además de que no argumentó sobre los fines de la medida de aseguramiento y a veces puso en boca del defensor palabras no pronunciadas por este.

El acusado no podía acudir al criterio superior de velar por los intereses de los niños, como que ninguna racionalidad fáctica o jurídica tiene que quienes se reputan pareja maten al padre de los dos menores y el juez argumente la ausencia de progenitor para beneficiar al amante homicida con la detención domiciliaria. Por lo demás, el juez citó legislación sobre la unión marital de hecho, inadmisibles en este caso donde los acusados solo eran pareja, al punto de que concedió la detención en domicilios diversos para cada uno.

El elemento doloso surge de la propia actividad del juez al conceder una detención domiciliaria que no tenía cabida desde la perspectiva legal, jurisprudencial y probatoria y, para hacerlo, procedió a suplir la carga que incumbía exclusivamente a la defensa, para incorporar elementos no planteados en los alegatos, pero, además, dando por demostrados hechos que no lo estaban y dejando de analizar las exigencias legales, como que en modo alguno podía concluirse en la condición de padre cabeza de familia porque no era el progenitor, y no cabía pues el instituto ya lo había otorgado a la madre porque los niños habían quedado huérfanos precisamente en razón a que los dos acusados habían matado al padre.

El dolo se evidencia cuando el entonces juez, sin petición alguna, incorporó a sus argumentos y a la imputación hecha a los señalados homicidas, haber actuado en estado de ira o intenso dolor, lo cual resulta más salido de contexto pues ello no fue ni alegado por el defensor ni precisado por la Fiscalía, como tampoco se aportaron elementos que estructuraran la atenuante, además de que había precluido ese estadio, pues, agotada la imputación, se encontraba para resolver el pedido de medida de aseguramiento.

LOS RECURSOS

1. El defensor del acusado reclama la absolución, por cuanto el Tribunal tergiversó el medio probatorio, esto es, se tuvo por cierta una prueba inexistente.

Equivocadamente el Tribunal razonó que en punto de estipulaciones probatorias era válido apreciar los documentos que se anexaron como soportes a ella, en contravía de lo dicho por la Corte. Lo acordado fue la decisión que adoptó el acusado, luego no podía tenerse por probado, como se hizo, la grabación y la transcripción anexas; en apoyo de su tesis cita las decisiones de la Corte del 6 de febrero de 2013 (radicado 38.975), 28 de noviembre de 2012 (radicado 40.171), 23 de octubre de 2014 (radicado 39.538) y 25 de noviembre de 2015 (radicado 46.688).

Lo estipulado fue que el acusado emitió la providencia que concedió la detención domiciliaria a Juan Carlos Tenorio, de tal forma que no podía concluirse en el prevaricato dando por probado el contenido de los registros y transcripciones presentados como soporte de lo acordado, como que se trataba de elementos probatorios independientes, que no fueron practicados ni controvertidos.

La valoración probatoria del Tribunal fue errada, pues hizo consideraciones sobre la imputación y legalización de captura por estar dentro del registro de la audiencia, tratándose de prueba inexistente.

Sobre el tipo subjetivo, el Tribunal dedujo el dolo a partir de los mismos elementos inexistentes (la petición que hizo el defensor antes de que se concediera el sustituto y el contenido de la providencia censurada).

De la última providencia de la Corte, citada arriba, se concluye que el prevaricato no se estructura porque no se aportó ningún elemento diferente a la providencia cuestionada.

2. El doctor **Zúñiga Hormiga** refiere que entre los sindicados de homicidio existía una unión marital de hecho. Si bien Juan Carlos Tenorio no era el progenitor de los menores, lo cierto es que la información que le fue puesta de presente generaba la inferencia razonable de que entre este y Lorena Marulanda existía una relación sentimental (amantes), luego de que esta se separara de su esposo, el posterior occiso, de donde surge acertado que en su condición de juez hubiese concluido que “quien quiere a la madre, quiere los hijos”, refiriéndose a los que no son de la pareja.

Reconocer esa relación sentimental era un deber suyo, en condición de juez de control de garantías, como que le competía respetar los derechos de los ciudadanos sometidos a acción penal, por lo cual, cuando se pidió la afectación a su libertad consideró cuál era la mejor protección que debía hacer a los menores hijos de la mujer y en qué esfera real se encontraba su amante, Tenorio.

La situación económica de la madre no era la mejor, unido a que su compañero (el occiso) eludió por un tiempo su obligación alimentaria, pudiéndose inferir que Tenorio aportaba económicamente a su compañera Liliana, todo lo

cual apunta a que la decisión cuestionada no acudió a argumentos desacertados.

Entre el posterior difunto y Tenorio se presentó una discusión, en desarrollo de la cual este fue agredido y su instinto de supervivencia le generó una reacción, de lo cual deriva que su decisión de otorgar a Tenorio la detención domiciliaria, que no intramural, no careció de fundamentos.

No fue caprichosa su intervención de que se reformulara la imputación en contra de la mujer (de coautora a cómplice), la cual nunca fue impuesta, sino que, a partir de lo expuesto por la Fiscalía, hizo el planteamiento, apoyado en la jurisprudencia que habilita ejercer un control material, por lo cual considera que el juicio en su contra se origina en una animadversión producto de su condición de dirigente sindical y defensor de los derechos humanos, todo lo cual va en detrimento de la autonomía judicial.

Es equivocado afirmar que en su decisión dio cabida al numeral 1° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Aplicó los artículos 307, literal A, numeral 2°, 308 a 312 y 314.1.5, lo cual hizo que su decisión fuera imparcial y ausente de dolo.

3. La Corte no se ocupará del escrito allegado por la Fiscalía, en condición de no recurrente, en atención a que de las constancias del expediente deriva que el mismo se

presentó de manera extemporánea, el 22 de febrero de 2016, cuando el lapso expiró el día 16.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala resolverá la impugnación bajo el entendido de que su competencia es funcional, esto es, se ocupará exclusivamente de los aspectos objeto de inconformidad y, de resultar necesario, extenderá su decisión a los que resulten inescindiblemente ligados a aquellos.

2. La Corte *confirmará* el proveído recurrido. Las razones para hacerlo, que se apartan de los planteamientos de los recurrentes, son las que siguen.

3. Para postular un medio de gravamen, en el anhelo de que sea estudiado y resuelto por el juez competente, en quien lo propone deben concurrir dos elementos, sin los cuales su pretensión no será objeto de valoración.

La primera exigencia es la *legitimación para el proceso*, que hace referencia a que quien propone el recurso hubiese sido reconocido, previo el cumplimiento de las exigencias previstas por el legislador, como sujeto procesal, parte o interviniente. En este contexto no admite discusión que el señor abogado, debidamente reconocido como defensor del acusado, en cuya condición actúa, tiene interés procesal para apelar el fallo de primer nivel.

El segundo presupuesto apunta a la *legitimación en la causa* por la que se aboga, o *interés jurídico para recurrir* propiamente dicho, requisito relacionado con el daño, el perjuicio, el gravamen que de manera real o efectiva hubiese causado la providencia al quejoso.

Ese detrimento se mide en relación con los intereses que defiende el sujeto procesal que postula el recurso, pues es evidente que si la decisión cuestionada beneficia a la parte que propone la impugnación, esta queda deslegitimada para pretender la revisión de la providencia.

Si la decisión judicial censurada se pronuncia en los específicos términos reclamados por el sujeto procesal, deriva obvio que la misma no puede perjudicarlo. Por la misma vía, si la providencia deja de pronunciarse sobre un determinado tópico, porque no le fue pedido y no se imponía decretarlo de oficio, la parte carece de interés para reclamar por vía de impugnación, como que lo pretendido es la reparación de un agravio y mal puede perjudicar lo que no se resolvió por cuanto no fue solicitado.

Si, proferida una determinación, la parte deja expirar los plazos legales para recurrirla, se deslegitima para intentar medios de gravamen extraordinarios u otras acciones posteriores (en razón de los mismos hechos y derechos), en tanto esa pasividad demuestra conformidad de su parte con lo resuelto, esto es, que no lo perjudicó. En tal contexto, mal puede alegarse con posterioridad un daño que, dentro de la vía normal, se tuvo por inexistente.

4. El procedimiento penal implementado por la Ley 906 del 2004 estructura lo que se ha denominado como un sistema de partes, en el entendido de que dos partes (fiscalía y defensa) acuden ante un juez imparcial que, sin conocimiento previo de los hechos, habrá de resolver de conformidad con el convencimiento a que llegue según las pruebas que aquellas le pidan, se decreten y practiquen en un juicio público que él debe dirigir.

Con la finalidad de que ese juicio se centre en aspectos sustanciales, el legislador previó la posibilidad de que de común acuerdo entre las partes se haga una depuración anterior al debate en aras de que este verse sobre lo trascendente y no se desgaste en temas sobre los que no se tiene ánimo de controversia,

Así, los artículos 10, inciso 4° (norma rectora, obligatoria, prevalente sobre cualquiera otra y que debe utilizarse como fundamento de interpretación, artículo 26), y 356, numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal, facultan a las partes para que lleguen a acuerdos o estipulaciones probatorias que versen sobre aspectos en los cuales no exista controversia sustantiva, sin que impliquen renuncia a los derechos constitucionales.

La última disposición regula que los acuerdos tienen como finalidad tener por probados “algunos de los hechos o sus circunstancias”, en tanto que el principio rector refiere que se pueden estipular “aspectos”, lo cual parece ofrecer una amplia gama de tópicos a convenir.

4.1. La jurisprudencia de la Corte se ha ocupado del tema, a efectos de realizar algunas precisiones, de la siguiente manera:

(I) El convenio excluye la actividad probatoria sobre el hecho específico, el que el juez debe tener por cierto, de tal forma que no puede admitirse, por improcedente e inútil, la introducción de una prueba que pretenda dar por demostrado un hecho estipulado, como tampoco puede ejercerse contradicción sobre ese aspecto (sentencia del 10 de octubre de 2007, radicado 28.212).

(II) Admitida la estipulación, cuyo contenido, alcance y límites debe quedar claro para las partes y el juzgador, no hay lugar a la retractación unilateral, en tanto, de admitirse, se rompería el equilibrio entre los adversarios. Es *“factible acordar o tener por probado que el ciudadano A suscribió el documento B, y, entonces, ese 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”* (19 de agosto de 2008, radicado 29.001; 17 de octubre de 2012, radicado 39.475).

(III) El objeto de estipulación es un hecho concreto, no un determinado elemento material probatorio (26 de octubre de 2011, radicado 36.445).

(IV) La estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho, de donde deriva que no hay

lugar a anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, pero si las partes convienen hacerlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho acordado, pues si refiere aspectos fácticos diversos, estos no pueden valorarse en ningún sentido, pues el anexo no constituye prueba alguna, en tanto no ha sido introducido ni controvertido en el juicio (6 de febrero de 2013, radicado 38.975).

5. De la última decisión reseñada deriva que, siendo la estipulación prueba en sí misma, carece de sentido, resulta inoficioso, que a ella se hagan anexos, como el objeto del convenio, en tanto el hecho está demostrado por aquella y, por ello, ese anexo no debe ser valorado o, de serlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho que se estipuló como probado.

Así, la decisión no descartó de manera tajante la posibilidad de que una estipulación sea acompañada de un anexo, como el objeto del acuerdo, y mientras esta providencia no excluyó esa eventualidad, una anterior, la 39.475, concluyó como viable que ello suceda, en el sentido de que se puede estipular un hecho concreto, no así su contenido, lo cual torna necesario la incorporación del respectivo elemento.

Por vía de ejemplo se previó la posibilidad de acordar o tener por probado que el ciudadano A suscribió el documento B, y, entonces, ese 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, su existencia física, pero sobre su contenido es factible la controversia probatoria que a bien tengan las partes.

Más claro: supóngase que se acuerda la existencia de un título valor y que, en virtud de la tesis extrema de no acompañar la estipulación con anexo alguno, no se admita la incorporación del documento, pero puede suceder que sobre este se pregonan falsedad y estafa, de donde deriva que si se impide su incorporación por el pretendido acuerdo, el juicio carecería de objeto.

En ese contexto, en el campo de las estipulaciones parece necesario reforzar el criterio ya expuesto respecto de que cuando se acuerde un hecho, por vía de ejemplo, la existencia de un documento, pero las partes plantean controvertir su contenido, de necesidad se impone incorporar el mismo para el debate probatorio.

6. La norma rectora, artículo 10, inciso 4º, de la Ley 906 del 2004, marca el derrotero que debe seguirse cuando de estipulaciones probatorias se trata, en el entendido de que los acuerdos o estipulaciones pueden versar sobre aspectos (el artículo 356.4, concreta que estos son “hechos o sus circunstancias”) en los que no exista controversia sustantiva, “sin que implique renuncia de los derechos constitucionales”.

Nótese, entonces, que el criterio orientador apunta a que las partes se encuentran habilitadas para convenir

cualquier hecho o circunstancia de este, con el único límite de que no se vulneren derechos fundamentales constitucionales.

