



DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Derechos Humanos, para vivir en paz

La Teoría del Caso

La Teoría del Caso



La Teoría del Caso

La Teoría del Caso

La Teoría del Caso

Defensor del Pueblo

VÓLMAR PÉREZ ORTIZ

Secretario General

DARÍO MEJÍA VILLEGAS

Directora del Sistema Nacional
de Defensoría Pública

JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA

Director Nacional de Promoción
y Divulgación de Derechos Humanos

MAURICIO ALEJANDRO HERNÁNDEZ MONDRAGÓN

Coordinador de la Unidad de Capacitación
en Investigación

ALFONSO CHAMIE MAZILLI

Coordinadora de la Unidad de
Control, Vigilancia de Gestión
y Estadística

GLORIA MARÍA DÁVILA VINUEZA

Coordinador de la Unidad de
Investigación Criminal

JAIRO ACOSTA PARDO

Autor

CARLOS FELIPE SÁNCHEZ LUGO

Corrector de estilo

RODRIGO NARANJO VALLEJO

Editor

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE

Diseño gráfico:

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Impresión:

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Presentación

Presentación

El Acto Legislativo 03 de 2002 reformó la Carta Política en lo que concierne a las funciones de los órganos encargados de administrar justicia en materia penal, como resultado del cambio de un sistema con tendencia inquisitiva a otro de corte eminentemente acusatorio.

Así, hoy los diferentes actores del nuevo proceso penal tienen la obligación profesional y ética, en especial los defensores públicos a quienes se les encomienda la loable, pero sensible y delicada tarea de representar ante los tribunales que administran justicia, a las personas que se encuentran incurso en una causa penal, de planificar, ordenar, estudiar e investigar, en compañía de su equipo de trabajo, todas aquellas circunstancias tendientes al fiel y leal cumplimiento de su misión.

El presente módulo desarrolla el tema de la “Teoría del caso” con énfasis en la defensa, aspirando a que se convierta en una herramienta de trabajo que ayude a la planificación metodológica de la defensa. Se abordan temas como los elementos estructurales de la teoría del caso; las estrategias de defensa; las características de la teoría del caso; el novedoso hecho consistente en que la defensa y sus investigadores pueden asumir su propia averiguación del asunto criminal con sugerencias sobre la planificación y técnicas en la construcción de la teoría del caso, y la oralidad, entre otros.

El módulo queda a disposición de los demás actores del nuevo proceso penal; jueces, fiscales, ministerio público, con quienes estamos comprometidos en la tarea de impulsar y perfeccionar el nuevo Sistema por considerarlo ajustado al Estado Social y Democrático de derecho consagrado en nuestra Carta Política, y por lo tanto, respetuoso de los derechos fundamentales de los procesados.

Vólmar Pérez Ortiz
Defensor del Pueblo

ÍNDICE

ÍNDICE

	Págs.
1. DEFINICIONES SOBRE LA TEORÍA DEL CASO	9
2. LA INVESTIGACIÓN EN MATERIA CRIMINAL YA NO ES UNA PRERROGATIVA EXCLUSIVA DEL ESTADO	17
2.1. En la construcción de su teoría del caso la investigación de la Fiscalía se encuentra reglada por el sistema penal acusatorio.....	19
3. EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO LA DEFENSA PUEDE ADELANTAR SU PROPIA INVESTIGACIÓN.	23
3.1. Sugerencias de planificación y técnicas en la construcción de la teoría del caso de la defensa.....	36
3.1.1. En la relación directa con el defendido y sus familiares como potenciales testigos.....	37
3.1.2. En relación con el equipo de trabajo.....	39
3.1.3. En relación con la Fiscalía	41
3.2. Los jueces y el Ministerio Público no pueden construir su teoría del caso.	44
4. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA DEL CASO.	49
4.1. Lo fáctico o los hechos, primer elemento esencial en la construcción de la teoría del caso.....	51
4.2. Lo Jurídico, el segundo elemento esencial en la construcción de la teoría del caso.....	58
4.2.1. La Constitución y el bloque de constitucionalidad.	58

4.2.2. La presunción de inocencia, la carga de la prueba y el “in dubio pro reo”, principios cardinales en la formulación de la teoría del caso.....	60
4.2.3. La teoría del delito.....	64
4.3. Lo probatorio. El tercer elemento esencial en la construcción de la teoría del caso.....	66
4.3.1. La necesidad de la prueba para llevar adelante los preacuerdos con la Fiscalía, y la aplicación del principio de oportunidad.....	70
5. EL “TEMA” DE LA TEORÍA DEL CASO.....	75
6. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO.....	79
6.1. En la audiencia pública oral y concentrada la teoría del caso debe ser una.....	83
7. LA TEORÍA DEL CASO Y LAS ESTRATEGIAS DE DEFENSA.....	85
7.1. La estrategia de negociación con la Fiscalía.....	88
7.2. La estrategia de refutación cuando se decide ir al juicio público, oral y concentrado.....	90
8. LA ORALIDAD.....	93

Carlos Felipe Sánchez Lugo

Carlos Felipe Sánchez Lugo

Defensor público del programa piloto de Bogotá, abogado de la Fundación Universitaria Autónoma, especializado en derecho penal y criminología de la Universidad Libre, especializado en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica, diplomado en Técnicas de Investigación y Sistema Acusatorio en la Universidad Santo Tomás, coautor de la obra colectiva de tres tomos El Proceso Penal Acusatorio Colombiano y profesor universitario.

1.

**DEFINICIONES SOBRE
LA TEORÍA DEL CASO**

1.

DEFINICIONES SOBRE LA TEORÍA DEL CASO

Mediante el Acto Legislativo 003 de 2002, que reformó la Carta Política en cuanto a la administración de justicia en materia penal y la Ley 906 de 2004, se establecen las facultades constitucionales y legales que poseen la Fiscalía y la defensa para poder adelantar autónomamente las investigaciones tendientes a verificar y comprobar las hipótesis construidas sobre el asunto penal a su cargo.

Con la asunción del sistema acusatorio, la dinámica del proceso obliga a los abogados litigantes de la defensa y de la Fiscalía a ordenar y planificar su actividad de parte. Innovaciones procesales como la intermediación de la prueba, la concentración del juicio público y la publicidad de todas las actuaciones procesales, disponen erradicar la improvisación, de lo contrario, tanto fiscales como defensores, están llamados al fracaso en su actividad. Resulta imprescindible, para obtener estándares de calidad, eficiencia y oportunidad, el mejoramiento del novel sistema judicial, en donde juega papel preponderante la correcta planificación y orientación que deben asumir las partes enfrentadas, con la mediación de un juez imparcial. En desarrollo del nuevo proceso penal, se impone la formulación de la teoría del caso por parte de defensores y fiscales: por lo tanto, observaremos algunas definiciones que sobre la materia se encuentran en algunos textos:

César Augusto Reyes Medina y otros autores han manifestado:

“En todo proceso penal el abogado defensor y el acusador deben contar cada uno con una versión que convenza al juzgador de la fuerza de sus argumentos, y que les sirvan para planear y monitorear el desarrollo de cada etapa del proceso penal.

La teoría del caso es el planteamiento de cada parte sobre los hechos, las pruebas y su connotación jurídica. La teoría del caso permite determinar

cuáles son los hechos relevantes conforme a las descripciones abstractas del legislador sobre las conductas punibles.

(...)

Estos hechos deberán en el transcurso del proceso transformarse de relevantes en probados, una vez se surta el debate público y contradictorio. Para convertirse en probados deberán precisarse las pruebas que sean conducentes a establecer cada hecho pertinente, y planear su práctica en el juicio.

Todo se enmarca dentro del principio de legalidad, que da la fortaleza jurídica a los hechos y pruebas debatidos, orienta la argumentación de las partes y sustenta la decisión final.¹”.

En la obra **“Manual de formación para operadores jurídicos”**, encontramos:

“La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan, y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.

Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma como ocurrieron los hechos, y la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

Es el guión de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas.²” .

¹ Sistemas procesales y oralidad. (Teoría y práctica) César Augusto Reyes Medina y otros autores. Ediciones Nueva Jurídica, año 2003. P.121.

² Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio. Manual General para operadores jurídicos. Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia USAID. Año 2005, página 102.

Por su parte, **Andrés Baytelman y Mauricio Duce J.** afirman:

“La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos, o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás.

Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, toda vez que está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal puede mirar toda la evidencia y la actividad probatoria, de manera tal que el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado inevitablemente a fallar a nuestro favor.

Desde luego, la teoría depende en primer término del conocimiento que el abogado tenga acerca de los hechos de la causa. Además, va a estar determinada también por las teorías jurídicas que queremos invocar de nuestra parte. No se trata, en consecuencia, de “inventar” una historia que altere -que mienta- sobre los hechos ocurridos. Ello, tanto por razones poderosas en el ámbito ético -de las que, sin embargo, hablaremos en otra ocasión- como por razones igualmente fuertes en el plano estratégico: El entorno del juicio oral dificulta enormemente la posibilidad de mantener consistentemente una mentira, y es además extraordinariamente sensible a ella, pues no exige -para sancionarla- que seamos capaces de probar el perjurio; basta con que el tribunal no crea la teoría del caso planteada por la parte para que ella pierda el juicio, que es finalmente el mayor costo. “(...)