Ese es el único límite impuesto por el legislador a las estipulaciones (no se olvide el carácter prevalente, obligatorio del principio rector), de donde deriva que existe libertad plena al respecto, siempre que lo convenido por las partes no traspase, al punto de vulnerar, aquellas garantías.

En este contexto, cuando el artículo 334 procesal, bajo el título de “Excepciones a la regla de la mejor evidencia”, alude a que hay lugar a exceptuar del criterio general sobre mejor evidencia cuando “se estipule la innecesariedad de la presentación del (documento) original”, se entiende que no se está ante un mandato taxativo, sino simplemente enunciativo.

Desde aquel postulado surge que la razón de ser del tema tratado es el pragmatismo con el que el legislador reguló el asunto, sin que ello comporte desconocer lo sustancial.

En efecto, un criterio que recorre varios de los institutos del sistema procesal de la Ley 906 del 2004 radica en que su puesta en marcha y alcances se deben valorar desde sus efectos prácticos. Así, lo que ha dado en denominarse como “justicia premial” (acuerdos, allanamientos, principio de oportunidad) tiene como finalidad útil que, a cambio de hacerse a prebendas

punitivas, el sujeto pasivo de la acción penal incida en la terminación pronta del juicio, colaborando con la descongestión judicial, con la eficiencia del aparato judicial.

Con esa mirada útil, se pretende que solo un porcentaje menor de los hechos delictivos puestos en conocimiento de la Fiscalía, transiten por la totalidad del juicio penal, porque si todas las conductas por investigar fuesen llevadas a debate, el sistema colapsaría.

La regulación de las estipulaciones probatorias tiene la misma connotación, esto es, que el criterio válido para juzgar la legitimidad de lo que las partes pretenden acordar, es el pragmatismo, son sus efectos prácticos, en cuanto si el hecho o su circunstancia acordada apunta a filtrar el juicio de controversias sobre aspectos insustanciales, accesorios, con la finalidad de que el debate se ocupe de su razón de ser, de su objeto, de lo principal, de lo sustancial.

Por lo mismo, la actividad del juez en la audiencia preparatoria resulta trascendente, como que tiene la carga de velar, no solo porque al debate oral lleguen exclusivamente las pruebas que se refieran a los hechos de la acusación, de conformidad con las reglas de pertinencia, conducencia, utilidad y admisibilidad, sino que en el campo de las estipulaciones, los convenios sean lo suficientemente claros sobre el hecho o circunstancia que se tiene por probado.

Cuando se convenga entregar documentos, igual se impone que el juez vele porque, por las partes, se concrete sin lugar a equívocos tanto el aspecto que se exonera del debate, como aquel que ha de controvertirse, toda vez que, en virtud de las reglas generales señaladas, nada se opone a que, por vía de ejemplo, sobre un solo documento se convenga una parte y se pretenda debatir otra o que se admita su autenticidad total o parcial.

Valga un ejemplo: si en un juicio por prevaricato supuestamente cometido por el juez dentro de un proceso, las partes estipulan la existencia del expediente, conformado por múltiples cuadernos, el juez está obligado a intervenir para que no ingresen todos los folios, en el entendido de que muchos de ellos no tienen incidencia alguna sobre el asunto a juzgar. Así, deberá instar a las partes para que especifiquen cuál fue el acto supuestamente prevaricador, que si la sentencia, entonces será ésta la que se debe incorporar, pero si se aduce que esta se soportó en la valoración de determinadas pruebas, también se anexarán, pero nada más. Debe decantarse el juicio, limpiarse, excluyendo aquella que no es objeto de controversia.

7. El señor defensor carece de interés para postular su inconformidad, que radica única y exclusivamente en que al Tribunal le estaba vedado valorar las pruebas a partir de las cuales estimó demostradas la tipicidad de la conducta y la responsabilidad del acusado, en el entendido de que ellas hacían parte de anexos de las estipulaciones logradas entre las partes.

En ese contexto, agrega, esos anexos quedaban excluidos del material probatorio, como que el único elemento a considerar como tal y, por ende, objeto de valoración y soporte de las decisiones, era la estipulación misma, como que esta es la que tiene carácter de prueba, no los documentos adjuntos, que no fueron practicados dentro del juicio oral, ni debatidos.

(I) Sobre el tema de las estipulaciones y los soportes a las mismas, la Corte se remite al apartado anterior, como que el presente es uno de esos eventos en donde se estipula la existencia de un documento (la providencia tachada de prevaricadora), pero se pretende se inadmita el documento a ingresar por remisión (la providencia misma y lo debatido en la audiencia).

(II) Dentro del sistema procesal de partes por el cual se adelantó el juicio al doctor **Zúñiga Hormiga**, la Fiscalía y la defensa construyeron el debate probatorio de la siguiente manera:

(a) En el escrito de acusación la Fiscalía refirió como hechos la aprehensión en flagrancia de Lorena Marulanda, cuando conducía una moto, en la cual iba como parrillero su amante Juan Carlos Tenorio, a quien se incautó un arma de fuego con la cual previamente había dado muerte a Hoover Betancourt, esposo de la primera y padre de sus dos hijos menores.

(b) Ante el Juez Penal Municipal de control de garantías, doctor **Zúñiga Hormiga**, la Fiscalía legalizó la

captura de los anteriores, les imputó los delitos de homicidio y porte de armas y pidió medida de aseguramiento detentiva para los dos, domiciliaria para la mujer, dada su condición de madre cabeza de familia, e intramural para el hombre.

El defensor respaldó la petición para Lorena y sobre Tenorio pidió la libertad y, en su defecto, la domiciliaria, según el artículo 314, precisando una residencia diferente para cada uno de los procesados.

(c) El juez **Zúñiga Hormiga**, refiriendo esos antecedentes, concedió la detención domiciliaria (así como permisos para trabajar) a los dos capturados como padre y madre cabezas de familia, según los artículos 307,A,2 y 314,1,5 del Código de Procedimiento Penal. Sobre Tenorio afirmó que la ley impone obligaciones a quien establece una unión marital de hecho, a quien asumió el compromiso de manutención de los hijos de la mujer, imponiéndose aplicar la misma medida.

(d) Dentro de las pruebas relacionadas para hacer valer en el juicio, la Fiscalía citó los testimonios de los miembros de la Policía Judicial Zoraida Naranjo y William López, para introducir con ellos los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, entre ellos, la inspección realizada al juzgado de garantías con sus anexos (las actas de las audiencias realizadas y los discos).

En la audiencia preparatoria la Fiscalía enlistó los elementos ya descritos, discriminando cada una de las actas y discos a introducir. A pesar de que la defensa se opuso, con el argumento de que el descubrimiento había sido incompleto, lo cierto es que ese acto previo (dentro del cual no hubo queja alguna) se cumplió en su integridad, pues a la parte defendida le fueron entregados en su totalidad, según la Corte lo explicó con suficiencia en auto del 10 de diciembre de 2014 (AP7667, rad. 41.802).

(e) Haciendo uso de la facultad que les otorga la ley, las partes realizaron varias estipulaciones, entre las cuales, en lo que interesa al tema debatido, se encuentran:

“CUARTA ESTIPULACIÓN... hemos estipulado el siguiente hecho como probado: la concesión de domiciliaria el 30 de agosto de 2010... adoptada por el doctor EDGAR ZÚÑIGA HORMIGA. Su contenido es el siguiente: el procesado, doctor EDGAR ZÚÑIGA HORMIGA, en condición de JUEZ SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE CALI CON FUNIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS, fue el funcionario que el 30 de agosto de 2010, concedió detención domiciliaria como padre y madre cabeza de familia y permiso para trabajar a LILIA LORENA MARULANDA BARONA y JUAN CARLOS TENORIO BERMÚDEZ, con fundamento en las consideraciones y argumentaciones expresadas en la respectiva audiencia preliminar y que obran en el CD, copia de transliteración y acta de audiencia de esa fecha que se anexan a la presente como soporte de su contenido, dicha decisión se profirió... como imputados de homicidio agravado... estos hechos se soportan en el CD, 17 folios contentivos de la transliteración de dicha audiencia y la copia del acta de la misma que se anexan como soportes de dicha decisión... se adjunta el estuche del CD que se descubrió y los 17 folios de la transliteración”.

“ESTIPULACIÓN NÚMERO 5... hemos estipulado el siguiente hecho como probado: los señores JUVER ANTONIO BETANCOURT VALENCIA y LILIA LORENA MARULANDA estaban separados de hecho. Contenido: primero, los señores... estaban separados de hecho para el momento en que se dio muerte al primero en agosto de 2010, por lo cual no convivían bajo el mismo techo, dos, como consecuencia de lo anterior el señor JUVER

ANTONIO BETANCOURT VALENCIA efectuó declaración extra-juicio en julio 28 de 2010 en que manifestó bajo juramento que hacía dos años no convivía con LILIA LORENA MARULANDA BARONA. Estos hechos se soportan con la copia de la declaración extra-juicio”.

“ESTIPULACIÓN NÚMERO SEIS... los señores JUVER ANTONIO BETANCOURT VALENCIA y LILIA LORENA MARULANDA BARONA conciliaron por alimentos. Su contenido es el siguiente: uno, los señores... efectuaron una conciliación por alimentos el 6 de julio de 2009... dos, que el valor acordado fue la suma de 160.000 pesos para los alimentos de sus hijos en común, que aquel debía entregarle... cada mes, estos hechos se soportan en la copia del acta de audiencia de conciliación... se adjuntan 4 folios”.

Cuando se le surtió el traslado sobre el asunto, el defensor expresamente refirió que esas fueron las estipulaciones a las cuales *“llegamos el día de la audiencia preparatoria, las verificamos en esta misma audiencia... yo las firmé porque son las que así están plasmadas allí tal como se había acordado... no tengo ningún reparo”.*

En virtud de ese desarrollo y la admisión de las estipulaciones por parte del Tribunal, el delegado de la Fiscalía decidió renunciar a varios testimonios, entre ellos, el de la funcionaria de Policía Judicial, toda vez que su función era introducir los discos, actas y demás documentos que ya obraban como parte de las estipulaciones.

La defensa tomó la palabra y expresó que *“ante las estipulaciones prácticamente yo también me quedé sin testigos porque estando estipulado, con las nueve estipulaciones de esos hechos y circunstancias, entonces inoficioso y no vendría el testimonio de... porque me quedé*

sin objeto sobre el cual preguntarle porque ya está estipulado, entonces la defensa desiste de las pruebas testimoniales que le fueron decretadas... porque no tengo objeto para el cual traerlos”.

(f) De la reseña que acaba de hacerse deriva que en todo el acontecer procesal la postura de la defensa fue clara y expresa respecto de que fue su deseo, del cual nunca se retractó (no podía hacerlo, por lo demás), lograr las estipulaciones citadas, en los términos que aparecen en ellas, anexando a todas soportes, los cuales siempre se entendieron como parte integral de los acuerdos.

De manera expresa el señor apoderado fue reiterativo en referir su conformidad con el contenido de las estipulaciones, esto es, que los anexos relacionadas en cada una se tenían como parte inherente a lo convenido. Tanto fue así que de manera categórica decidió renunciar a varias de las pruebas pedidas y decretadas, en el entendido de que carecían de objeto, pues lo que habrían de aportar los declarantes aparecía contenido precisamente en los anexos de las estipulaciones.

Tan claro es lo anterior que el fundamento principal del acusado, en su escrito de apelación, para reclamar ausencia de delito o del tipo subjetivo, está dado precisamente en la necesidad de que se valore el contenido de los diversos documentos entregados con las estipulaciones, de donde se colige su conocimiento claro de que los mismos ingresaron en forma legal al juicio.

Por tanto, si la postura reiterativa y única de la defensa en el debate oral fue admitir como hechos probados tanto el contenido de las estipulaciones, como el de los documentos anexados a ellas, se encuentra deslegitimado para acudir a última hora a reclamar que ellos no pueden ser apreciados, pues acude a una inadmisibile retractación.

Ese proceder riñe con el principio de lealtad, en tanto, habiendo convenido las partes que los documentos entregados con las estipulaciones formaban parte de estas y debían ser apreciados, las dos (no solo la Fiscalía) procedieron a renunciar a la práctica de las pruebas legalmente pedidas y decretadas, que apuntaban precisamente a introducir esos documentos, pues las dos entendieron, y así lo afirmaron expresamente, que tales elementos habían ingresado al juicio y resultaba inoficioso y dilatorio practicar pruebas que apuntaban a lo que ya se había logrado por consenso entre las partes.

Así, el defensor carece de legitimidad para postular se rechace lo que admitió expresa y reiteradamente.

8. El doctor **Zúñiga Hormiga** insiste en que no contrarió la ley, en tanto entre los dos detenidos existía una unión marital de hecho, pero en la providencia cuestionada (tampoco en el juicio y en el sustento de la apelación) no verificó probatoria y jurídicamente que las dos personas, sin estar unidas en matrimonio, hicieran comunidad de vida permanente y singular, que es como la Ley 54 de 1990 define el instituto.

No solo no lo hizo, sino que, por el contrario, al momento de favorecer a Tenorio Benavides con la detención domiciliaria (previamente la había otorgado a Lorena Marulanda), dispuso que cada uno cumpliera la reclusión en su propia residencia, distantes en mucho una de la otra, de lo cual surge como inobjetable que no existía comunidad de vida permanente, dejando sin piso sus excusas.

9. En el momento de emitir la providencia censurada, el señor juez acusado ya había concedido la detención domiciliaria a la progenitora de los menores, accediendo al pedido de la Fiscalía por verificarse su condición de madre cabeza de familia.

En esas condiciones, el propio funcionario dejaba sin posibilidad de aplicar igual criterio respecto de la pareja (que no compañero permanente) de aquella, señor Tenorio Benavides.

En efecto, la detención domiciliaria, bajo el entendido de que se está ante quien ejerce como cabeza de familia (sea la madre o el padre), de que trata la Ley 750 del 2002, debe entenderse en los términos del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por la ley 1232 de 2008, esto es, que tiene a su cargo hijos menores de edad o discapacitados cuyo cuidado integral (protección, educación, afecto, educación, orientación, etc.) depende económica y exclusivamente de ella.

La concesión del sustituto parte del supuesto necesario de que, previo a su detención, se demuestre que el procesado, él solo, sin apoyo alguno, estaba al cuidado de sus hijos, de tal manera que la privación de la libertad trajo como consecuencia el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos (confrontar auto del 14 de marzo de 2007, radicado 26.597).

10. La vasta experiencia profesional y académica del acusado en el área penal, que fue estipulada (con anexos), conduce a que estaba al tanto de lo anterior, máxime su prolongado ejercicio como juez de garantías, en desarrollo del cual hubo de pronunciarse de manera reiterativa sobre la detención domiciliaria, aspecto que a la vez fue tenido como probado de común acuerdo entre las partes.

En este contexto, como bien razonó el Tribunal, mal podía el señor juez de garantías tener a Tenorio Benavides como padre cabeza de familia de los hijos de Lorena Marulanda, porque (i) antes de ser aprehendido no los tenía a su cuidado (no eran hijos suyos), (ii) no convivía con aquella, (iii) había reconocido esa condición a la mujer, lo cual descartaba que pudiera pregonarse que el hombre quedaba como exclusivo protector de los infantes, (iv) no existía un desamparo económico porque el padre entregaba una cuota mensual para esos efectos, además de que otorgó a Lorena permiso para trabajar.

11. Un hecho trascendente que la parte defendida deja de lado apunta a que, con independencia de lo que el juicio

respectivo haya verificado, cuando menos sumariamente se demostró, y el señor juez acusado lo tuvo por probado, que al parecer los dos capturados se habían confabulado para dar muerte al esposo de la mujer y padre de los niños.

En ese contexto, con el Tribunal debe concluirse que repugna al sentido común que la madre y su novio opten por dar muerte al esposo y padre de los niños para, así, generar el desamparo de estos para que el novio homicida adquiriera la condición de padre cabeza de familia, y que el juez, para reconocérsela, invoque el interés superior de la protección de los niños, como que la conducta que se premia fue la que precisamente los privó de su progenitor.

12. Con fundamento en las pruebas estipuladas, con tino el Tribunal verificó que el instituto concedido no fue solicitado ni, por ende, sustentado. En efecto, la postura del defensor ante el señor juez de garantías fue la de prohijar el pedimento de la Fiscalía sobre la concesión de la detención domiciliaria a Lorena Marulanda y respecto de Tenorio Benavides solo acudió a algunas frases genéricas, para decir que se le concediera libertad o “la domiciliaria”, pero sin soporte probatorio y jurídico alguno, ni la especie de “domiciliaria” a la que aspiraba y por qué.

Por tanto, estándose ante un sistema de partes, rogado, en donde el juez debe ser plenamente imparcial, se impone que resuelva las peticiones de las partes, de donde deriva que la respuesta a la defensa de Tenorio Benavides

ha debido brindarla en consonancia con sus planteamientos, lo cual no solo no sucedió, sino que el doctor **Zúñiga Hormiga** se dedicó a rehacer la postulación defensiva y a resolver temas no pedidos, como que tuvo que elaborar un discurso sobre la detención domiciliaria, la condición de padre cabeza de familia y la concesión de permisos para trabajar, nunca reclamados ni sustentados probatoria ni jurídicamente, además de que, como acaba de verificarse, no se satisfacían las exigencias legales para adjudicar al detenido un carácter que no tenía.

13. La misma situación se presenta cuando el acusado explica que dio cabida al numeral 1° del artículo 314 procesal, como que la norma supedita la concesión de la detención domiciliaria, a cambio de la intramural, a que el aspecto sea “fundamentado por quien solicite la sustitución”, debiéndose resolver por el juez previa la verificación de “la vida personal, laboral, familiar o social del imputado”. Ya se vio, y se reitera, que el defensor de Tenorio Benavides no solo no hizo ese tipo de solicitud sino que, por contera, no fundamentó el sustituto ni los aspectos aludidos.

14. En la misma línea cabe resaltar, como hizo el Tribunal, que encontrándose el señor juez acusado valorando las exigencias para resolver la medida de aseguramiento, procedió, sin que la Fiscalía (tampoco la defensa) hubiera postulado esa pretensión, a modificar la imputación en el sentido de pregonar que se tipificaba el

homicidio pero con el atenuante del estado de ira o intenso dolor, conminando al juez de conocimiento a tener por incluida esa modificación.

Esa actitud demuestra, de nuevo, el quebrantamiento ostensible de la ley, en tanto la imputación fáctica y jurídica fue realizada por la Fiscalía, sin cuestionamiento alguno de la defensa, y el juez, de oficio, sin petición de parte, tomó partido en favor del acusado, beneficiándolo con ese aspecto, además de que lo hizo con omisión del principio de la preclusión de las etapas, como que la audiencia de imputación había expirado, el acto de tipicidad quedó consolidado y la adición la hizo el juez, no la parte facultada legalmente para hacerlo y sin siquiera postulación de la defensa.

15. En apoyo de su tesis, la defensa acude a la sentencia 39.538 de la Corte del 23 de octubre de 2014. Cabe precisar que en la decisión señalada (SP14499, radicado 39.538, 23 octubre 2014) la Corte se pronunció en los siguientes términos, que resultan plenamente aplicables en el presente asunto, según lo demostrado a lo largo del presente fallo:

“La inviolabilidad e intangibilidad de la decisión judicial no es inmunidad ni impunidad, no hace al funcionario judicial irresponsable en términos totales, pues no ampara las providencias proferidas con dolo, corrupción, las actuaciones subjetivas, caprichosas, arbitrarias, las que son objetiva y manifiestamente groseras, donde no hay duda que el ánimo no es acertar, sino abandonar deliberadamente este propósito para aplicar el derecho y la justicia al revés”.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Confirmar el fallo impugnado

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL**

Salvamento de voto.

Magistrado: Eugenio Fernández Carlier.

Radicado: 47.666.

Acta 179 de 15-06-2016.

En el proceso de la referencia, presento los argumentos que me llevan a salvar el voto del criterio mayoritario adoptado por la Sala en la sentencia de segunda instancia en la que se confirma la condena de ÉDGAR ZÚÑIGA HORMIGA por el delito de prevaricato por acción, pues a mi juicio, se apreciaron y valoraron pruebas ilegales incorporadas al juicio oral a través de las estipulaciones que recayeron sobre pruebas y no sobre hechos, con lo cual se afectaron garantías del acusado.

Para sustentar la afirmación que se hace en el párrafo anterior, expongo como apoyo la consulta y el estudio que he hecho sobre las estipulaciones probatorias al amparo de la Ley 906 de 2004, dogmática con base en la cual estimo que la decisión de la Sala mayoritaria no se ajusta a la comprensión de las estipulaciones que la ley procesal permite tener como fundamento probatorio de una decisión.

También se distancia la susodicha providencia de lo que legalmente se permite como objeto de una estipulación, pues por esa vía se desconoce el interés de la parte para oponerse a la incorporación de estipulaciones.

Los juicios sobre las estipulaciones que no comparto se apoyan en mi siguiente criterio sobre aquellas:

Las estipulaciones probatorias.

1. Registro jurisprudencial.

1.1 Precedente jurisprudencial.

En punto de las estipulaciones, la Sala de Casación Penal, en CSJ AP, 8 ago. 2007, rad. 27.962, precisó:

*«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** (subraya fuera de texto).*

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.

Por lo tanto, si en este particular evento se estipuló como hecho probado que el acusado RAFAEL

ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA se encuentra en profundas situaciones de marginalidad y extrema pobreza, es claro que los anexos que soportan dicho aserto que, valga repetirlo, se entiende probado y aceptado por las partes, no son susceptibles de valoración probatoria alguna por parte del juzgador, por la potísima razón que en sí mismos no tienen entidad o virtualidad probatoria y las partes ya, dentro de su capacidad consensual, establecieron en la estipulación cuál es el efecto concreto, en punto de hechos trascendentes para el proceso, que se estima demostrado, sin importar si esos elementos de juicio abordan otros aspectos, que, desde luego, resultan intrascendentes para lo efectivamente asumido por los sujetos procesales como objeto de estipulación específica».

La Corte, CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26.411, admitió como válida y aceptó la eficacia probatoria de una estipulación que tuvo por objeto una prueba documental. En la citada decisión se registra:

«El Juez de primer grado absolvió al procesado con el argumento de que “...no aparece en su contra una prueba directa o indirecta que lo vincule a los hechos juzgados, sólo que fue retenido en compañía del menor de edad Cristian Pescador y en el inmueble donde fuera capturado había un arma [sic] sin que se hubiesen realizado los estudios correspondientes para determinar que él la portaba...”; no obstante, además de la imprecisión que señaló el Tribunal (eran dos armas las que había en un balde, junto a los capturados), la Sala advierte cosa diversa en materia de pruebas de cargo:

(...).

4) Una estipulación (video de reconocimiento en fila de personas).

*El investigador filmó un video de la diligencia de 1 minuto con 49 segundos que aportó, con cadena de custodia, a la audiencia de juicio oral y fue tenido como prueba **estipulada** en el proceso (la número 15). Al observar las imágenes es perceptible que a petición del*

*funcionario de Policía Judicial, el número 2 de la fila pronunció su nombre “**RICARDO ANTONIO SÁNCHEZ**”.*

El acta de la diligencia aparece suscrita por los representantes de la defensa, por el representante del Ministerio Público, por el testigo y por dos investigadores de campo; es parte de la Evidencia número 34.

*Ese reconocimiento en fila de personas y el video que da cuenta de que **RICARDO ANTONIO SÁNCHEZ** efectivamente fue reconocido por una de las víctimas tiene identidad probatoria, en tanto registros debidamente aportados como evidencia y sometidos a la controversia de las partes. Su apreciación debió haberse realizado de conformidad con los criterios establecidos para cada medio de convicción específico; por manera que no se trata de “simples documentos procesales” con los efectos minimizados que la defensa alegó.*

Advirtió con razón el Tribunal que la prueba de cargo ni siquiera fue controvertida por la defensa en la medida que no presentó su teoría del caso, no presentó pruebas de descargo contra las pruebas aducidas por el fiscal y limitó su intervención a las alegaciones conclusivas orientadas en todo caso a decir que si hubo una conducta delictiva más no prueba de responsabilidad penal.

La Sala encuentra que se trató de una estrategia defensiva que de ninguna manera implica –en el caso del procesado absuelto- ni la demostración de la duda ni la desvirtuación (Sic) de la presunción de la inocencia».

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el hecho específico materia de estipulación se da por demostrado y cierto con la estipulación misma, excluyéndose de la contradicción en el juicio oral (CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212), que el objeto de la misma es un hecho y no un elemento de prueba (CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36.445), y que no hay lugar a anexar documentos como soporte y, de allegarse, no deben ser valorados (CSJ SP, 6 feb, 2013, rad. 38.975).

1.2 Cambio de jurisprudencia.

La Sala, en la decisión de la que salvo voto, adoptada en la segunda instancia con radicación 47.666, cambió la línea jurisprudencial de la Corte en materia de estipulaciones, pues permite que las partes puedan estipular pruebas y, por esta vía, estas últimas, las pruebas, servir de fundamento para absolver o condenar.

Los argumentos en la decisión mayoritaria referida relevantes para efectos del salvamento de voto, son los siguientes:

«En ese contexto, en el campo de las estipulaciones parece necesario reforzar el criterio ya expuesto respecto de que cuando se acuerde un hecho, por vía de ejemplo, la existencia de un documento, pero las partes plantean controvertir su contenido, de necesidad se impone incorporar el mismo para el debate probatorio.

6. La norma rectora, artículo 10, inciso 4°, de la Ley 906 de 2004, marca el derrotero que debe seguirse cuando de estipulaciones probatorias se trata, en el entendido de que los acuerdos o estipulaciones pueden versar sobre aspectos...