(...) Una buena teoría del caso será, pues, la que logre explicar de la forma más consistente posible la mayor cantidad de hechos de la causa, incluidos aquellos que establezca la contraparte. La teoría del caso, en suma, es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en el juicio.³”

³ Litigación Penal en Juicios Orales. Mauricio Duce J. y otro. Ediciones Universidad Diego portales. Santiago – Chile. Año 2001. Págs. 50-51 y 54.

En el **Manual de Técnicas para el debate**, se hace la siguiente consideración:

“El concepto de la teoría del caso es más amplio que el marco lógico que ofrece la doctrina de la teoría del delito.

- *Organizar el pensamiento y unir el interrogatorio y los argumentos.*
- *Planificar y desarrollar las declaraciones y los interrogatorios directos.*
- *Visualizar y ejecutar los contrainterrogatorios.*
- *Estructurar y dar forma coherente a la discusión final.*

Para formular la teoría del caso es indispensable conocer el hecho para determinar la investigación de la dirección y la formulación de la acusación. Es el vehículo ideal para planificar y ejecutar la práctica de la prueba a tener un concepto claro de la relevancia de cada pieza dentro del esquema, determinar la forma en que se efectuará el interrogatorio, así como el lugar que dentro del engranaje ocupa cada prueba y la forma en que se demuestran los hechos argumentados en la teoría o tesis formulada.⁴”

Se puede concluir que, en la estructuración de la teoría del caso, resulta adecuado tratar de aproximarse a la misma formulación que utiliza el método científico: La elaboración de una hipótesis, la cual debe ser sometida a una verificación y, una vez comprobada, por intermedio de la verificación, estamos ante la comprobación de lo que se pretendía demostrar. Así mismo, el beneficio que se deriva de la construcción de la teoría del caso consiste primordialmente en que se erradica la improvisación en los asuntos de la defensa penal. Cuando se ha construido la Teoría del Caso, podemos afirmar que ha habido una planeación general sobre el asunto penal y se han realizado las averiguaciones por parte del equipo investigativo. La construcción de la teoría del caso es el precedente necesario en que fundamentamos los alegatos que les presentamos a los jueces, y nos indica la selección de las pruebas que queramos hacer valer como elementos de juicio; así mismo, la construcción de la teoría del caso nos indica el derrotero de la estrategia defensiva tendiente a refutar la imputación de la Fiscalía, o, por el contrario, a buscar preacuerdos con el adversario connatural.

⁴ Manual de técnicas para el debate. Ministerio Público y Colegio de abogados y notarios de Guatemala. Guatemala, mayo de 1999, p.54.

2.

**LA INVESTIGACIÓN EN
MATERIA CRIMINAL
YA NO ES UNA PRERROGATIVA
EXCLUSIVA DEL ESTADO**

2.

LA INVESTIGACIÓN EN MATERIA CRIMINAL YA NO ES UNA PRERROGATIVA EXCLUSIVA DEL ESTADO

La reforma constitucional que implementó el sistema Procesal Penal de Corte Acusatorio modificó esencialmente las facultades constitucionales de la Fiscalía, de las cuales resultan ser las de mayor trascendencia las siguientes:

- Se suprimieron las facultades jurisdiccionales.
- Ya no puede ordenar la restricción del derecho fundamental de la libertad mediante la imposición de medidas de aseguramiento.
- Se eliminó la facultad de calificar su propia instrucción con las figuras de la preclusión de la investigación o la resolución de acusación.
- Se suprimió la facultad de ordenar capturas.
- Ya no actúa bajo el principio de la investigación integral, que consiste en la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado. No obstante, está comprometida a comunicarle a la defensa el hallazgo, las evidencias o elementos materiales de juicio que puedan ser utilizadas en su favor.
- Se convierte en el representante de las víctimas.
- Se fortalece en cuanto, en la práctica, tiene a su servicio a toda la policía judicial del Estado con la finalidad de verificar su teoría del caso.
- Sigue manteniendo su independencia frente a las ramas ejecutiva y legislativa del poder público. Sigue haciendo parte de la rama jurisdiccional.

- Quedó con la absoluta titularidad de la Acción Penal del Estado: aplica la ley y la hace cumplir.
- Con la rama ejecutiva del poder público, es la llamada a trazar las políticas criminales.
- Tiene iniciativa legislativa.

Al eliminársele las facultades jurisdiccionales, la Fiscalía General de la Nación quedó en el plano de parte dentro del proceso penal. En consecuencia, la investigación de carácter criminal, que bajo el anterior régimen inquisitivo era de su monopolio exclusivo, ya no lo es, por cuanto la defensa tiene las facultades legales para adelantar sus propias indagaciones. La Fiscalía General de la Nación pasa a ser una entidad litigante ante los jueces de Control de Garantías Constitucionales y de conocimiento.

En un proceso penal de partes, se busca, al menos, que si no existe igualdad de condiciones en recursos humanos, económicos, infraestructura de equipos investigativos y técnico-científicos, etc., entre el Estado representado, de una parte, por el órgano encargado de asumir la persecución del delito y, de otra parte, por la defensa, que velará por el respeto al debido proceso y los intereses generales que le atañen, sí deba existir igualdad de oportunidades procesales. Con ello, en el sistema acusatorio, tanto la Fiscalía como la defensa tienen el derecho de adelantar su propia investigación, con la finalidad de hacer una reconstrucción histórica de los hechos materia del presunto delito y llevársela bajo la perspectiva de verdad al juez imparcial.

Aunque resulta apenas obvio que los recursos del Estado siempre serán más poderosos que los de los particulares representados en la defensa, con el desarrollo legal del nuevo sistema penal acusatorio, el fenómeno de que la investigación ya no es del resorte exclusivo del Estado, quiso el legislador fortalecer la actividad de la Fiscalía. Para tal fin, en el artículo 200 y subsiguientes de la ley 906 de 2004, reguló lo pertinente al desarrollo de las facultades investigativas de la Fiscalía, además de todo lo concerniente a sus órganos de investigación, como es la policía judicial con funciones permanentes y transitorias, así como los organismos técnico-científicos. Ordena el actual Código de Procedimiento Penal, ley 906/04, que la policía judicial permanente al servicio de los fiscales está integrada por:

- El cuerpo técnico de investigaciones de la Fiscalía General de la Nación (C. T. I).
- La Policía Nacional.
- El Departamento Administrativo de Seguridad (D. A. S.).
- Igualmente, confiere funciones permanentes de policía judicial de

manera especial a su competencia, a la Procuraduría General de la Nación, y a la Contraloría General de la República.

- Las autoridades de tránsito.
- Las entidades públicas que ejercen función de vigilancia y control.
- El personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).
- El personal encargado de custodiar a las personas privadas de la libertad.
- Los alcaldes.
- Los Inspectores de Policía.
- La norma desarrolló el precepto constitucional que le otorga facultades al Fiscal General de la Nación para conferir a determinados entes públicos competencia de policía judicial de manera transitoria, debiéndolos autorizar de manera expresa, mediante la respectiva resolución, sobre el asunto a su cargo.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses presta el apoyo técnicocientífico a la Fiscalía, y aun a la defensa, en las verificaciones científicas de las respectivas hipótesis, y cuando el caso lo amerite. La Policía Judicial y, además, los institutos científicos y de medicina legal se encuentran a disposición del Fiscal, y dependen funcionalmente de la Fiscalía General de La Nación.

La reforma constitucional y legal dejó al Instituto de Medicina Legal como una entidad dependiente de la Fiscalía, pero igualmente puede servir a los intereses de la defensa. No obstante, hemos considerado que lo más acertado para un proceso de partes hubiera sido que la subordinación funcional se hubiera trasladado a un órgano o ministerio imparcial, como lo sería el Ministerio del Interior y de Justicia, ya que, cuando su actuación fuera requerida por la defensa, se podría contar con una garantía de absoluta independencia e imparcialidad.

2.1. En la construcción de su teoría del caso, la investigación de la Fiscalía se encuentra reglada por el nuevo proceso penal acusatorio.

La reforma constitucional no resultaría novedosa si el nuevo proceso penal de corte acusatorio no reglamentara y regulara las actividades de investigación de la Fiscalía General de la Nación; el proceso penal acusatorio le ordena la planificación de la investigación y le expide reglas valiosas sobre la forma de realizar las pesquisas a su cargo, de donde resulta imprescindible el contacto coordinado y permanente con las personas que componen sus medios de investigación. Únicamente con el trabajo en equipo podrá diseñar de manera acertada y correcta su teoría

del caso, destacándose el contenido del artículo 207⁵ de la ley 906 de 2004, que versa sobre la proyección de la investigación, la relación con los miembros de la policía judicial, los tiempos que se deben emplear, los objetivos que se deben trazar, la hipótesis a demostrar, la evaluación de los resultados y, en general, las actividades legales tendientes a la construcción de una buena teoría del caso.