Nótese, entonces, que el criterio orientador apunta a que las partes se encuentran habilitadas para convenir cualquier hecho o circunstancia de este, con el único límite de que no se vulneren derechos fundamentales constitucionales.

Ese es el único límite impuesto por el legislador a las estipulaciones...de donde se deriva que existe libertad plena al respecto, siempre que lo convenido por las partes no traspase, al punto de vulnerar, aquellas garantías».

2. Conceptualización de las estipulaciones probatorias.

En la dinámica del procedimiento de enjuiciamiento criminal establecido en la Ley 906 de 2004, que consagra un sistema adversarial y dispositivo, al recaer la iniciativa probatoria con exclusividad en las partes, resulta admisible – además de aconsejable - que la Fiscalía y la defensa, a efectos de simplificar el proceso, acuerden expresamente tener por acreditado aspectos de la investigación penal, esto es, uno o más hechos, no todos, respecto de los cuales no existe para aquéllos disenso, prescindiendo de su controversia a través del debate probatorio en el juicio oral.

Es así que, de acuerdo con el inciso 4° del artículo 10° de la Ley 906 de 2004 las estipulaciones deben versar sobre “aspectos” que no susciten controversia sustantiva para las partes y que no impliquen renuncia a los derechos constitucionales, y según el artículo 356, numeral 4°, de la citada Ley, en la audiencia preparatoria las partes pueden manifestar *«si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias»*, agregándose en el párrafo que *«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»*.

La Ley procesal penal caracteriza las estipulaciones a través de un acuerdo expreso exento de vicios (formación), de origen bilateral (las partes), para aceptar hechos o circunstancias (objeto), los que se tienen por probados (finalidad).

La estipulación entrega al proceso un hecho que se da

por demostrado y por ende se excluye del debate probatorio, el cual tiene incidencia en la teoría del caso del fiscal y la defensa.

Mediante la estipulación se da por cierta la afirmación que sobre un hecho convienen las partes, pero hay que señalar también que esa facultad no puede ser contraria a la razonabilidad, el debido proceso, al derecho de defensa, a la buena fe y lealtad, como tampoco a la igualdad ni a los supuestos que rigen el carácter dispositivo de la prueba ni las regulaciones que en esta última materia deben tenerse en cuenta para cuando sobrevengan renunciadas a situaciones que afectan de manera sustancial la situación jurídica del implicado.

2.1 Objeto de las estipulaciones.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en los que la legislación adjetiva penal expresamente admite la estipulación respecto de medios de prueba¹, el artículo 356 del C de P.P., como lo ha sostenido la Sala repetidamente², en el contexto nacional los acuerdos de esa naturaleza únicamente pueden estar referidos a hechos jurídicamente relevantes, a circunstancias fácticas de tiempo, modo, cantidad o lugar, y no resulta posible su

¹ Así, por ejemplo, el Código Procesal Peruano (CPP04), cuyo artículo 350, numeral 2°, dispone que “los sujetos procesales...podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba”. Al efecto, véase AGUIRRE CH, Javier. “Convenciones o estipulaciones probatorias. Su aplicación en el Perú”. En <http://www.incipp.org.pe>.

² Cfr. CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 8 agosto 2007, rad. 27962; CSJ AP, 14 nov. 2007, rad. 28635; CSJ AP, 28 nov. 2012, rad. 40171; CSJ SP, 30 ene. 2013, rad. 40.336. En sentido opuesto se decidió en el rad. 39.475.

celebración respecto de medios de convicción, elementos materiales probatorios, evidencia física o informes³.

La única excepción a la regla anterior la constituye lo señalado en los artículos 433 y 434 ibídem, según los cuales «*cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible...deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido*», salvo que «**se estipule** la innecesariedad de la presentación del original».

En esa perspectiva, el escenario en el cual una estipulación es admisible, que no está referida a un hecho, se relaciona con aquél en el que el objeto del acuerdo probatorio es el de atribuir consensualmente a la copia de una pieza documental un valor probatorio semejante al del original. En este caso, lo convenido no es el contenido del documento ni su autenticidad, sino la inaplicación de la regla de mejor evidencia de que trata el artículo 433 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, cuando la Fiscalía y la defensa acuerdan excepcionar la regla de mejor evidencia respecto de un documento, ello significa únicamente que el Juez podrá otorgar valor demostrativo a la copia como si del original se tratara. Es algo que tiene que ver exclusivamente con la idoneidad de la prueba documental, pero en todo caso a la parte interesada en la introducción de ese medio le corresponde demostrar que el documento cuya

³ CSJ AP, 18 sep. 2014, rad. 42.720.

incorporación (en copia) pretende es auténtico, es decir, que «*se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento*» (artículo 425, L. 906/2004), para lo cual debe agotar el procedimiento previsto en el canon 426 de la codificación en cita.

De lo anterior se sigue que la estipulación sobre la innecesariedad de la presentación de un documento original presupone que alguna de las partes pidió como prueba un elemento de conocimiento de esa naturaleza en la audiencia preparatoria, que el mismo fue decretado por el funcionario de conocimiento junto con el respectivo testimonio de acreditación y que en la vista pública ha de ser introducido e incorporado al acervo probatorio, previa autenticación y lectura de su contenido, conforme las reglas previstas para tal fin en la legislación adjetiva.

Lo anterior, porque el pacto sobre la inaplicación de la regla de mejor evidencia habilita la valoración plena del documento en copia, pero no conduce a pretermitir el trámite de solicitud, decreto e introducción del documento como prueba de su contenido.

Con todo, nada obsta para que, además de pactarse la inaplicación de la regla de mejor evidencia, la Fiscalía y la defensa acuerden también que ha sido elaborada, suscrita o manuscrita por una determinada persona, es decir, su autenticidad, en el entendido de que la autoría de un documento es un hecho, y puede ser pertinente de cara a la situación fáctica relevante que se investiga.

Ello, desde luego, se itera, tampoco libera a la parte interesada de la carga de lograr la incorporación del documento respectivo en el juicio para acreditar su contenido, sólo que no habrá lugar a controvertir o cuestionar su autenticidad, ni será necesario demostrarla.

Las partes pueden pactar hechos concretos y relevantes para la solución del caso examinado, lo convenido no deben ser pruebas porque con la estipulación misma se da por probado el hecho pactado.

En todo caso, cumplido el objeto del acuerdo probatorio conforme a derecho, resulta inane e inconveniente, como sucede con frecuencia en la práctica judicial, allegar documentos como sustento del mismo, porque con la estipulación se da por probado el hecho sustraído de controversia. Si a pesar de ello la Fiscalía y la defensa acompañan soportes probatorios, el juez no debe autorizar su ingreso y si el funcionario de conocimiento erradamente lo permite, ninguna valoración puede hacerse de esos elementos, porque no están revestidos de la condición de pruebas⁴, categoría que no alcanzan y por tanto no pueden sustentar el fallo que se profiera.

La interpretación adecuada del párrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 permite colegir que el objeto de las estipulaciones debe guardar relación con la acusación, no atañen a “hechos o circunstancias” genéricamente

⁴ CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 38.975.

considerados, sino a situaciones fácticas concretas que sustentan el llamamiento a juicio, y que además deben estar comprendidas dentro de los fundamentos que fueron objeto de imputación.

La expresión “aspectos” contenida en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 no puede entenderse como una habilitación para la celebración de estipulaciones que se ocupen de pruebas, como lo entiende la Sala mayoritaria en la decisión de la que me distancio.

La expresión “aspectos” no comprende el contenido o los alcances que corresponden al concepto de prueba en el proceso penal, esta categoría, sustantivo masculino, que proviene del latín *aspectus*, se refiere a las particularidades, apariencia, rasgos, características o propiedades captadas por los sentidos respecto de una persona, cosa, hecho, situación o acción verbal, para expresar formas, tiempo, faceta, físico, materialidad, figura, ectra, supuestos predicables de los hechos y no de los medidos probatorios.

Que los “aspectos” se predicen solamente de los hechos y no de las pruebas es conclusión que se soporta en el artículo 356 ibídem, disposición que expresamente establece que se entiende por estipulaciones «*los acuerdos celebrados...para aceptar como probados **alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias***», únicamente por vía excepcional se consagró la posibilidad de estipular la regla de mejor evidencia a que se ha hecho alusión en otro acápite de este escrito.

En ese entendido, el único límite al objeto de las estipulaciones no son los derechos fundamentales constitucionales, el legislador de manera inequívoca estableció restricciones al objeto de los acuerdos, de manera específica y única exige que se ocupen de circunstancias fácticas o de la excepción a la necesidad de presentar el original de un documento.

De otra parte, la expresión “aspectos” no puede interpretarse en el sentido de admitir la estipulación de pruebas y que de esta manera se incorporen al proceso, ello implica omitir el rito legal establecido para que los elementos ingresen como medios probatorios al juicio oral, una tal evidencia así tramitada no puede ser objeto de apreciación ni fundamento del fallo, porque no ha cumplido el debido proceso para alcanzar la categoría de prueba.

Cuando se incorporan documentos como objeto de la estipulación se está obviando el descubrimiento del documento en el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria, se omite su petición y decreto específico como medio probatorio documental, su incorporación con testigo de acreditación, la lectura de su contenido y las demás reglas que deben observarse para que se aprecie en el fallo correspondiente.

La decisión de la que salvo el voto reconoce que el Juez puede aprobar las estipulaciones que no impliquen “renuncia a los derechos fundamentales”, pero admite simultáneamente el pacto sobre pruebas que no cumplen el

debido proceso probatorio, que no son aducidas legalmente al juicio oral.

Ahora, las estipulaciones son pactos celebrados por el ente acusador y la defensa para tener por probados uno o más hechos respecto de los cuales aquéllas no tienen controversia sustantiva. Por tal razón y como lo tiene discernido la Sala, resultan inadmisibles las estipulaciones de las partes dirigidas a demostrar los supuestos fácticos sustraídos de controversia, a ratificar o cuestionar de cualquier manera **la misma circunstancia fáctica** cuya realidad fue acordada⁵.

Las estipulaciones no pueden comprometer derechos fundamentales, pues el artículo 10° de la Ley 906 de 2004 expresamente dispone que *«el juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, **sin que implique renuncia de los derechos constitucionales**»*.

La expresión subrayada, como lo ha sostenido la Sala⁶, debe entenderse principalmente en el sentido de que la estipulación no puede acarrear la renuncia del derecho fundamental a la no autoincriminación en la modalidad de admisión de responsabilidad.

⁵ CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

⁶ Así, CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505. Igualmente, CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36.562.

Ello es así, primero, porque las estipulaciones probatorias deben ocuparse de hechos y la responsabilidad penal no es una circunstancia fáctica, sino un juicio de desvalor o reproche que efectúa el funcionario judicial o una parte o interviniente respecto de una conducta humana de relevancia jurídico-penal sometida a consideración en un proceso penal determinado.

En segundo lugar, por cuanto el ordenamiento adjetivo penal consagra los mecanismos e institutos para que el procesado, si esa es su voluntad, acepte su compromiso penal y reciba, a cambio de ello, los descuentos punitivos y beneficios que, según el caso, le correspondan por razón de la colaboración con la administración de justicia. En ese entendido, si lo que se quiere es lograr la terminación anticipada del trámite como consecuencia de la admisión de responsabilidad del inculcado, lo pertinente es acudir a las figuras del allanamiento a cargos y los preacuerdos, que en la lógica de la justicia premial comportan beneficios correlativos para aquél

Véase que la imposibilidad de admitir la responsabilidad penal por vía de las convenciones probatorias es algo por lo cual propugna un sector de la doctrina comparada, incluso en ausencia de prohibición legal expresa que así lo disponga.

En Chile, verbigracia, se ha sostenido que:

«...se debe desechar la posibilidad de que mediante esta herramienta (las estipulaciones probatorias) se den por establecidas todas las circunstancias fácticas que conforman el

comportamiento del acusado, del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad...

*Si bien se reconoce la necesidad de delimitar las convenciones probatorias, no existe claridad de cómo configurar las restricciones. De ahí que la solución del caso concreto será una cuestión que quede al arbitrio del juez. **Eso sí, el juzgador en su tarea debe considerar que las convenciones probatorias únicamente pueden recaer sobre los enunciados de hechos que conforman el objeto del juicio oral, esto es, sobre aspectos de fondo. Además, el juez en su actuar debe tener presente que mediante las convenciones no puede dar por establecidos todos los enunciados fácticos que configuran la responsabilidad punitiva***⁷.

El artículo 356 del C de P.P. no autoriza a las partes a estipular todos los hechos o circunstancias de un proceso penal, únicamente permite dar por probados uno o algunos de tales supuestos, los que pueden tener carácter principal o secundario respecto del problema jurídico a resolver, pero no pueden jamás comprender la responsabilidad penal ni la renuncia de derechos o garantías constitucionales.

Con la estipulación se admiten parcialmente supuestos fácticos o circunstancias de la conducta punible, jamás tales convenios pueden afectar garantías fundamentales o implicar la renuncia a controvertir fundamentos esenciales o sustanciales de la relación jurídica en el proceso penal, como admitir la totalidad de los elementos de la ilicitud y la responsabilidad penal o la culpabilidad, o sucesos en los que existe controversia por las partes, dado que lo convenidos a que se hace referencia recaen sobre hipótesis en las que hay anuencia por el Fiscal, el procesado y el apoderado.

⁷ COCIÑA CHOLAKY, Martina. "La dinámica entre la búsqueda de la verdad y las convenciones probatorias en el proceso penal". En Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, No. 18. P. 151.

El ordenamiento jurídico tampoco es susceptible de estipulación, como tampoco lo es el valor o mérito que debe el juez asignar a las pruebas a través de la sana crítica.

A modo de síntesis, las estipulaciones probatorias, de acuerdo con la normatividad procesal vigente, pueden ocuparse de i) hechos directamente relacionados con el objeto del proceso o indicadores de éste, no excluidos legalmente en los términos explicados en esta providencia, y ii) el mérito probatorio de un documento en copia, por excepción a la regla de mejor evidencia que exige la incorporación del original como condición para su valoración.

Por tanto, todo acuerdo que se presente como estipulación que tenga por objeto temas diferentes a los señalados como admisibles en este acápite no están legalmente autorizados.

Las premisas registradas conllevan a que en el ordenamiento jurídico colombiano, no así en otros regímenes, las eventualidades en las que no es dable estipular, precisadas en este acápite, requieren de prueba en el proceso penal, agotando en su integridad el debido proceso probatorio, al tratarse de situaciones concluyentes, bien por tratarse se la responsabilidad penal o de garantías fundamentales a las que no es dable renunciar o por circunscribirse a aspectos que no fueron materia de pacto por las partes.

2.2 Naturaleza jurídica.

La estipulación y lo estipulado, conforme a la caracterización contenida en el párrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, constituyen «*acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias*», ese alcance corresponde al tratamiento probatorio que la Ley le da a semejanza a los hechos notorios y a las presunciones.

Se trata, pues, de actos jurídicos bilaterales⁸, originados en la voluntad concurrente de las partes, es un acto de disposición de éstas, cuyo efecto es el de tener por probado y sustraer de la controversia probatoria uno o más hechos jurídicamente relevantes (o atribuir a la copia de un documento el valor demostrativo del original). Esto es, la estipulación es una excepción a la necesidad de probar.

Acerca de la naturaleza de la estipulación el pensamiento jurídico de la doctrina y la jurisprudencia ha sugerido que se trata de una prueba, una confesión, un mecanismo probatorio, un medio equivalente a una prueba o que tiene los alcances de un hecho notorio.

La prueba en sí en materia penal ofrece el conocimiento de un hecho para sustentar la teoría del caso de una de las partes y el medio son los instrumentos a través de los cuales se lleva la información. El objeto o la

⁸ COLOMBO CAMPBELL, Juan. “Los actos procesales”. Ed. Jurídica de Chile, 1997. Tomo I, página 88.

fuente lo constituyen los hechos del proceso penal. Este no es el alcance que la ley penal le da a la estipulación en nuestro medio.

El párrafo del numeral 4º del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal establece que la estipulación celebrada entre la fiscalía y la defensa conlleva a “aceptar como probados” los hechos que son objeto de aquélla, estableciéndose así una excepción a la actividad probatoria de las partes en el juicio oral.

El artículo 381 del C.P.P. solo permite sustentar la sentencia en el conocimiento que haya superado la duda, el que debe obtenerse a través de las pruebas debatidas en juicio.

El proceso penal reclama de las partes la necesidad de probar su teoría del caso a través de los medios autorizados el artículo 382 de la citada norma, esto es, por prueba testimonial, pericial, documental, de inspección o cualquier otro medio o evidencia de carácter técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico, con excepción de los hechos notorios, las presunciones y las estipulaciones probatorias.

En el ordenamiento jurídico la regla señalada admite excepciones a la necesidad de probar a través de los citados medios, situaciones que están expresamente reguladas en la ley, tal es el caso de las presunciones (legales o de

derecho), los hechos notorios y en el sistema acusatorio las estipulaciones probatorias.

El párrafo del numeral 4° del artículo 356 del C.P.P. y el desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a esta disposición, precisa que el hecho estipulado no requiere ser probado en el proceso penal porque por mandato legal se le tiene como demostrado, se excluye del debate probatorio, por eso en el texto legal se lee que se aceptan “como probados”.

La regulación que se hizo de las estipulaciones no fue la de una prueba, su referencia no está en el capítulo del Código de Procedimiento Penal que corresponde a éstas, y el examen de su estructura y alcance solo permite asignarles la naturaleza a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

La estipulación no corresponde a una presunción porque con aquellas se parte del supuesto de que el hecho aceptado no puede ser objeto de prueba por otros medios, hipótesis esta última admisible para la presunción legal. En las presunciones la consecuencia se la asigna el legislador y no la voluntad de las partes.

La estipulación no es una confesión ni se le puede equiparar a ésta, porque el momento procesal y la forma en que se produce para vincularla al proceso penal no cumplen con todas las formalidades que la ley exige para la prueba de confesión.

Los medios probatorios están regulados en el artículo 281 del Código de Procedimiento Penal y las estipulaciones no se allanan a los supuestos jurídicos que se requieren para asignarles esa categoría.

Las estipulaciones son entonces una forma que la ley permite para suministrar conocimiento al juez sobre un hecho sin que haya necesidad de realizar actividad o debate probatorio sobre lo que fue objeto de la estipulación. Se reitera, la estipulación es una excepción al principio de necesidad de prueba.

En ese entendido, las estipulaciones probatorias, que inician su formación jurídica cuando son decretadas por el funcionario cognoscente en la audiencia preparatoria, luego de su anunciación por las partes, tienen la doble connotación de actos jurídicos bilaterales (contratos o pactos procesales) y de hechos exceptuados del principio de la necesidad de la prueba, porque tales acuerdos, que bien pueden consignarse por escrito o hacerse constar verbalmente⁹, son precisamente el elemento por medio del cual ha de llegar al Juez, en la audiencia de juicio, a la convicción sobre uno o más hechos pertinentes para la solución del caso, cuya controversia se sustrae del debate por voluntad de las partes.

Luego de que las estipulaciones son incorporadas en la vista pública se consolida su existencia jurídica y adquieren

⁹ CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

la connotación de hechos probados, en los que el juez puede sustentar el convencimiento o la certeza para decidir.

2.3 Existencia material.

En la fase de la existencia material de la estipulación opera la construcción de ésta, se expresa entre las partes la iniciativa y la decisión de estipular, su conveniencia, se definen los hechos y los términos del pacto probatorio.

Esta etapa, por expresa disposición legal compete sólo a la Fiscalía, al defensor y el procesado, están excluidos los intervinientes.

El juez y los intervinientes no pueden intervenir o controlar la formación material de la estipulación.

2.4 Existencia jurídica.

La formación jurídica de las estipulaciones comienza en la audiencia preparatoria con la comunicación de la voluntad de las partes de estipular y proceden a hacer la enunciación y descubrimiento de los supuestos fácticos que integran el pacto (en su caso de la regla de mejor evidencia de la copia respecto del original) y se obtiene el decreto de las estipulaciones, culminando la fase de marras y consolidándose la existencia jurídica de aquellas con su incorporación en el juicio oral.

Entonces, las estipulaciones, una vez se admiten por el Juez en la audiencia **preparatoria y son incorporadas al**

juicio oral, logran su formación y existencia jurídica y adquieren la naturaleza de hechos comprobados conforme a lo dispuesto en el artículo 356 del C de P.P.

En la formación jurídica de las estipulaciones pueden intervenir el Ministerio Público y la víctima para ejercer controles a fin de que el ingreso en el juicio oral no desconozca la pertinencia, ni contravenga las reglas de legalidad que regulan las garantías de las partes e intervinientes, lo que será objeto de explicación en el numeral siguiente.

2.5 Legitimación.

La Ley procesal penal se refiere a quienes están legitimados para celebrar estipulaciones en los siguientes términos: El artículo 10° del C de P.P. señala que las estipulaciones pueden ser celebradas entre las “partes” y el artículo 356 ídem las faculta para que manifiesten si tienen ese interés en particular, para luego aludir a los “acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa”.

Las partes del proceso penal en la Ley 906 de 2004 son la Fiscalía y el procesado. Al defensor se le dan similares facultades por la representación que tiene del inculcado y la gestión que cumple en la actuación penal.

La estipulación es un acto de disposición del fiscal y el procesado, el pacto puede afectar en ciertos casos derechos personales de éste último, como cuando se renuncia a

través de ellas a la controversia probatoria sobre aspectos que afectan de manera sustancial la situación jurídica del implicado, dado que aquellas pueden comprender la aceptación de la autoría, la materialidad del delito, o un supuesto trascendente con la conducta punible que no involucre la responsabilidad u otras garantías fundamentales, casos en los cuales se requiere la anuencia del procesado.

De existir contradicción entre la postura del profesional del derecho y el procesado en torno a las estipulaciones sobre las hipótesis en mención, prevalece la decisión del inculpado, dada la naturaleza del acuerdo, que implica un acto de disposición para el procesado o investigado.

Por tratarse la estipulación de un acto de disposición, ello obliga a que su celebración no la realice el defensor a espaldas del inculpado ni en contra de su voluntad, aunque, la anuencia se presume mientras no se demuestre lo contrario, o se infiera de la conducta procesal del inculpado que su voluntad es admitir la autoría o participación, la materialidad del delito o un elemento de la conducta punible en concreto trascendente en el juicio de reproche penal que se le atribuye.

El consentimiento del procesado debe ser expreso en las estipulaciones que conllevan actos de disposición sobre la autoría o materialidad de la ilicitud o la antijuridicidad de la conducta; en las demás eventualidades, las que no tienen

esa trascendencia, las que recaen sobre hechos secundarios, los pactos pueden generarse con el defensor, como cuando se acepta que las circunstancias ocurrieron en un lugar determinado, en una fecha u hora específica, el documento de identidad del procesado o la fecha de nacimiento de éste, ectra.

En lo que tiene que ver con el consentimiento del procesado, es aplicable por extensión la previsión del artículo 354 del C de P.P. que da prevalencia a “lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor”, dado que el texto regula la conducta de las partes originada en consensos, acuerdos o pactos, esto es, de situaciones que tienen como presupuesto la anuencia, elemento común con las estipulaciones.

La estructura de la estipulación en lo que atañe a un acto de disposición del procesado se rige por los supuestos señalados debido a que con la estipulación no solamente se renuncia a la controversia probatoria, no implica exclusivamente una excepción al principio de necesidad de la prueba, su trascendencia es mayor, se da por cierto el hecho, lo que genera consecuencias para la apreciación y juicios que ha de formarse el juez en relación con los elementos de la conducta punible, la autoría y responsabilidad del procesado. Recuérdese que la estipulación no constituye una renuncia a las garantías fundamentales.

La validez de la estipulación, además, demanda la asesoría jurídica correspondiente del defensor (artículo 354 del C de P.P.) en protección del derecho de defensa técnica de su representado, por tanto resulta inexistente e inoponible cualquier pacto del fiscal con el procesado sin la intervención del representante judicial de éste.

De acuerdo con el numeral 4° del canon 356 de la Ley 906 de 2004, en el curso de la audiencia preparatoria el Juez deberá interrogar a la Fiscalía y la defensa para establecer «*si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias*», de concederse un receso para el efecto, a su término «*se reanudará la audiencia para que **la Fiscalía y la defensa** se manifiesten al respecto*».

La Ley 906 de 2004, en el artículo 356 recién transcrito, restringe a favor a la Fiscalía y la defensa la posibilidad de «*hacer*» estipulaciones probatorias, de suerte que aquéllas, de manera exclusiva y excluyente, pueden convenir tener ciertos hechos por demostrados.

Del último aparte de la disposición en cita puede entenderse razonablemente que los intervinientes, esto es, el Agente del Ministerio Público y la víctima y su representante no pueden participar en la **construcción material** de los pactos probatorios o estipulaciones, como se ha explicado, pero sí pueden hacerlo en la **formación jurídica** de las estipulaciones.

Contribuye a definir las facultades de los intervinientes en los pactos probatorios el precisar que no les está prohibido participar en la definición del mérito y alcance de las estipulaciones probatorias que le corresponde hacer al Juez de conocimiento al momento de emitir sentencia.

El Ministerio Público, conforme a los artículos 357 y 359 ibídem, tienen facultades de control para la formación y consolidación de la existencia jurídica de las estipulaciones, como pruebas que son, pues dicho interviniente puede solicitar del Juez *«la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba»*.

De esas facultades también están investidas las víctimas, tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ y según lo decidió la Corte Constitucional en sentencias C – 454 de 2006 y C – 209 de 2007, providencias en las que por demás precisó que dichas atribuciones forman parte esencial de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Desde esa óptica, aunque los intervinientes no pueden concurrir a la formación del consenso que da lugar a la existencia material de las estipulaciones, porque ello corresponde exclusivamente a la Fiscalía y la defensa, sí pueden ejercer las facultades que les concede la legislación

¹⁰ Sentencia de 27 de noviembre de 2008, caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.

procesal y la jurisprudencia constitucional para oponerse a su admisión, esto es, para participar en el proceso de su consolidación jurídica y apreciación del mérito, acudiendo únicamente a los motivos que adelante se indican.