Bajo el proceso inquisitivo, las investigaciones llevadas a cabo, en primer lugar por los jueces de instrucción y más adelante por la Fiscalía, en no muy pocas oportunidades se caracterizaban por el desorden, la improductividad y la no utilización correcta de los órganos de investigación. Estas irregularidades se soslayaban con la facultad que les otorgaban la Constitución y la ley de poder calificar y valorar sus propias actuaciones procesales, ya que por ministerio del procedimiento eran los llamados a calificar el mérito del sumario, o porque cuando existía prueba para decretar la preclusión de la investigación o dictar la Resolución de Acusación, así debían proceder. Además, podían restringir el derecho fundamental de la libertad de la persona o de abstenerse de dictar tal medida, ya que obraban como juez y parte al poseer la facultad de resolverles la situación jurídica a los indagados. Se contaba con una segunda instancia fiscal que, por regla general, convalidaba lo hecho por el a-quo en la instrucción. En la etapa de juicio, la Fiscalía adquiría la calidad de parte para defender su obra instructora delante de un juez de sistema inquisitorial, que estaba más preocupado por construir su

⁵ ARTÍCULO 207. PROGRAMA METODOLÓGICO. Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo.

Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.

Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.

propia teoría del caso que por evaluar de manera objetiva lo que había investigado la Fiscalía, y, en el peor de los casos, su sentencia no era sino la repetición de lo que contenía la Resolución de Acusación.

Sobre el trabajo metodológico del nuevo Procedimiento Penal Acusatorio que debe asumir la Fiscalía General de la Nación, en la revista de la Defensoría Pública de Colombia “La defensa” No. 7, págs 40 y 41, el doctor Pablo Elías González M. señala:

“Se debe partir de uno o varios hechos que por revestir las características de delito llegan al conocimiento de la fiscalía o de la policía judicial por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo. El hecho que puede ser punible (el problema) da lugar a la realización de un plan de trabajo, que se adelanta en algunas ocasiones en el lugar de los hechos, y que tiene que construir el investigador sobre el terreno a partir de lo que allí encuentra y observa, con el objeto de recolectar los elementos materiales probatorios que serán las primeras pistas que orientarán la investigación para la acusación o para la defensa. (...) La investigación criminal no puede ser improvisada o librada al azar. Como proceso metodológicamente organizado debe responder a una planeación de la misma. Planear significa identificar el problema, establecer el tipo penal que subsume el hecho, saber acerca del talento humano que tiene que aplicar en sus diferentes especialidades, y conocer los recursos técnicos, pero sobre todo, determinar el tipo penal y los elementos que lo integran (sujeto, objeto, conducta y los complementos del tipo penal. descriptivos, normativos y subjetivos), y establecer los objetivos precisos de la investigación con respecto al caso particular. La investigación debe describir y explicar los fenómenos de manera objetiva, eliminando los criterios subjetivos del investigador que puedan interferir con el esclarecimiento de los hechos. El investigador no puede comprometerse con una hipótesis determinada, cuando existen otras que pueden ser de igual o de mayor fuerza.”

Igualmente, en el Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, año 2005, ISBN 958-97542-5-2 páginas 23 y 24, se lee:

“2.3.3. Realizará sesiones de trabajo con el investigador de policía judicial para elaborar el programa metodológico dirigido a precisar los objetivos de la hipótesis delictiva; evaluar

la información recibida; delimitar y asignar tareas; establecer los procedimientos de control para la realización de las labores y recursos de mejoramiento para adelantar la misión; determinar las actividades que requieren control judicial, entre otros aspectos que en el futuro serán necesarios para preparar y elaborar la teoría del caso, ante una eventual acusación. Ordenar la realización de los actos de investigación que no impliquen restricción de derechos fundamentales.” (...)

2.3.6. Evaluará periódicamente los resultados de la investigación y de las tareas asignadas para determinar el cumplimiento de los objetivos propuestos y, si es preciso, reorientarla hacia otra hipótesis delictiva. El Fiscal tendrá especial cuidado en destacar en el formato de trabajo metodológico los elementos materiales probatorios que resulten necesarios y admisibles para acudir ante el juez de control de garantías, en audiencia preliminar, cuando sea del caso, y en preservarlos para que pueda exhibirlos en el juicio” (...)

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto podemos anotar que, en nuestro criterio, la teoría del caso de la Fiscalía no se construye solamente a partir de una eventual acusación, sino que su formulación debe estar presente desde el momento en que el fiscal conoce del hecho presuntamente delictivo, de esta manera, su conocimiento fáctico y jurídico cuenta con una base sólida para el respectivo manejo procesal que derive en una hipotética aplicación del principio de oportunidad, con un preacuerdo con la defensa o con una actuación ante el juez de control de garantías.

En el contexto general de la investigación penal adelantada por la Fiscalía, situación que necesariamente lleva a la construcción de su teoría del caso, podemos destacar que todas sus actuaciones deben estar signadas por el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas que está investigando; la verificación de su hipótesis delictiva debe aceptar los límites que le impone un Estado Social y Democrático de derecho al poder punitivo del Estado; debe observar la atención debida a los planteamientos de la defensa cuando se busque llegar a los preacuerdos fijados en la ley; ha de hacer efectivas las comunicaciones sobre el hallazgo de pruebas que resultan beneficiosas a los intereses defensivos; se encuentra en la obligación constitucional y legal de dar respuesta pronta y oportuna a las solicitudes que se eleven para la aplicación del principio de oportunidad; debe recordar siempre que la práctica de sus actuaciones debe estar regida por el principio de la objetividad. Igualmente, como representante de las víctimas, debe prestarles toda la atención y colaboración que éstas se merecen.

3.

**EN LA CONSTRUCCIÓN DE
LA TEORÍA DEL CASO LA
DEFENSA PUEDE ADELANTAR
SU PROPIA INVESTIGACIÓN**

3.

EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO LA DEFENSA PUEDE ADELANTAR SU PROPIA INVESTIGACIÓN

Desde nuestra perspectiva histórica del Derecho Procesal Penal, las facultades constitucionales y legales de la defensa en la materia nunca habían contado con el derecho de realizar su propia investigación con la finalidad de construir elementos de conocimiento y convicción diferentes de los de la investigación oficial efectuada por los organismos del Estado para verificar la presunta responsabilidad penal del encartado.

Los procedimientos penales diseñados en las anteriores legislaciones, fundamentalmente en la ley 94 de 1938, el Decreto 409 de 1971, el Decreto 050/87, el Decreto 2700/91, y la Ley 600/2000, no le otorgaban a la defensa ninguna prerrogativa en materia de investigación. Se estaba bajo el predominio de un sistema eminentemente inquisitivo y, por lo tanto, su actuación estaba restringida a solicitar ante el juez instructor o fiscal que decretara y practicara las pruebas defensivas; y, aún en la etapa de juicio, al juez de conocimiento.

La ley 94 de 1938 se caracterizaba por la carencia de órganos y medios de investigación: a los jueces de instrucción criminal y demás autoridades administrativas que contaban con las facultades de investigación se les reducían estas a un trabajo de escritorio que se caracterizaba por recaudar pruebas reservadas que adquirirían la connotación de secretas. Se consideraba como la prueba reina el testimonio que se allegaba en el mismo despacho del funcionario, y, si se lograba

la confesión de la persona sindicada, se daba prácticamente por concluida la investigación. El trabajo de campo y el despliegue en las pesquisas de los órganos de investigación del Estado era nulo. Las autoridades administrativas y policivas, como los alcaldes e inspectores de policía, contaban con funciones jurisdiccionales. Eran los mismos jueces de conocimiento los que se encargaban de vincular o no a la etapa del juicio a los sindicados. Para la defensa, la importancia de este procedimiento surgía en las audiencias públicas, ya que era la oportunidad procesal de contradecir, de manera teórica, las investigaciones realizadas por la instrucción; su orientación defensiva se encaminaba a la crítica del testimonio que perduraba en el sumario, brillando por su ausencia las pruebas de carácter científico de la época. No en vano campearon los oradores penalistas pues además de su sólida formación como abogados para ese momento histórico, poseían una basta formación cultural, lo que en la mayoría de las defensas les permitía volver trizas la instrucción. Además, por fortuna, se contaba con el jurado de conciencia que decidía sobre algunos delitos, como el homicidio. No obstante, nunca hacían su investigación ni contaban con un equipo para tal fin, ni mucho menos construían su teoría. Era un procedimiento eminentemente inquisitivo.

El decreto 409 de 1971 logró algún avance en cuanto a la investigación criminal por parte del Estado. Se estableció con meridiana claridad cuáles eran los organismos de policía judicial a su servicio, siendo considerados como un cuerpo simplemente auxiliar de la rama jurisdiccional bajo la dirección, vigilancia y coordinación de la Procuraduría General de la Nación, y cuyos integrantes principales eran los miembros de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad D. A. S., y además, ejercían estas funciones, de manera ocasional, los Alcaldes Municipales, los inspectores y corregidores de policía. En cuanto a los sujetos que conformaban el ejercicio de la acción penal se las denominaba como “personas” que intervenían en el proceso penal. Se hacía una descripción de las pruebas en general, pero con la advertencia de que su práctica solamente la podía ordenar el funcionario judicial, previa petición de la defensa o del procesado, así como de la parte civil o del agente del Ministerio Público, y que, una vez practicadas, hacían parte del sumario, que era considerado como la reunión de todas las diligencias tendientes a la comprobación del delito y de sus responsables, además de las circunstancias en que el hecho ocurrió; el funcionario que lo formaba era el de la instrucción; todo esto bajo el principio de la permanencia de la prueba en un sistema escritural y reservado. Quien cerraba la investigación o instrucción era el juez de conocimiento, el

cual a su vez, tenía la facultad legal de calificar el sumario con un auto de proceder o un sobreseimiento temporal o definitivo. En caso de calificarse la actuación con el auto de proceder, se daba inicio a la etapa de juicio, que era tramitada y decidida con la respectiva sentencia por el mismo juez, salvo la intervención del jurado de conciencia. Seguía siendo un procedimiento inquisitivo, y las facultades investigativas de la defensa no existían.