En ese entendido, bien pueden el Ministerio Público y las víctimas, al intervenir en la audiencia preparatoria, pronunciarse sobre los presupuestos que determinan la admisibilidad de los convenios probatorios celebrados por las partes, es decir, que estos se refieran a hechos o al mérito suasorio de una copia (objeto), que estén autorizadas (legalidad), que sean pertinentes al asunto debatido, no violen garantías fundamentales (se pacten hechos que afecten el derecho a la intimidad) y que el objeto de las estipulaciones sea claro, preciso y comprensible.

Entonces, la satisfacción o insatisfacción de las condiciones que habilitan la admisión de los pactos probatorios puede ser controvertida en la audiencia de preparación del juicio tanto por el Ministerio Público como por la víctima.

Agotado ese estadio procesal, cualquier discusión sobre pertinencia, conducencia o legalidad de las pruebas ha de ser decidido en la sentencia que ponga fin al proceso, tal como lo tiene discernido la Sala como regla¹¹, a menos que en el juicio oral de manera excepcional se imponga la necesidad de resolver sobre tales tópicos, habida consideración del daño que represente su incorporación al

¹¹ CSJ SP, 30 nov. 2011, rad. 37.298.

proceso, riesgo que se debe conjurar con base en lo dispuesto en los artículos 10° y 376 del C de P.P.

2.6 Mérito y alcance de las estipulaciones.

A partir de la existencia jurídica de la estipulación, surge para el fallador la posibilidad – y el deber – de apreciarlas en conjunto con las demás pruebas que hayan sido aportadas, para fundamentar la convicción sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad de la persona imputada, o descartarlas al proferir la sentencia que en derecho corresponda.

La decisión que adopte el sentenciador sobre el fondo de la controversia habrá de fundamentarse en la valoración conjunta de la totalidad de los elementos de juicio aportados al acervo probatorio, cometido en el cual deberá ponderar los medios de prueba y las estipulaciones ofrecidas por las partes, para establecer los motivos de credibilidad.

El sentenciador puede adoptar una decisión diversa al hecho estipulado, pues con este mecanismo no se define para el operador judicial el mérito o alcance que debe otorgarle el juez a ese supuesto fáctico, por tanto con base en los principios de la sana crítica y el conjunto probatorio allegado se deberá determinar el poder suasorio de lo que fue materia de estipulación.

La ley le atribuyó al juez de manera exclusiva y excluyente la potestad de asignar el mérito y valor a las pruebas y los hechos demostrados, no a las partes, regla que se mantiene para la apreciación de las estipulaciones.

2.7 Debido proceso probatorio de las estipulaciones.

Conforme lo establece el numeral 4° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en desarrollo de la audiencia preparatoria, *«el Juez dispondrá...que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias»*, y de ser afirmativa la respuesta, *«decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto»*.

En la audiencia preparatoria las partes están llamadas a enunciar los convenios fácticos que deseen hacer valer en el juicio como estipulación, que bien pueden ofrecer por escrito o mediante una presentación oral en ese momento de la actuación¹². Esta enunciación no puede ser entendida como insuficiente, ambigua, incompleta, genérica o dudosa, por el contrario, debe ser concreta, clara, específica y suficiente para comprender el núcleo del supuesto fáctico estipulado.

¹² CSJ AP, 19 ago. 2008, rad. 29.001. Reiterado en CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36.562.

No es posible equiparar del todo el debido proceso de las estipulaciones con el rito para los medios de prueba consagrados en la Ley procesal penal, porque aquellas están revestidas de ciertas particularidades que las diferencian de estos últimos, por ende, se impone darles tratamiento jurídico diferenciado.

En efecto, la estipulación i) tiene origen en un acuerdo de voluntades celebrado entre la Fiscalía y la defensa; ii) por ello mismo, el hecho estipulado no puede ser controvertido por aquéllas; iii) su incorporación al acervo probatorio procede por vía de su simple presentación e introducción en la vista pública, previa aquiescencia de las partes, sin que se requiera la intervención de un testigo de acreditación para tal fin; iv) su incorporación no está sometida a la contradicción de las partes, porque se cimienta en el consenso sobre el hecho estipulado.

En contraste, los medios de conocimiento autorizados por la Ley procesal como pruebas i) son practicadas en la vista pública a instancia de una de las partes o intervinientes; ii) sólo adquieren la condición de pruebas luego de practicadas en el juicio oral, con el cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción e inmediación, y; iii) son susceptibles de controversia por la parte contra la cual se aducen.

En el rito de las estipulaciones resulta posible distinguir i) su existencia material, determinada por el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades de la Fiscalía y la defensa; ii) su existencia jurídica, iniciada con su

postulación en la audiencia preparatoria y consolidada por la aprobación que imparte el Juez a los convenios en la audiencia preparatoria y su incorporación al juicio oral, y iii) la fase de apreciación, realizada con la emisión del fallo, en la que el sentenciador examina su mérito suasorio conjuntamente con el acervo acopiado.

De acuerdo con el artículo 357 ibídem, es en la audiencia de preparación del juicio donde el Juez examina las solicitudes probatorias de las partes e intervinientes, decreta aquellas que satisfagan las condiciones de pertinencia, conducencia, utilidad, admisibilidad y legalidad, e inadmite o rechaza las que no las cumplan. Tales reglas no se excluyen para las estipulaciones, será también en esa audiencia en la que habrá de ejercerse el control material de legalidad y pertinencia de las estipulaciones anunciadas por las partes para admitir o inadmitir el acuerdo con miras a que sea incorporado en la audiencia pública, según sea el caso.

Y ello es así porque las estipulaciones tienen la vocación de convertirse en fundamento probatorio de la sentencia, de suerte que su control judicial necesariamente debe agotarse en la audiencia prevista para la depuración de lo que ha de soportar la orientación del fallo que ha de proferirse.

Además, si las partes e intervinientes no pueden pedir la práctica de pruebas para demostrar supuestos de hecho que han sido sustraídos del debate, es claro que ya en la

audiencia preparatoria debe quedar decidido cuáles son las estipulaciones celebradas que serán incorporadas en el juicio, porque sólo así será posible para el Juzgador establecer si algunas de las pretensiones probatorias presentadas por la Fiscalía, la defensa, el Ministerio Público y la víctima son inadmisibles por ocuparse de hechos que han sido objeto de convenio.

Lo anterior implica que en la audiencia de preparación del juicio las partes no sólo deben anunciar si tienen la intención de celebrar estipulaciones probatorias, sino que tienen también la carga de explicar su contenido en los términos señalados, para que los intervinientes y el funcionario de conocimiento tengan elementos de juicio suficientes para ejercer el control material de pertinencia y legalidad que les compete, con base en los supuestos aludidos anteriormente.

Autorizadas, pues, las estipulaciones anunciadas, y verificada su legalidad y pertinencia, ya en el juicio oral le corresponde a la Fiscalía o la defensa – cualquiera de ellas, porque ambas toman parte en su celebración y tienen interés en aportarlas - presentarlas ante el funcionario de conocimiento y solicitar su incorporación a efectos de que puedan ser tenidas en cuenta por el fallador al momento de resolver de fondo la controversia.

El debido proceso para la formación de la estipulación como prueba demanda que no se requiera de anexos para soportar el hecho objeto de aquella, como ya se ha

señalado. Pero, puede ocurrir que un documento dé cuenta de una pluralidad de premisas, entre ellas la que fue materia de pacto por las partes, por lo que la solicitud y decreto de esa prueba documental será inadmisibles si se pretende su incorporación para acreditar la misma hipótesis convenida por Fiscalía y Defensa, pero puede ser pedido y admitido el escrito como prueba si lo que se quiere es comprobar un supuesto diferente.

Supóngase que la Fiscalía y la defensa acuerdan tener por demostrado que S es el propietario del vehículo de placas ABC-123, según consta en el correspondiente certificado de matrícula. En esa lógica, resultaría inadmisibles que se pretendiera el decreto e incorporación de dicho documento para demostrar la titularidad del derecho de dominio sobre el rodante, porque esa hipótesis fáctica fue sustraída de la controversia. Pero esa prueba documental sí podría ser solicitada por partes e intervinientes para acreditar otros supuestos fácticos relevantes allí contenidos, verbigracia, las características físicas del automóvil, la fecha del traspaso, sus propietarios anteriores, entre otros.

Igual sucede, desde luego, con la prueba testimonial, habrá de rechazarse la que sea solicitada para probar supuestos fácticos estipulados, pero si un declarante, además de tener conocimiento personal y directo de aquellos, aprehendió por sus sentidos circunstancias de hecho que resultan relevantes para la solución del caso distintas de las que fueron sustraídas del debate, podrá

practicarse la prueba en lo que no guarde identidad con el objeto de las estipulaciones.

Con todo, aunque la audiencia preparatoria constituye el escenario legalmente previsto para que las partes celebren estipulaciones, nada se opone a que tales acuerdos se realicen con posterioridad a esa diligencia, concretamente, durante el juicio oral. No existe una disposición que lo proscriba y, tratándose de un proceso de partes y de un acuerdo bilateral que se configura por la concurrencia de las voluntades libres de la Fiscalía y la defensa, no puede seguirse de ello afectación o menoscabo del debido proceso probatorio para ninguna de las partes e intervinientes.

Admitir la celebración de estipulaciones en el curso de la audiencia de juicio es una posibilidad que respeta los márgenes de legalidad del procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, ello favorece la materialización del principio dispositivo que le subyace a la lógica acusatoria, permite la depuración del debate con la consecuente realización de la justicia pronta y cumplida y garantiza la eficacia y celeridad en la actuación procesal.

En tal evento, desde luego, las partes deberán desistir de las pruebas que se hubiesen decretado para probar los hechos objeto de la estipulación, y no podrán practicarse las que, habiendo sido solicitadas por la víctima o el Ministerio Público, se ocupen de supuestos de hecho idénticos a los convenidos.

Esta facultad de presentar estipulaciones en el debate oral tiene como límite el que aún no se hubiere agotado la práctica de la prueba sobre lo que es materia de convenio.

2.8 El control material de las estipulaciones por el juez.

Según quedó esbozado precedentemente, las partes están en libertad de estipular **hechos** respecto de los cuales no tengan controversia para simplificar el debate probatorio, de suerte que todos aquellos convenios que no versen sobre hipótesis fácticas escapan al ámbito del instituto y devienen ilegales, por ende, deben ser rechazados por el funcionario, con la salvedad referida en esta providencia sobre la idoneidad probatoria del documento no original.

En ese orden, compete al Juzgador verificar que el hecho o los hechos estipulados estén relacionados directa o indirectamente con lo que es materia de debate en el proceso, o lo que es igual, que los acuerdos sean pertinentes, en los términos del artículo 375 ibídem.

Con todo, lo anterior no puede entenderse en el sentido de proscribir cualquier estipulación dirigida a que se tengan por demostrados hechos que de alguna manera se relacionen con la estructura típica de los delitos atribuidos al acusado o con su participación en los hechos investigados, atendidas las particularidades del caso

concreto. Nada obsta para que, verbigracia, la Fiscalía y la defensa acuerden tener por acreditado que el imputado disparó el arma homicida, o para que convengan admitir la realidad de la conducta punible, pues por vía de tales estipulaciones no se compromete la responsabilidad penal de la persona investigada ni se configura la renuncia del derecho a defenderse.

Así las cosas, el último control material que le corresponde adelantar al funcionario judicial respecto de las estipulaciones anunciadas es el de constatar que las mismas no comporten la afectación de las garantías procesales fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, concretamente, que no se admita por esa vía la responsabilidad de la persona investigada.

Ahora, la existencia material o el contenido y alcance fáctico de los pactos probatorios, según lo tiene dicho la Sala,¹³ sólo pueden decidirlos la Fiscalía y la defensa, son las partes las legalmente facultadas para suscribirlos y precisar qué es aquello que desean tener por acreditado, legitimación que no tienen el Ministerio Público ni la víctima.

Sin perjuicio de lo anterior, al funcionario judicial concierne procurar el cabal entendimiento de lo pactado, velar porque el significado de lo estipulado sea diáfano e

¹³ CSJ AP, 13 jun. 2007, rad. 27.281. Reiterado en CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

inequívoco, con el propósito de conjurar cualquier duda potencial sobre lo pactado¹⁴.

En dicho control, no sobra anotar, no le está permitido al Juez sustituir la voluntad de las partes en la estipulación, ni complementar o modificar el sentido de lo pactado, porque en el esquema procesal de tendencia acusatoria el funcionario de conocimiento carece de iniciativa probatoria, al punto que el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, acorde con los principios que le subyacen, proscribire expresa y absolutamente el decreto de pruebas de oficio.

Así, de cara a la celebración de estipulaciones probatorias, al fallador le es exigible verificar que i) se refieran a hechos o circunstancias fácticas, o al valor probatorio atribuido a la copia de un documento; ii) el objeto de los convenios sea pertinente a lo que se debate; iii) no resulten comprometidas por esa vía las garantías de las partes e intervinientes, y; iv) que su sentido y alcance del convenio sean claros e inequívocos.

Ese control también lo ejercen la víctima y el ministerio público en la fase de formación jurídica de la estipulación, como ya se tuvo oportunidad de decirlo.

2.9 La retractación de las estipulaciones probatorias.

¹⁴ CSJ AP, 11 sep. 2014, rad. 41.505.

A diferencia de lo que sucede con otras manifestaciones de la justicia negociada y del principio dispositivo que subyace al sistema de tendencia acusatoria – el allanamiento y los preacuerdos - respecto de los cuales la legislación adjetiva expresamente proscribire la retractación con posterioridad a la aprobación impartida por el Juez¹⁵, en relación con las estipulaciones probatorias no existe una disposición normativa que proscriba el arrepentimiento de marras.

En ausencia de un precepto legal que regule la materia, la Sala ha sostenido que las estipulaciones suscritas adquieren la condición de irrevocables e inmodificables desde el momento en que el juzgador, en la audiencia de juicio oral, resuelve autorizar su ingreso al acervo probatorio:

«...deben ser introducidas en el juicio oral, y al ser admitidas por el juez de conocimiento se tornan en irrevocables y no al momento de su anunciación en la audiencia preparatoria, por constituir el juicio oral el escenario natural para introducirlas a fin de que surtan sus efectos procesales»¹⁶.

Ello implica entonces que, de acuerdo con la actual comprensión de la Corte, a partir de la incorporación de la estipulación al juicio oral, el contenido del convenio no es susceptible de variación o desistimiento.

2.10 El criterio, que no distingue entre la retractación unilateral y la de común acuerdo y, por lo

¹⁵ Art. 293, L. 906/2004.

¹⁶ CSJ AP, 18 sep. 2014, rad. 42.720. Igualmente, CSJ SP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

tanto, avala tanto la una como la otra, no se ofrece problemático cuando son ambas partes las que de consuno resuelven rescindir de una estipulación en el juicio oral antes de que sea incorporada, porque las posibles consecuencias que de esa conducta se sigan para sus respectivas teorías del caso deben ser asumidas por ellas.

Sin embargo, **cuando una sola de las partes** resuelve desdecirse de una estipulación en el juicio oral, la parte contraria queda desprovista de prueba que le permita acreditar el hecho que se había acordado tener por demostrado, porque sobre éste, a la luz de la estipulación anunciada, no resultaba posible solicitar ni decretar medios de conocimiento adicionales en la audiencia preparatoria.

Dicho de otra forma, el anuncio de que un determinado hecho será objeto de estipulación supone que las partes se abstienen de pedir pruebas dirigidas a acreditar esa misma circunstancia fáctica, y si las piden, el Juez debe negarlas por ser inútiles y repetitivas¹⁷; siendo así, tanto la Fiscalía como la defensa llegan al juicio sin elementos de conocimiento orientados a la demostración de los hechos estipulados, de suerte que si se autorizara que una de ellas se retracte de lo convenido antes de que la estipulación sea incorporada como prueba en la vista pública, la contraparte queda imposibilitada para probarlos por una circunstancia que no le es atribuible.

Quienes concurren al proceso penal tienen derecho a

¹⁷ CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

probar, esto es, a pedir y obtener el decreto de pruebas que requieran para sustentar sus respectivas teorías del caso en condiciones de igualdad, y ese derecho no puede verse limitado o menoscabado por circunstancias ajenas a su voluntad, se reitera, situación ésta última que se presenta cuando luego de fenecida la oportunidad para elevar solicitudes probatorias una de las partes se desdice de lo estipulado.

En ese escenario, admitir la retractación unilateral de las estipulaciones hasta su incorporación en el juicio oral, podría comportar la violación a la defensa - si el perjudicado es el acusado -, y de igualdad de derechos, facultades y obligaciones para el Fiscal – si el lesionado es esta parte -; quien se arrepiente de introducir el acuerdo menoscaba la postura probatoria de la contraparte y aquél concurriría al debate en condición de ventaja.

De igual manera, podría legitimar conductas contrarias a los deberes de lealtad y buena fe, a cuya observancia irrestricta están obligados quienes concurren a la actuación porque son principios rectores que la rigen.

Para evitar la situación procesal indicada, de la que, se insiste, se sigue la violación de las garantías de las partes y la lesión de principios subyacentes a la estructura del proceso, podrían plantearse como hipótesis las siguientes, de las que sólo una de ellas resulta viable aplicar:

2.10.1 Primera hipótesis. Si una de las partes se retracta unilateralmente de una o más estipulaciones en el juicio oral antes de su incorporación, surge para la contraparte la posibilidad de solicitar en ese momento el decreto y la práctica de las pruebas que requiera para demostrar el hecho o los hechos que habían sido sustraídos del debate probatorio.

Esta solución, sin embargo, no es aceptable de cara a las previsiones normativas y jurisprudenciales aplicables a la materia. Se explica:

De acuerdo con la configuración legal del procedimiento penal (artículos 355 y siguientes), la audiencia preparatoria es el escenario previsto para que las partes enuncien y pidan los medios de conocimiento que pretenden hacer valer en juicio a efectos de demostrar sus respectivas teorías del caso, con la justificación de la pertinencia, conducencia, admisibilidad y legalidad de cada una de ellas.

Fenecido dicho acto procesal, como lo impone el principio de preclusividad, no es posible revivir debates atinentes a la preparación del juicio o la conformación del material probatorio con fundamento en el cual habrá de resolverse materialmente la controversia.

De ahí que, como expresamente lo prevé el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, «*toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria*». Contrario sensu, no podrán practicarse en la vista pública

pruebas que no hayan sido objeto de solicitud y decreto en esa oportunidad.

Desde luego, existen excepciones en las que es admisible que una o más pruebas no solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria sean pedidas y practicadas en el juicio, pero se trata de circunstancias extraordinarias previstas en la Ley, esto es, i) la prueba sobreviniente, en los términos del último inciso del artículo 344 *ibídem*, y ii) la prueba de refutación, consagrada en canon 362.

Adicionalmente, de manera igualmente excepcional, la jurisprudencia de la Sala ha permitido que el testimonio del acusado se reciba aun cuando no fue pedido en la audiencia de preparación del juicio, por tratarse de un medio de prueba *sui generis* revestido de especiales características íntimamente ligadas el derecho de defensa material¹⁸.

Cuando una parte queda desprovista de prueba como consecuencia de la retractación unilateral de una estipulación manifestada por su contraparte, no se configura ninguna de las situaciones que, conforme las reglas legales y jurisprudenciales recién señaladas, habilitan la solicitud y decreto de medios de conocimiento por fuera de la audiencia preparatoria, porque no existe una prueba **novedosa o desconocida** (condiciones inherentes a la prueba sobreviniente) de la que se haya tenido

¹⁸ CSJ AP, 12 nov. 2015, rad. 41.198.

conocimiento luego de esa diligencia, ni se pretende impugnar el contenido de una prueba practicada a instancias del contrario (consustancial a la prueba de refutación)¹⁹, y tampoco se busca obtener el testimonio de la persona sometida a juicio.

Así las cosas, es claro que la recantación unilateral de una estipulación surtida en el juicio oral no es una circunstancia que permita a la parte perjudicada como consecuencia de ello pedir pruebas por fuera de la audiencia preparatoria.

2.10.2. Segunda hipótesis. En el curso de la audiencia preparatoria, las estipulaciones deben presentarse **con posterioridad** a la enunciación, solicitud y decreto de las pruebas, de suerte que si alguna de las partes se retracta unilateralmente en el juicio de uno o más convenios, subsiste para el contrario la posibilidad de obtener la práctica de las que necesite para demostrar los hechos que habían sido sustraídos del debate, porque fueron oportunamente pedidas y autorizadas.

Tampoco esta solución, según se explica seguidamente, se ajusta satisfactoriamente a la normatividad procesal penal:

El artículo 356 de la Ley 906 de 2004 establece el orden en que debe desarrollarse la audiencia preparatoria, así:

¹⁹ CSJ AP, 20 ago. 2014, rad. 43.749.

«Artículo 356. Desarrollo de la audiencia preparatoria. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios...

2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias...

(...)

5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos...».

Posteriormente, al tenor del artículo 357 de la codificación en cita, el funcionario *«dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión».*

Los pasos legalmente previstos para el agotamiento de esa diligencia no son arbitrarios ni caprichosos, sino que responden al orden lógico y progresivo que impone el adecuado desarrollo del proceso penal.

En efecto y, a modo de ejemplo, al acusado debe preguntársele si desea allanarse a los cargos **luego** de que conozca las pruebas pedidas por la Fiscalía y la sustentación de pertinencia, conducencia y utilidad ofrecida para cada una de ellas, porque sólo de esa manera puede adoptar una decisión informada sobre el particular, sustentada en el potencial material probatorio que será incorporado en la vista pública, que le permite evaluar la

solidez del caso de la acusación y las probabilidades de ser vencido en juicio.

A su vez, las estipulaciones deben ser presentadas **después** de que la Fiscalía y la defensa han enunciado la totalidad de las pruebas que pretenden aportar en el juicio, pues únicamente conociendo los medios de prueba con que cuenta la parte contraria es posible para cada una de ellas discernir la conveniencia de celebrar estipulaciones probatorias a efectos de facilitar la controversia.

Con igual razonamiento, está establecido que las solicitudes de pruebas se realicen **ulteriormente** a la celebración y anunciación de las estipulaciones, porque una vez conozcan cuáles hechos se tendrán por probados, las partes pueden impetrar sus pretensiones probatorias, prescindiendo de las que estuvieren dirigidas a acreditar o controvertir las circunstancias fácticas pactadas.

Así lo ha entendido de antaño la Sala:

*«Cuando ya las partes conocen los elementos materiales probatorios y evidencia física de su contraparte, dan a conocer, conforme su particular teoría del caso, evidentemente planteada también con base en lo que se sabe ha recogido ésta, cuáles serán las pruebas que aducirán en el juicio –vale decir, las que allí se practicarán, por lo general de carácter testimonial, y los elementos materiales probatorios y evidencia física a aportar-, **sin establecer respecto de ello ningún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia, sencillamente porque el objeto de la enunciación no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte, que faculte la etapa siguiente de estipulaciones probatorias.***

(...)

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.

(...)

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

(...)

Ya decantado, por ocasión de las estipulaciones probatorias, qué de todo lo enunciado anteriormente, efectivamente habrá de llevarse al juicio para soportar la teoría del caso de las partes, estas tienen la obligación de solicitar al juez de conocimiento su aducción –artículo 357 de la Ley 906 de 2004-, con mención expresa de su pertinencia –artículo 375 ibídem-...»²⁰.

Y es que el objeto de las estipulaciones es precisamente lograr la depuración el debate probatorio **en todas sus fases**, evitando que se soliciten, decreten y practiquen pruebas innecesarias, dirigidas a demostrar hechos respecto de los cuales existe consenso entre las partes.

Siendo así, las solicitudes probatorias deben naturalmente presentarse y sustentarse luego de celebrados y anunciados los acuerdos probatorios, y aquéllas no pueden ocuparse de supuestos fácticos que han sido objeto de estipulación²¹, porque sobre estos no puede existir controversia de las partes.

En ese entendido, permitir que las estipulaciones se celebren y anuncien luego de efectuadas las solicitudes probatorias de las partes, con el propósito de que la

²⁰ CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27.608.

²¹ CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

eventual retractación unilateral de una de éstas no le genere perjuicios a la otra, tampoco se ofrece como una alternativa interpretativa ajustada a la legislación procesal penal.

2.10.3 Tercera hipótesis. El criterio jurisprudencial conforme el cual las estipulaciones «*al ser admitidas por el juez de conocimiento se tornan en irretractables y no al momento de su anunciación en la audiencia preparatoria*» debe precisarse y entenderse en el sentido de que la retractación que resulta admisible es la que promueven **de común acuerdo ambas partes**, caso en el cual, se insiste, pueden desdecirse de la estipulación hasta el momento en que sea incorporada como prueba en el juicio oral.

Ello es así porque de esa manera se deshace un acuerdo procesal que nació por decisión de las partes, sin que ello implique detrimento para los derechos o garantías de la defensa o la Fiscalía. Pero, para evitar agravios y garantizar la integridad de los principios subyacentes al sistema acusatorio, debe tenerse como regla que la **retractación unilateral** de las estipulaciones **es inadmisibile**.

Esta es la fórmula interpretativa por la que propugna la Sala, pues se ajusta a la normatividad vigente, consulta la naturaleza jurídica de las estipulaciones probatorias y los principios rectores de lealtad procesal y buena fe, y garantiza los derechos de las partes.