En el año de 1978, se dio un paso grande en busca de implantar un sistema procesal penal acusatorio, ya que mediante reforma constitucional se creó la Fiscalía General de la Nación, dependiente del poder ejecutivo; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de entonces declaró inexecutable el acto reformativo, por vicios en su trámite.

Mediante el decreto 050 de 1987 se creó de manera autónoma un cuerpo técnico de policía judicial al servicio de los funcionarios encargados de administrar justicia, que, entre otras ocupaciones, tenía que atender la comisión expresa de los jueces en indagaciones preliminares, con la finalidad de eliminar de los sumarios “la averiguación de los responsables”; se reestructuró el Instituto de Medicina Legal y, por primera vez, se organizó el servicio de defensoría pública. Se insinuó en el país la posibilidad de un sistema procesal penal acusatorio, ya que en el nuevo código procesal se les otorgaron facultades a los jueces de instrucción criminal para llevar adelante el diligenciamiento sumarial y, cumplidos los términos procesales, serían los que calificarían su instrucción, y, si era del caso, debían proferir la llamada Resolución de Acusación. Con esta actuación se eliminaba el auto de proceder, y los funcionarios de conocimiento o falladores debían ejercer un control de legalidad sobre la calificación del funcionario instructor. Uno de los motivos que primaron en la reforma fue poner freno al prejuzgamiento de los jueces de conocimiento, ya que realizaban la acusación mediante el auto de proceder o llamamiento a juicio, y eran los mismos encargados de dictar la respectiva sentencia. No obstante la buena intención de la reforma, quedó el juez de instrucción constituido en juez y parte, ya que se le otorgaron las facultades para calificar sus propias actuaciones. Se estableció un procedimiento abreviado para aquellos delitos en que la persona fuera capturada en estado de flagrancia, o hubiera la confesión del indagado. Seguía siendo un procedimiento inquisitivo, y las facultades investigativas de la defensa no existían.

El decreto 2700 desarrolló las facultades procesales de la nueva figura de la Fiscalía General de la Nación. La asamblea Nacional Constituyente creó un órgano encargado de reemplazar a los jueces de Instrucción

Criminal, con el propósito de fortalecer a la fuerza legítima del Estado en su misión de perseguir el delito y a los delincuentes. Si bien es cierto que la figura de la Fiscalía quedó insertada como un órgano independiente en la Rama Jurisdiccional del poder público, con autonomía administrativa y presupuestal, es más cierto que las funciones constitucionales y legales con que fue investida la colocaron, casi en el mismo plano de los anteriores jueces de Instrucción Criminal. La creación de la Fiscalía General de la Nación no fue consecuente con un sistema de partes o acusatorio: el hecho de que la Fiscalía siguiera contando con funciones de juez, de poder decretar medidas restrictivas de los derechos fundamentales, de calificar las diligencias del sumario, le otorgó un mayor poder, pero sin que hubiera un cambio radical, indispensable para pasar de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio. Lo que el decreto en mención sí logró desarrollar fue la consagración positiva de los elementos estructurales del debido proceso bajo la guarda de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En lo que hace referencia a la ley 600 de 2000, ésta se orientó a una mayor consagración en las garantías procesales, se legisló bajo el control de legalidad sobre las restricciones de los derechos fundamentales; la Corte Constitucional declaró inexecutable la reglamentación de la figura del Habeas Corpus (C520/01), sin embargo, la figura mantuvo su vigencia constitucional. Se dispuso el control de legalidad, por parte de los jueces, de la medida de aseguramiento y de las decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de los bienes que tomaba la Fiscalía. Se hizo alguna apertura en cuanto a dar a la defensa la posibilidad de controvertir un dictamen técnico oficial presentado por la Fiscalía con otro peritaje llevado por la defensa, pero como una prueba a ventilar en la audiencia pública. No obstante, el proceso penal mantuvo su estructura de inquisitivo.

Podemos afirmar que, desde la ley 34 de 1938 hasta cuando entró a regir la ley 906 de 2004, el contexto de las Instituciones procesales penales era de naturaleza inquisitiva, cuyas investigaciones se caracterizaban por ser reservadas, escriturales, con un monopolio investigativo criminal por parte del Estado y sin que la defensa contara con la oportunidad de intervenir en la construcción de su teoría del caso. Las reformas constantes del procedimiento penal las podemos enmarcar en la inexistencia de políticas criminales por parte de nuestro Estado; cada vez que sucede un hecho social, político, económico de trascendencia nacional, revierte la crisis que ello origina en las instituciones penales y se llevan adelante reformas intrascendentales que terminan por sacrificar las garantías e instituciones democráticas procesales; así por ejemplo, se creó

la denominada “justicia sin rostro”, que no cumplió con su cometido de proteger a los funcionarios judiciales ni de fortalecer a la administración de justicia: más se tardaba el funcionario judicial en conocer el expediente asignado a su cargo que las poderosas bandas criminales en saber la identidad de quien atendía el asunto; así mismo ocurrió con la eliminación del jurado de conciencia y, sin embargo, los fenómenos de la impunidad y de la inseguridad de los operadores jurídicos siguen siendo problemas estructurales.

Bajo las reglas del sistema penal inquisitivo le era permitido, en especial a la defensa, actuar sin mayor proyección, preparación y planeación del asunto respectivo, habida cuenta de las características inquisitivas del sistema procesal penal que así se lo permitía; la misma dinámica procesal admitía peculiaridades tales como:

- En atención al principio constitucional de la investigación integral, jueces y fiscales estaban en la obligación de averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado, de tal manera que la misma defensa era asumida de manera tácita por el funcionario judicial.
- La actuación oficiosa de los jueces: desde su perspectiva decretaban pruebas de oficio con la única finalidad de poder estructurar su “verdad”, además, en la etapa de juicio podían adelantar investigaciones, lo cual llevaba a que en esta fase del proceso se reconstruyera o enderezara lo que ya había sido practicado por la Fiscalía o el funcionario instructor, y en la práctica, el juez de conocimiento terminaba asumiendo, también, el papel de instructor, y en no pocas oportunidades el de defensor.
- La defensa no realizaba investigaciones tendientes a verificar su teoría del caso y, si lo hacía, los resultados que arrojaran estas indagaciones tenían que ser refrendados mediante su práctica por los miembros de la policía judicial al servicio de la rama judicial, so pena de su inadmisibilidad, habida cuenta de que no contaba con facultades legales para ello.

Todos estos fueron factores permisivos para que la defensa no planificara, no orientara de manera concreta los derroteros defensivos. La actuación se reducía a solicitarle al funcionario judicial que decretara y practicara pruebas; los alegatos de fondo se relacionaban con la permanencia de la prueba y, por lo tanto, podían ser esquematizados o, en el peor de los casos, copiados de otras situaciones procesales similares; a las audiencias públicas se asistía para ver cómo resultaba sin una pro-

yección planificada de lo que se pretendía en la diligencia, y no había una técnica depurada en el interrogatorio y contrainterrogatorio a los testigos.

Se puede considerar que, antes de la reforma constitucional del año 2002 y la expedición de la ley 906 de 2004, las legislaciones procesales arrojaban como resultado que la construcción del método histórico o reconstructivo se materializaba en el denominado sumario, y que la investigación era el fruto exclusivo de lo efectuado por los miembros de la policía judicial al servicio del Estado, o de las pruebas que en el escrito realizaban los funcionarios de instrucción. De esta manera se le cercenaba la posibilidad a la defensa para que hiciera su propia reconstrucción histórica de lo fáctico, y los principales argumentos defensivos se reducían a criticar o controvertir lo efectuado por la jurisdicción y los organismos del Estado.

La facultad legal que otorga la actual legislación acusatoria procesal penal a la defensa para que pueda adelantar su propia investigación está encaminada a llevarle al juez, quien es la persona que va a decidir sobre el asunto de fondo, una perspectiva de verdad diferente de la que construya su opositor dialéctico, como lo es la Fiscalía. Una de las innovaciones más importantes del Acto Legislativo 003 de 2002, que reformó la Carta Política con la finalidad de que el Procedimiento Penal adquiriera las connotaciones de un sistema de partes, la constituyó el hecho de que la investigación criminal dejó de ser un monopolio exclusivo del Estado. Dentro de la concepción filosófica de la reforma a la Carta Política se buscó que el nuevo proceso penal se constituyera en una causa de partes con igualdad de oportunidades procesales, incluyéndose el derecho a la investigación, tanto por parte del organismo persecutor de los delitos y de los presuntos delincuentes, como también por parte de la defensa; equilibrios y oportunidades que han sido claramente definidos por la ley, y que deben tener el control constitucional y legal por parte del nuevo juez, cuyo papel adquiere las connotaciones de árbitro imparcial.

Es así como el artículo 250, numeral 8° de la Carta Política,⁶ le otorga al Fiscal General de la Nación la facultad de dirigir y coordinar las funcio-

⁶ **Artículo 250.** La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien su

nes de Policía Judicial, y el artículo 251, *ibidem*, numeral 5^o.⁷ le permite otorgar atribuciones transitorias de Policía Judicial a otros entes públicos. El citado acto legislativo no mencionó expresamente, en la reforma constitucional, las facultades investigativas de la defensa, no obstante, podemos observar que el artículo 284 de la Carta Magna⁸ faculta a la Defensoría del Pueblo, de la que hace parte la Defensoría Pública, para requerir a todas las autoridades la información necesaria en el ejercicio de sus funciones, sin poder excusar por parte del requerido restricción o reserva alguna, facultad constitucional que debe ser tenida en cuenta por los jueces de control de garantías y de conocimiento para equilibrar el poder de los órganos de investigación del Estado, que, a diferencia de los de la defensa, sí cuentan con poderes de Policía Judicial. Al respecto, en el tomo No. III de El Proceso Penal Acusatorio Colombiano, Roles de los intervinientes, autores Juan Carlos Arias Duque y otros, Ed. Jurídicas Andrés Morales, año 1996, páginas 212 y 213, se dice textualmente:

“ El investigador de la defensa ni siquiera está reconocido dentro del texto del Código de Procedimiento Penal, y en cambio existen normas como los artículos 267 y 268 que colocan la actividad del investigador de la defensa en cabe-

ficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

“... ”

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

⁷ **Artículo 251.** Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

“... ”

5. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

⁸ Artículo 284. Salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, el Procurador General de la Nación, y el defensor del pueblo podrán requerir de las autoridades los informes necesarios para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna.

za del defensor, del indiciado y del imputado, sin que existan referencias ni facultades del investigador de la defensa. En este orden corresponde al juez, bien sea de control de garantías como del conocimiento permitir y facilitar la actividad de este interviniente del proceso, que concebida la igualdad de armas, se supone su reconocimiento.” (...) Estas situaciones que evidencian desigualdad deben ser corregidas por la actividad del juez de control de garantías, en primer término, controlando el plazo previo a la formulación de la imputación, y en segundo lugar, garantizando a la defensa el tiempo necesario para preparar su actividad dentro del proceso.”

Con todas las dificultades legales y operativas, consideramos como un avance las nuevas facultades de investigación para la defensa en la búsqueda del equilibrio de las actuaciones procesales de las partes, jugando el Juez de Control de Garantías o el Juez de Conocimiento el papel fundamental que bajo el principio de la imparcialidad deben jugar. Las facultades de la investigación de la defensa han tenido su desarrollo legal en el Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004); pero especialmente en la Ley que crea el Sistema Nacional de Defensoría Pública (ley 941 de 2005). En el Código de Procedimiento Penal los artículos 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273 y 274⁹ precisan las indagaciones que

⁹ CAPITULO VI.

FACULTADES DE LA DEFENSA EN LA INVESTIGACIÓN.

ARTÍCULO 267. FACULTADES DE QUIEN NO ES IMPUTADO. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

ARTÍCULO 268. FACULTADES DEL IMPUTADO. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.

ARTÍCULO 269. CONTENIDO DE LA SOLICITUD. La solicitud deberá contener en forma separada, con claridad y precisión, las preguntas que en relación

puede llevar a cabo la persona imputada o no en la presunta comisión de una actuación delictiva y en el ejercicio práctico, haciéndose extensiva la facultad legal a su defensor y, por lo tanto, al cuerpo investigativo de la defensa.

En la Ley de Defensoría Pública, en varios de sus artículos, se encuentran diseminadas las funciones de los investigadores de los abogados defensores públicos que asuman las averiguaciones investigativas de los procesos a su cargo: artículos 14, 18,20, 36,37, 38, 39, 47 y 48, entre

con el elemento material probatorio y evidencia física entregada, se requiere que responda el perito o peritos, previa la investigación y análisis que corresponda.

ARTÍCULO 270. ACTUACIÓN DEL PERITO. Recibida la solicitud y los elementos mencionados en los artículos anteriores, el perito los examinará. Si encontrare que el contenedor, tiene señales de haber sido o intentado ser abierto, o que la solicitud no reúne las mencionadas condiciones lo devolverá al solicitante. Lo mismo hará en caso de que encontrare alterado el elemento por examinar. Si todo lo hallare aceptable, procederá a la investigación y análisis que corresponda y a la elaboración del informe pericial.

El informe pericial se entregará bajo recibo al solicitante y se conservará un ejemplar de aquel y de este en el Instituto.

ARTÍCULO 271. FACULTAD DE ENTREVISTAR. El imputado o su defensor, podrán entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa. En esta entrevista se emplearán las técnicas aconsejadas por la criminalística.

La entrevista se podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo.

ARTÍCULO 272. OBTENCIÓN DE DECLARACIÓN JURADA. El imputado o su defensor podrán solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Esta podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo.

ARTÍCULO 273. CRITERIOS DE VALORACIÓN. La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.

ARTÍCULO 274. SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA. El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.

Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia.

otros¹⁰. No hay que olvidar que, incluso en las audiencias preliminares que son promovidas por la Fiscalía, en especial la que legaliza la captura, la de formulación de imputación y la de solicitud de medida de aseguramiento, se debe contar con los servicios de averiguación de la defensa, pues de los elementos materiales de prueba que en ese preciso instante se le puedan llevar al juez de control de garantías, de conformidad con el bloque de constitucionalidad y la ley pueden limitarse o no derechos fundamentales de los procesados.

¹⁰ ARTÍCULO 14. *COMPONENTES DEL SISTEMA*. El Sistema Nacional de Defensoría Pública está compuesto por la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, los Defensores del Pueblo Regionales y Seccionales, los coordinadores administrativos y de gestión, los coordinadores académicos, los personeros municipales, los defensores públicos, los abogados particulares vinculados como Defensores Públicos para las excepciones previstas en esta ley, los investigadores, técnicos y auxiliares, los judicantes, los estudiantes de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho, las personas y asociaciones científicas dedicadas a la investigación criminal y las organizaciones que brinden capacitación a los componentes del Sistema.

También pertenecerán al Sistema los programas jurídicos que las autoridades indígenas establezcan.

ARTÍCULO 18. *INVESTIGADORES, TÉCNICOS Y AUXILIARES*. El Sistema Nacional de Defensoría Pública podrá vincular investigadores, técnicos, auxiliares y organizaciones científicas de investigación criminal para que presten servicios de recaudo de material probatorio, asesoría técnica y científica necesarios para la defensa.

ARTÍCULO 20. *DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN*. El Sistema Nacional de Defensoría Pública será dirigido y coordinado por el Defensor del Pueblo, quien designará al Director del Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Para el desarrollo de su gestión, el Director contará con el apoyo del Defensor del Pueblo Regional o Seccional, según el caso, así como de un Coordinador para cada una de las siguientes Unidades Operativas del Nivel Nacional:

“... ”

4. Investigación criminal.

“... ”

La Unidad de Investigación Criminal coordinará, controlará y hará seguimiento a la labor de los investigadores y técnicos que presten el servicio al Sistema Nacional de Defensoría Pública.

ARTÍCULO 36. *INVESTIGADORES Y TÉCNICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA*. Son aquellos servidores públicos adscritos a la planta de la Defensoría del Pueblo y los contratados que colaboran con los de-

Desde el punto de vista organizativo del servicio de investigación criminal para la defensa, es mediante la ley 941 de 2005 como se dan los lineamientos legales para que el Sistema Nacional de Defensoría Pública estructure y desarrolle lo pertinente a la investigación de la Defensa Pública.

La dirección Nacional de Defensoría pública de la Defensoría del Pueblo, mediante Resolución No. 152 de marzo 3 de 2005, estableció los requisitos mínimos exigidos para aquellas personas que buscan desempeñarse en las actividades de investigador profesional, investigador técnico, profesional especializado en criminalística, y técnico en criminalística, además de las pruebas que deben superar para poder conformar el nuevo equipo de investigadores, Unidad Operativa de Investigación Criminal, al servicio de la defensa pública.

fensores públicos en la consecución de la información y material probatorio necesario para el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa.

Las autoridades judiciales y administrativas facilitarán a los investigadores y peritos del Sistema Nacional de Defensoría Pública el acceso a la información que requieran para el cumplimiento de su función conforme a lo establecido en la Constitución Política, en los términos y oportunidades previstas por el Código de Procedimiento Penal.

PARÁGRAFO. Facúltase al Defensor del Pueblo para reglamentar la remuneración de los servicios que se puedan prestar y cobrar a usuarios y abogados particulares que lo soliciten.

ARTÍCULO 37. OBLIGACIONES. Los investigadores y técnicos desarrollarán su actividad con sujeción a la Constitución, la ley y los reglamentos que expida el Defensor del Pueblo, y respetarán en sus actuaciones los derechos fundamentales de todas las personas.

ARTÍCULO 38. CONVENIOS. La Defensoría del Pueblo podrá celebrar convenios con entidades oficiales o privadas para la designación de expertos en determinada ciencia, arte, técnica u oficio, con el fin de contar con su asesoría cuando la naturaleza de los hechos objeto de un proceso asignado a un defensor público lo requiera.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS. El Defensor del Pueblo establecerá mediante reglamento los requisitos mínimos que deberán cumplir los investigadores y peritos para prestar el servicio al Sistema Nacional de Defensoría Pública.