Las razones:

2.10.4 Las pruebas, en general, sólo ingresan al acervo probatorio luego de practicadas en juicio oral y de ser incorporadas por las partes con la venia del Juez de conocimiento, y antes de ello la parte que las pide puede desistir de ellas²²; pero aunque las estipulaciones son, según quedó visto, pruebas de los hechos que se dan por acreditados, existen diferencias relevantes entre estas y los demás medios de conocimiento que imponen otorgarles tratamiento jurídico diferenciado en lo que al desistimiento o retractación respecta.

En efecto, las pruebas – testimonial, documental, pericial, o cualquier otra legalmente permitida – ingresan al proceso por **iniciativa exclusiva** de la parte interesada en obtener su práctica, previo decreto del juzgador, tienen relación directa con la teoría del caso de quien las reclama y sirven a los intereses de la parte a cuya instancia se incorporan al haz probatorio y por tanto el desistimiento por quien la solicitó no afecta los derechos de la contraparte.

En contraste, las estipulaciones probatorias surgen como consecuencia de la **iniciativa conjunta** de la Fiscalía y la defensa, nacen de un convenio procesal, se vinculan con la teoría del caso de los dos e interesan a ambas partes, no sólo a una de ellas. En este caso el desistimiento de una de ellas afecta los intereses de la otra.

²² CSJ AP, 3 Jul. 2013, Rad. 40.620.

Esas diferencias no permiten equiparar las pruebas ordinariamente consideradas y las estipulaciones probatorias en lo que atañe a la oportunidad para exteriorizar el desistimiento o la retractación.

Se insiste, cuando la Fiscalía o la defensa deciden de manera voluntaria desistir de la práctica de una o más pruebas propias en el juicio oral, ningún perjuicio se sigue de ello para el contrario, porque, como quedó dicho, aquéllas tienen un marcado interés de parte²³; en cambio, las estipulaciones por definición no interesan a una de las partes sino a ambas, y por ende, la retractación de la Fiscalía puede perjudicar significativamente a la defensa y viceversa.

2.10.4.1 Es principio general del derecho universalmente reconocido y aplicable en sus distintas especialidades – constitucional, administrativa²⁴ y civil²⁵, entre otras - que «*las cosas se deshacen como se hacen*», exteriorizado tradicionalmente con el aforismo latino «*in iure sicut fit ita solvitur res*». Es también una regla de hermenéutica para la interpretación de la Ley, según lo señala el artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

Las estipulaciones probatorias, ya se dijo, son acuerdos o convenios procesales autorizados por la legislación adjetiva penal, que nacen a la vida jurídica y

²³ CSJ AP, 25 Feb. 2015, Rad. 45.011.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias C - 028 de 1997, C - 983 de 2010, C - 630 de 2011.

²⁵ CSJ SC, 13 jul. 2005, rad. 00126.

producen efectos en razón de la manifestación **conjunta** de voluntad de la Fiscalía y la defensa, exteriorizada de consuno para sustraer de la controversia uno o más hechos respecto de cuya ocurrencia o realidad no existe discusión para las partes.

Entonces, si es el consenso de las partes lo que determina la existencia de las estipulaciones, será también su aquiescencia común y unívoca la que pueda dar lugar a la desaparición del convenio luego de celebrado en la audiencia preparatoria o a la modificación de su contenido – hasta su incorporación en el juicio, porque a partir de entonces se integra al acervo probatorio -, tal y como lo impone el aludido principio general del derecho.

Por igual razón, ambas partes, de mutuo acuerdo, pueden desdecirse de las estipulaciones pactadas hasta su incorporación en la vista pública o modificar su contenido y alcance, y en tal evento cada una de ellas asume de manera libre, consciente y voluntaria las posibles consecuencias negativas que de ello puedan seguirse para sus respectivas teorías del caso.

Distinto sucede cuando la Fiscalía o la defensa piden, por ejemplo, el decreto de un testimonio, porque dicha solicitud procede por su propia iniciativa e interés de parte, por ende, basta su propia voluntad para que se desista de esa prueba hasta el momento de su práctica en el juicio.

2.10.4.2 De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, inserto en el título atinente a los principios rectores que rigen la actuación e informan la interpretación de la legislación adjetiva, *«todos los que intervienen en la actuación, **sin excepción alguna**, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe»*.

La aplicación y materialización de tales principios, los de lealtad y buena fe, resultan relevantes para el adecuado entendimiento de cuál es el momento procesal en el que resulta adecuado admitir la retractación de las estipulaciones.

El acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa en el sentido de dar por demostrados uno o más hechos relevantes para la correcta solución del caso tiene profundos efectos en los derechos de las partes, específicamente, en los del debido proceso probatorio, el derecho a probar y la igualdad, y por virtud de la trascendencia que reviste, su firmeza no puede quedar librada a la voluntad de una de las partes que lo suscribe, menos aún, en perjuicio de las garantías de la contraparte, la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

La importancia que tienen las estipulaciones para las dos partes que las suscriben, los efectos que producen en el desarrollo del juicio oral y el debate probatorio y las incidencias que pueden seguirse de la retractación surtida en la vista pública, son circunstancias por virtud de las cuales resulta evidente la distorsión que puede sufrir la

actuación de admitirse su desistimiento unilateral, y hacen patente la relevancia del estricto acatamiento de los principios de buena fe y lealtad en la materia.

Cuando la Fiscalía y la defensa, de manera libre, consciente y voluntaria, acuerdan celebrar convenios probatorios en la audiencia preparatoria, surge en cada una de las partes la convicción legítima de que sobre esos hechos no deberá adelantar ninguna actividad probatoria, y cualquier otra prueba orientada a acreditarlos es inadmisibles, amén de innecesaria; tanto es así, que en el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio, como se sigue del tenor de los artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004, el ofrecimiento de estipulaciones procede con posterioridad a la enunciación de las pruebas que la Fiscalía y la defensa pretenden hacer valer en juicio, pero **antes** de las solicitudes probatorias.

Las pretensiones probatorias de las partes están necesariamente determinadas por lo que se haya pactado, y ambas pueden abstenerse de reclamar medios probatorios relevantes para su teoría del caso, no porque hayan desistido de ese derecho o renunciado a ejercerlo, sino precisamente por virtud de la existencia de tales acuerdos; y si después de clausurada la etapa de preparación del juicio alguna de ellas resuelve retractarse de lo estipulado, la contraparte vería cercenadas sus posibilidades probatorias, porque basado en la convicción legítima y de buena fe sobre la existencia del pacto resultaba innecesario desplegar actividad probatoria alguna.

En este sentido, resulta importante reiterar que, como lo ha sostenido la Sala en relación con el allanamiento a cargos, pero con criterio en buena medida aplicable al caso aquí examinado, *«el mensaje para los diferentes intervinientes en el proceso penal, debe ser que **los compromisos han de asumirse con plena libertad y voluntad, pero que precisamente por ello no es posible, salvo vulneraciones graves y evidentes de derechos...retractarse de los mismos, con ostensible afrenta de los principios de lealtad, celeridad y economía procesal**»*²⁶.

2.10.4.3 Los medios suasorios, para adquirir la connotación de prueba, deben surtir el procedimiento previsto en la Ley para ese efecto, y ser presentados ante el funcionario de conocimiento con cumplimiento de los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad.

Por el contrario, las estipulaciones probatorias no están sometidas a tales formalidades, y su incorporación al acervo probatorio procede por vía de su simple enunciación e incorporación en la vista pública, por virtud del consenso de las partes.

Si esa anuencia es exteriorizada en la audiencia preparatoria, y el control de legalidad y pertinencia de lo pactado se agota en esa diligencia, allí mismo quedan constatadas las condiciones que habilitan su posterior

²⁶ CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40.053.

introducción, y en virtud del principio de preclusividad se hace imposible desde ese momento deshacer el pacto por voluntad exclusiva de una de las partes.

2.10.4.4 La retractación unilateral de las estipulaciones, dada la ausencia de regulación legislativa en la materia y lo que emerge de un examen sistemático del proceso acusatorio, sus principios y valores fundantes, no es una solución atendible, por la afectación que ello implica, pues la interpretación de los institutos procesales debe propender por la más amplia garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la actuación y la eficacia en el ejercicio de la justicia, tal como lo imponen el artículo 10° de la Ley 906 de 2004 y la regla hermenéutica *pro homine*²⁷.

Negar la posibilidad de retractarse unilateralmente de lo pactado en la audiencia preparatoria no lesiona ninguna garantía de las partes, pero sí i) materializa en mayor medida los derechos a la igualdad y el equilibrio de las partes y el derecho a probar; ii) cristaliza el cumplimiento de los principios de lealtad, buena fe y seguridad jurídica; iii) reconoce las diferencias existentes entre las estipulaciones probatorias, que tienen origen consensual, y los demás medios de conocimiento; iv) evita la dilación innecesaria de la actuación ocurrida como consecuencia del desistimiento manifestado por alguna de las partes; y, v) se eliminan las posibilidades de dejar sin pruebas dado el retiro del convenio de una de las partes.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T - 191 de 2009.

4.10.5 A modo de síntesis, entonces, ha de tenerse como regla que las estipulaciones celebradas y anunciadas en la audiencia preparatoria son susceptibles de retractación de común acuerdo por la Fiscalía y la defensa hasta su incorporación en el juicio oral, no así de manera unilateral, por una sola de ellas.

Lo anterior, sin perjuicio de que la violación de las garantías de las partes en la celebración de los convenios o la demostrada ocurrencia de un vicio del consentimiento en alguna de ellas pueda suscitar la rescisión de lo convenido o incluso, según cada caso, la invalidación de la actuación, lo que puede ser resuelto de oficio o a petición de parte.

3. El caso concreto.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, estimo que en el juicio adelantado contra ÉDGAR ZÚÑIGA HORMIGA las pruebas aducidas como soportes de las estipulaciones no podían ser incorporadas al acervo probatorio, ni apreciadas ni servir de fundamento a la decisión de condena del Tribunal, como lo autorizó la Corte, porque no fueron descubiertas, solicitadas, decretas e introducidas como pruebas documentales, no cumplieron con el debido proceso probatorio establecido para éstas, se inobservó el cumplimiento de las formas y trámites previstos en la legislación procesal aplicable para el caso.

Se trata de elementos de conocimiento que ingresaron a través de estipulaciones probatorias y éstas y la prueba documental tienen autonomía y regulación para ingreso diferente. Los acuerdos así considerados eran ilegales porque no se ocuparon de pruebas y no solamente de hecho, como es lo permitido, por lo tanto, no debieron ser admitidos, ni tenidas como fundamento probatorio del fallo las piezas así incorporadas.

Considero que la decisión respecto de la materialidad de los hechos investigados y la responsabilidad penal del acusado debió sustentarse exclusivamente en las pruebas debatidas en el juicio, con el cumplimiento de los principios de inmediación, publicidad y controversia, así como en las estipulaciones celebradas entre las partes que se ocuparon de hechos, de circunstancias fácticas y no con base en documentos ilegalmente introducidos, por lo cual no podían ser apreciados, no corresponden al objeto, noción, legitimación y alcance de las estipulaciones, conforme a lo explicado en capítulo precedente.

El impugnante si tenía interés para impugnar la valoración de los documentos que se introdujeron con las estipulaciones; las partes y los intervinientes no pierden la facultad y oportunidad en las instancias ni en casación para protestar por la ilegalidad de los medios de pruebas que han de ser fundamento de los fallos, el que solamente puede fundarse en elementos legamente aducidos, con base en ellas se dedujo la demostración de la materialidad, autoría y responsabilidad penal.

Sostener que en su momento no se protestó por la parte el decreto de la prueba para negarle interés en la reclamación de una prueba producida contra el ordenamiento jurídico, no es argumento de recibo, porque el consentimiento de las partes no supera los vicios de ilegalidad de una prueba.

Al haberse fundado la sentencia en los medios suasorios introducidos al juicio por vía de las estipulaciones probatorias, resultaron quebrantadas las garantías del acusado, han debido excluirse del caudal probatorio los elementos que se han señalado como ilegales (soportes documentales de las estipulaciones cuarta, quinta y sexta) y las demás que adolecen de ese vicio, para adoptar la decisión que correspondiera en derecho y no resolver de fondo de la forma como se hizo.

Obsérvese además, que en la decisión del Tribunal y de la Corte, se hace alusión a una de las estipulaciones con incorporación de documentos, específicamente a la que atañe a la experiencia profesional y académica en el área penal del acusado, su ejercicio como juez de garantías, los reiterados pronunciamientos sobre la prisión domiciliaria, para derivar de allí prueba sobre la responsabilidad penal contra ZUÑIGA HORMIGA. Esos soportes documentales ingresaron sin el debido proceso a que se ha hecho alusión y además no se advierte el consentimiento del procesado para aceptar una tal estipulación de la que se está derivando disposición de un derecho personalísimo

vinculado con la autoría, materialidad y responsabilidad penal por el ilícito que se le condenó.

Así dejo expuestas las razones de mi disenso.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

Fecha ut supra.