ARTÍCULO 47. MECANISMO INVESTIGATIVO. El Sistema Nacional de Defensoría Pública contará con los mecanismos necesarios para la obtención del material probatorio que permitan fundamentar las hipótesis de la defensa.

ARTÍCULO 48. PROTECCIÓN. El Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará el apoyo técnico-científico necesario para que el defensor público pueda ejercer adecuadamente la defensa en los casos que le sean asignados.

La misma dirección Nacional de Defensoría Pública, mediante la circular 3020-05 de marzo 27 de 2006 y la resolución 016 de octubre de 2006 reglamentó la forma en que los defensores públicos acceden al servicio de la investigación, la solicitud del servicio, los controles que se ejercen a la actividad, la forma de llevar a cabo las estadísticas, el trabajo de campo y el servicio técnico forense. Igualmente, la unidad operativa de investigación criminal ha establecido los formatos de un programa metodológico para la defensa en donde se deben relacionar los datos del equipo que conformarán el bloque de la defensa, la persona a defender, la descripción de los hechos y la imputación fáctica, la hipótesis de trabajo, las entrevistas con los usuarios y los potenciales testigos, las tareas, investigaciones y actividades a realizar con el fin de verificar la hipótesis y el control y la evaluación de los resultados de la labor investigativa, así como las recomendaciones y sugerencias.

3.1. Sugerencias de planificación y técnicas en la construcción de la teoría del caso de la defensa.

A diferencia de lo preceptuado en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, trabajo metodológico para la Fiscalía, ninguna norma señala el derrotero que debe seguir la defensa para la construcción de su teoría del caso, pero la dinámica del sistema acusatorio se constituye en un imperativo categórico de orden y planeación de la defensa penal. Un abogado defensor debe ir construyendo su teoría del caso bajo las premisas de un ejercicio lógico y planificado desde el mismo momento en que tiene la entrevista con la persona indiciada o imputada y con los familiares que, por regla de experiencia, se constituyen en la primera fuente de conocimiento al relatarnos sobre su percepción de cómo ocurrieron los hechos y cuál fue la actuación de la persona procesada, debiéndoles escuchar con cuidado a fin de precisar los detalles de su relato. La planificación de la defensa es un imponderable, y el trabajo de campo y la investigación son fundamentales. Es imposible pensar que la sola actuación del abogado de la defensa puede arrojar resultados positivos; en el actual sistema acusatorio el trabajo en equipo (investigadores y peritos: médicos, sicólogos, auxiliares administrativos, etc, de la defensa) se constituye en un imperativo categórico. La verificación de nuestra hipótesis se consigue con los elementos materiales de prueba y, una vez lograda, se debe alinear el aspecto jurídico. De igual manera, se debe concluir si la estrategia es de negociación con la Fiscalía o de refutación a los cargos que se presentan. La planeación, el orden, y la elaboración de una acertada teoría del caso son los elementos esenciales de una defensa buena, seria y honesta.

3.1.1. En la relación directa con el defendido y sus familiares como potenciales testigos.

La entrevista que debe hacer el defensor con su cliente es trascendental en el nuevo Proceso Penal acusatorio, puesto que resulta imposible tener una teoría del caso correcta si no se ha podido analizar y en cierta forma verificar la información que a la defensa le otorga la persona inculpada. La entrevista del abogado defensor, director de la investigación defensiva, con la persona inculpada o imputada o acusada se constituye en el hilo conductor de la hipótesis que se debe construir; por lo tanto valga insinuar:

- El abogado de la defensa debe aprender a escuchar. Parece apenas obvio que en el intercambio comunicativo del abogado con su cliente o usuario se deban establecer reglas claras y precisas que redunden en un análisis correcto de los hechos y en una construcción de la hipótesis aproximada a lo que se quiere construir como teoría del caso. El hecho de que el abogado de la defensa bajo el sistema acusatorio tenga la facultad de investigar y ser parte del respectivo proceso penal lo obliga a cambiar de paradigma en la relación y trato con quien va a defender pues por regla de experiencia sabemos que la fuente de información primaria sobre los hechos está en el procesado o en sus familiares. Sobre el tema, en el texto Proceso Oral en Sistema Penal Acusatorio, Módulo de Instrucción para Defensores, se dice:

“El conocimiento de los hechos atribuidos es la base fundamental para el diseño de cualquier estrategia de defensa. Con la introducción de la oralidad en los sistemas procesales modernos el defensor será convocado para asumir la representación legal de personas que no conoce, en procesos totalmente ajenos para él, y, en muchas ocasiones los otros operadores del sistema (fiscales y jueces) podrán pretender que el defensor se incorpore de inmediato a la actuación requerida (audiencia de formulación de imputación por ejemplo) y que en “el camino” se entere de los hechos, porque la prioridad de los primeros es realizar la audiencia.

El abogado defensor debe hacer lo posible por dialogar con su representado y conocer los hechos acusados antes de cualquier diligencia, de lo contrario estaría improvisando, dejando pasar fases procesales como un mero formalismo, sin ejercer la defensa técnica que a él corresponde.

- *Deberá solicitar se le concedan el tiempo y las condiciones idóneas para realizar la entrevista, conocer el caso y establecer una hipótesis preliminar.*
- *Invocar como fundamento las normas constitucionales y legales que reglan el asunto (arts. 29 C. P. 8 y 125 del Código)*
- *Es fundamental que todo defensor explique al juez, al fiscal o a la policía esa necesidad de conocimiento como integrante de la defensa técnica garantizada constitucionalmente, de lo contrario sería imposible realizar una recomendación técnica, y salvaguardar los derechos a él encomendados y que corresponde al defensor hacer valer. Si se niega esa entrevista y asistencia legal oportuna, no solo se lesiona el derecho fundamental al trabajo (pues no le permiten realizar su labor profesional con libertad), sino también el derecho de la defensa del imputado.¹¹”.*

Ya no puede el abogado defensor, antes de escuchar a su prohi-
jado, hacer alocuciones que demuestren sus conocimientos jurí-
dicos con el fin de impresionar gratamente; por el contrario, este
tipo de actitud demuestra que es un lego en el nuevo sistema penal
acusatorio y que, además de no sacar ningún resultado positivo
de la entrevista con su cliente o usuario, está perdiendo tiempo
importante, que a la postre puede resultar irremplazable.

- En las entrevistas con el cliente particular o usuario de la defensa pública se debe procurar que siempre esté presente el investigador. En desarrollo de las audiencias preliminares se ha podido comprobar la importancia de la asistencia del investigador, ya que existen en la narración del indiciado elementos materiales de prueba que, corroborados mediante una investigación ágil, pueden evitar la imposición de una medida restrictiva de un derecho fundamental. Además, el abogado defensor va construyendo su hipótesis para la construcción de su teoría del caso, la que es imposible verificar sin el trabajo de su equipo.

¹¹ Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Módulo de instrucción para Defensores USAID, Defensoría del Pueblo de Colombia, Ediciones jurídicas Andrés Morales. Segunda edición, 2006. Página 99.

- Entrevistarse con el defendido cuantas veces sea necesario. En el relato inicial que nos hace nuestro patrocinado surgen circunstancias que deben ser corroboradas por el investigador y que pueden arrojar nuevos hechos que no fueron esclarecidos en la entrevista; el único llamado a reconocerlos o negarlos es el implicado; por ello resulta indispensable volver a entrevistarlo cuantas veces sea necesario. No hay que olvidar que una de las características de la teoría del caso es su flexibilidad hasta antes de decidimos a ir al juicio público que dirima la responsabilidad de nuestro defendido.
- Resulta importante que el abogado siempre lleve consigo una libreta en donde tome nota de los aspectos relevantes y los detalles del relato que le están exponiendo. Si bien es cierto que existen memorias prodigiosas, es más cierto que cuando ésta falla se da al traste con todo lo que quisimos almacenar en nuestra retentiva sin recurrir a la ayuda de la escritura. Si no se tienen precisados los hechos, no puede haber una teoría del caso correcta.
- El abogado debe prestar total atención a lo que le está diciendo su defendido. Sabemos que, en no pocas oportunidades, un momento de desconcentración ha impedido que se capte un detalle trascendental del relato, y, por lo tanto, la información ha quedado incompleta, lo cual entraba una construcción de la teoría del caso congruente con los hechos.
- El abogado de la defensa debe contar con elementos de juicio que hayan sido corroborados por su investigador sobre la personalidad y el entorno familiar y social de su defendido. Los antecedentes criminales, los estudios y aspectos culturales de la persona implicada, su salud mental, el arraigo en la comunidad, el trabajo que desempeña, el núcleo familiar, etc., son variables que deben ser ponderadas si se quiere construir una teoría del caso más o menos correcta. Así, por ejemplo, no hay que, olvidar que para la imposición o no de una medida de aseguramiento por parte de los Jueces de Control de Garantías Constitucionales, la consideración de estos factores resulta determinante; así mismo, en la construcción jurídica de la teoría del caso, estas circunstancias resultan relevantes cuando la descripción del tipo penal determina un sujeto activo calificado, o cuando hay una circunstancia genérica o específica de agravación o atenuación de la conducta.

3.1.2. *En relación con el equipo de trabajo.*

El nuevo paradigma del sistema penal de partes no permite la característica de la defensa asumida de manera individual por parte del aboga-

do. El sistema Inquisitivo permitía que estas defensas se realizaran con la presentación de alegatos escritos, y en algunas oportunidades, con la controversia de las pruebas aportadas por la Fiscalía, contradicción que no propiamente se ejercía con la presencia física del abogado de la defensa en la diligencia en donde se recibía la prueba por parte del instructor, sino que se realizaba a manera de alegato escrito, en memoriales que muchas veces resultaban repetitivos e insustanciales.

Para un buen resultado del trabajo en equipo de la defensa nos permitimos sugerir:

- *La tarea de la defensa necesariamente debe contar, al menos, con el servicio de un investigador, quien es el encargado de realizar el trabajo de campo y hacer las averiguaciones y entrevistas con los potenciales testigos que puedan servir a los intereses de verificar la teoría del caso. Cuando el abogado de la defensa se encuentra frente a una hipótesis que involucre un estado de inimputabilidad controvertida por la Fiscalía, se debe contar con un médico perito que sustente sus afirmaciones; eso puede ocurrir con los delitos de falsedad, en materias contables y especializadas que necesiten el concurso de personas versadas en la técnica o ciencia respectiva.*
- *El abogado no puede fungir como investigador de su causa pues resultaría inhabilitado para seguir ejerciendo la defensa por convertirse en testigo de su pleito. El nuevo sistema acusatorio no permite que el abogado defensor se proclame como director y, a la vez, como investigador de la misma defensa.*
- *El director de la investigación siempre será el abogado de la defensa, el jurista que vaya a exponer sus tesis frente a los jueces de control de Garantías o de Conocimiento debe ser la misma persona que oriente a sus colaboradores respecto de lo que quiere comprobar o demostrar ante el estrado del juez. Pero la dirección en el trabajo de equipo no puede mirarse de manera jerarquizada y vertical entre los miembros que lo componen, por el contrario, debe existir solidaridad y respeto en las funciones asignadas y en la división de las actividades. No hay que olvidar que la teoría del caso, a la larga, la construye todo el conjunto de la defensa y es, por lo tanto, vital la investigación, pues de sus resultados depende la comprobación o no de lo que se pretende ante los jueces.*
- *Los elementos materiales de prueba que han sido recolectados por el equipo de la investigación mediante el trabajo de campo*

deben ser sometidos a la evaluación y análisis de manera mancomunada con el abogado de la defensa. Si así se procede, se sacarán mejores conclusiones de la investigación, porque resultan adoptándose para la verificación de la teoría del caso aquellos elementos que la comprueban y desechándose los que no sirven. Si surge la necesidad de replantear la teoría del caso, así deberá proceder el equipo.

- *Es común que se imputen varias acciones delictivas a nuestros defendidos. El abogado de la defensa y su equipo de investigación deberán planificar el trabajo de tal manera que ninguna de las conductas atribuidas quede por fuera de la respectiva hipótesis y del trabajo de campo. Una vez que se hayan verificado las hipótesis planteadas, se deberá estudiar si se está ante un concurso real o aparente de tipos penales, si todos los delitos imputados por la Fiscalía existen o no. Lo mismo se puede afirmar frente a las circunstancias de agravación punitiva presentada por la Fiscalía.*
- *El abogado defensor deberá diseñar los controles sobre el tiempo y la calidad en las actividades realizadas por su equipo de investigación. Lo anterior busca que los esfuerzos realizados se hagan de acuerdo con la planificación elaborada previamente por la brigada de la defensa; no hay que olvidar que los términos en tiempo que la ley 906 de 2004 le ha indicado a la Fiscalía para llevar a cabo su investigación desde la imputación formal, en la práctica, son los mismos con que cuenta la defensa para sus investigaciones y verificaciones de su respectiva teoría del caso, ya que en la audiencia preparatoria tendrá que descubrirle a la Fiscalía los elementos de prueba y, además, determinar cuáles son las pruebas que quiere hacer valer en la audiencia del juicio público oral y concentrado.*

3.1.3. En relación con la Fiscalía.

Es muy importante que la defensa tenga conocimiento de la contraparte que está haciendo la investigación o va a llevar adelante el juicio de responsabilidad penal por parte del Estado como órgano persecutor del delito y de los presuntos delincuentes. La defensa debe procurar conocer las técnicas empleadas por el fiscal, su historial como investigador, sus registros e intervenciones como abogado en los juicios orales y en las audiencias preliminares, si es un fiscal dado a la negociación o no, su comportamiento frente a la aplicación del criterio de oportunidad, y en todos aquellos puntos de referencia que le puedan significar a la

defensa encontrar las fortalezas y posibles debilidades sobre los métodos investigativos y judiciales empleados por su contendor dialéctico y natural. Si la defensa puede contar con esta información y procesarla correctamente, podrá elaborar una mejor estrategia y fortalecer su teoría del caso. Para este efecto pueden ser útiles varias consideraciones:

- Mantener las mejores relaciones profesionales con el fiscal del proceso es sustancial. Estos vínculos sinceros y cordiales ayudan al buen desarrollo de nuestra teoría del caso, sobre todo en aquellos asuntos en que la verificación de la hipótesis de la defensa apuntan a una negociación con su contraparte; además, si se llega a una audiencia pública oral y concentrada, tanto la defensa como la Fiscalía deben mantener la lealtad procesal, pues de todas maneras, tarde o temprano, deberá existir un cruce de información sobre los elementos materiales de prueba que ambas partes poseen, y nada más propicio para tal intercambio que un buen entendimiento profesional.
- De manera estratégica, el abogado defensor no debe situarse en el mismo campo del análisis probatorio que haga la Fiscalía. La defensa y la Fiscalía deben situarse en terrenos diferentes de la contienda, ya que la dinámica del sistema procesal de partes así lo permiten, si la defensa se acomoda en la misma perspectiva procesal de la Fiscalía, el único camino que le queda es buscar una negociación con ésta, o, en el peor de los casos, de antemano aceptar la derrota del litigio, habida cuenta de que le está dando la razón a su contradictor.
- Si bien es cierto que el principio general del derecho penal apunta a que la carga de la prueba siempre está a cargo del Estado, y que en el sistema acusatorio se acentúa aún más la presunción de inocencia, atendiendo a las reglas de la experiencia, la defensa debe ejercitarse activamente en buscar las pruebas que verifiquen su teoría del caso, para lo cual no basta tener en claro el elemento jurídico; generalmente se necesita el aporte de pruebas del abogado de la defensa. Una defensa orientada exclusivamente a la refutación de las pruebas que presente la Fiscalía, difícilmente podrá tener éxito ante el juez de control de garantías o de la causa.
- El abogado defensor no puede caer en el facilismo de aceptar como la verdad revelada los dictámenes técnicos o científicos que elaboren los peritos de la Fiscalía. La emprendedora actividad de parte del nuevo sistema acusatorio permite controvertir un con-

cepto científico con la elaboración de otro diferente, proyectado por otro profesional. A diferencia del sistema inquisitivo en que el abogado defensor trataba de convencer al juez, y, en el peor de los casos al fiscal, mediante memoriales sobre la equivocación o concepto errado del perito, hoy la controversia se debe hacer con otra tesis elaborada por un par que tiene los mismos o mejores conocimientos en la materia; por ejemplo, la no inimputabilidad al momento de los hechos presuntamente delictivos de un procesado, alegada por la Fiscalía y sustentada en el concepto del médico adscrito al Instituto de Medicina Legal, es controvertible por parte de la defensa con otro dictamen elaborado por el médico siquiatra de la defensa.

- El abogado defensor debe estar atento a que la investigación y la construcción de la teoría del caso de la Fiscalía consulte el principio de objetividad a que legalmente está obligada de conformidad con el artículo 142 del C. P. P.¹². Si bien es cierto que dentro del nuevo paradigma del sistema de partes, la reconstrucción histórica de los hechos que adelantan el acusador y la defensa busca esencialmente construir su verdad para presentársela a un juez, quien se inclinará y decidirá de manera imparcial por una de las dos, es también cierto que la Fiscalía está bajo el principio de la legalidad de la función pública, de la que inexorablemente hace parte la objetividad en su investigación, máxime cuando la defensa no tiene por qué probar la inocencia de su patrocinado, ya que la carga de la prueba siempre estará a cargo del Estado, representado por la Fiscalía.
- El abogado de la defensa no puede esperar que el fiscal del caso vaya a investigar lo favorable al indiciado, imputado o acusado, ya que el Acto Legislativo 03 de 2002 lo relevó de esa función; la obligación que en este sentido tiene el fiscal es la de comunicarle, mediante el escrito de acusación o aun en la audiencia preparatoria del juicio, que en el despliegue de su investigación acusadora encontró algún elemento material de prueba que puede servir a los intereses de la defensa.

¹² Art. 142. Deberes específicos de la Fiscalía General de la Nación. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, constituyen deberes esenciales de la Fiscalía General de la Nación los siguientes.

1. Proceder con objetividad respetando las directrices del Fiscal general de la Nación.”

(...)

- El abogado defensor y la persona que está siendo investigada por la Fiscalía pueden ejercer control constitucional sobre las actuaciones investigativas adelantadas por el órgano estatal cuando consideren que se han violado derechos fundamentales, sin que necesariamente se haya imputado de manera legal la presunta comisión de un delito. El artículo 267 y ss. (Ibídem), así lo facultan, en desarrollo del principio constitucional que consagra el derecho a la defensa, tanto en la etapa de investigación como en el juicio propiamente dicho. Igualmente, el derecho se hace extensivo durante el proceso a la persona a quien formalmente haya imputado la Fiscalía la comisión de un delito. La Fiscalía puede ejercitar el derecho del control de pruebas recopiladas por la defensa en el inicio del descubrimiento de los elementos materiales de prueba y, además, en la audiencia preparatoria, las partes y el Ministerio Público (arts. 355 y 359 del C. P. P.) podrán solicitar la exclusión de las mismas.
- El abogado de la defensa debe solicitar al juez de conocimiento que ejerza el control jurisdiccional que sea del caso sobre la acusación que en contra de su defendido presente la Fiscalía. La acusación resulta imprescindible en el nuevo sistema penal acusatorio, y es un derecho material consagrado en nuestra Carta Política, en los artículos 29, 235, 250, en el denominado bloque de constitucionalidad, la encontramos en el pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, ley 74 de 1968, artículo 9°. Numerales 2°, 3°, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, ley 16 de 1972, artículo 8°, Numeral 2°, entre otros. Igualmente, la acusación y sus controles jurisdiccionales se encuentran estipulados en la ley 906 de 2004, en su artículo 336 y ss. Los escenarios naturales en los que el abogado de la defensa puede ejercer la contradicción o el control sobre el escrito de acusación presentado por la Fiscalía son: en primer término, la audiencia de acusación y, en segundo término, la audiencia preparatoria, artículos 355 y ss. del C. P. P.

3.2. Los jueces y el Ministerio Público no pueden construir su teoría del caso.

En la perspectiva del nuevo rol que les impone el sistema penal acusatorio a los jueces de la República resulta incontrovertible que éstos ya no tienen facultades de investigación. Se ha suprimido la etapa de juicio en la que el juez contaba con facultades legales para decretar y

practicar pruebas de oficio con el fin de comprobar o verificar su propia hipótesis, esta actividad de conocedor y partícipe previo de la actividad investigativa le permitía construir su propia teoría del caso: reedificaba con la lectura del expediente sumarial y bajo el criterio de la regla de experiencia, que se veía reflejado al momento de dictar la sentencia. Sobre el tema, en el manual de formación El Rol de Jueces y Magistrados, se dice:

“Esta actitud se manifiesta en la renuencia del juez a recibir y considerar los productos de la investigación jurídica que las partes hayan hecho. Tal reacción se podría considerar en cierto sentido como un resabio sutil de la tradición inquisitiva, donde el juez conoce y participa de la actividad investigativa y probatoria mediante el sumario y las posteriores etapas procesales y, por lo tanto, maneja el entorno fáctico de sus procesos. En cambio en el sistema acusatorio adversarial, las partes producen y definen el entorno fáctico el cual deben subsumir dentro de su teoría jurídica en un ejercicio permanente denominado la “teoría del caso”. Como consecuencia ellas, al momento de iniciar el juicio, tienen un concepto y dominio propio que el juez no tiene y parte de su tarea es convencer al juez acerca de las inferencias que éste debe sacar de las pruebas incorporadas al juicio, así como también de las consecuencias jurídicas de las mismas.¹³”

El nuevo papel jurídico del juez está encaminado a controlar la legalidad y el respeto al debido proceso en los trámites del proceso público, oral y concentrado, bajo el principio de la imparcialidad en la dirección de las audiencias, y con los pronunciamientos que responden a las solicitudes elevadas por las partes, así como en el papel de dictar sentencia conforme a las tesis esbozadas por el acusador o la defensa, según el mayor impacto o convencimiento que le hayan producido.

El nuevo rol del juez está llamado a establecer la verdad y la justicia con objetividad e imparcialidad frente a las pretensiones que le presentan las partes enfrentadas como lo son la Fiscalía y el amparo del acusado.

En el caso en que un juez asuma su propia hipótesis y oriente el curso de la audiencia, preliminar o de juzgamiento, impidiendo, manipulando

¹³ El rol de jueces y Magistrados en el sistema Penal Acusatorio Colombiano. Serie manual de formación. USAID. Año 2005, p. 26.

o favoreciendo la intervención de una de las partes o permitiendo que únicamente a su conocimiento lleguen elementos de juicio de una de las partes en contienda, necesariamente cae en análisis subjetivos, y la verdad que han construido las partes enfrentadas, mediante las respectivas investigaciones con el propósito de demostrarlas y convencer al árbitro, resulta afectada en la teoría del conocimiento por el proceso de parcialidad y subjetivización del juez. No obstante, en la jurisprudencia 24.468 del 30 de marzo de 2006, con ponencia del magistrado Edgar Lombana Trujillo, la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado:

“ 4.4 Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el Juez decreta pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables.

Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.

En el texto denominado “Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal - Los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano”, publicado por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se extractan cuatro fines constitucionales básicos del proceso penal, a saber:

“a) lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad; b) respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso; c) resguardar los intereses sociales en juego; d) flexibilizar, cuando es del caso, las normas de derecho sustancial .”

4.5 Es así que, en términos generales, el Juez penal está en la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de

2004, en cuanto prohíbe decretar pruebas de oficio, pues se trata de un mandato legal que tiene razón de ser en el sistema acusatorio implementado en Colombia.

Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el Juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la “norma de normas”, como lo estipula el artículo 4° constitucional.

Sólo después de un ejercicio de esa naturaleza el Juez, excepcionalmente, puede decretar una prueba de oficio. Este modo de discernir tiende a garantizar la realización práctica de los cometidos constitucionales en las situaciones específicas, y no conspira contra la vigencia general de la prohibición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.”

El anterior pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia manifiesta que la prohibición legal establecida en el artículo 361 del C. P. P. no es absoluta, y, que, se encuentra abierto el camino para que los jueces sí puedan decretar pruebas de oficio por la vía del control difuso de Constitucionalidad mediante la inaplicabilidad de esta norma al considerarla contraria a la Carta Política.

Consideramos que la posición asumida por el máximo tribunal es regresiva de un sistema procesal penal moderno y acusatorio al viejo sistema inquisitivo que tanta impunidad, desorden e inseguridad jurídica le ocasionó y le sigue ocasionando al país. Volver a la vieja práctica de los jueces instructores con facultades para decretar pruebas oficiosas es volver a tener como prioridad en las audiencias y en sus manifestaciones que los jueces arreglen las fallas en la investigación que presente la Fiscalía como órgano representativo del Estado, y que de manera oficiosa pongan en marcha el proceso desplazando el papel que las partes le deben aportar, así se llega a decidir en un juicio parcializado que sacrifica un sistema que ha tratado de equiparar las oportunidades procesales del acusador y el acusado; será una sentencia o un pronunciamiento en que se verán involucrados el desconocimiento de derechos fundamentales. La Fiscalía, y en cierta forma la defensa, se despreocuparán de perfeccionar sus técnicas investigativas y procesales, pues saben que todo el trabajo jurídico nuevamente quedará recargado en el juez que, al decretar las pruebas de oficio, corregirá y enderezará sus fallas. Si los jueces decretan pruebas de

oficio, dan al traste con el fundamento esencial del sistema de partes y de corte acusatorio, ya que sus manifestaciones en este sentido revelarán necesariamente parcialidad y la construcción de su propia teoría del caso. Fomentar las manifestaciones oficiosas de los funcionarios encargados de administrar justicia es alejarlos de consultar los bienes supremos de la justicia y la imparcialidad en sus sentencias bajo el imperio del sistema acusatorio que, en últimas, encuentra su fundamento en que el juez debe examinar y pronunciarse sobre la aproximación de la verdad construida y comunicada por la defensa y la Fiscalía en las audiencias preliminares o en el juicio contradictorio, oral y público.

No hay que olvidar que los jueces han quedado relevados de responsabilidades que iban más allá de sus funciones jurisdiccionales como las de política criminal frente al fenómeno de la impunidad, lo cual en más de una oportunidad sirvió de aliento para el sacrificio del decálogo de garantías procesales que un Estado social y democrático de derecho debe brindar a los enjuiciados penalmente so pretexto de que el sistema no podía generar impunidad por sus propias fallas. Con la reforma constitucional que impulsó el sistema de corte acusatorio, la responsabilidad de evitar la impunidad ha quedado en manos de la Fiscalía como titular de la acción penal.

Estas circunstancias no permiten que los jueces puedan tener su teoría del caso.

No obstante, la ley 906 de 2004 sí autoriza al Ministerio Público para que excepcionalmente pueda solicitar que se practiquen determinadas pruebas, situación procesal que en la práctica ha suscitado desequilibrio entre las partes contrapuestas. La decisión que toma el Ministerio Público de solicitar la práctica de pruebas necesariamente termina afectando los intereses de la Fiscalía o de la defensa. Sin embargo, no hay que confundir estas facultades legales con los fundamentos propios de la actuación de la Fiscalía o de la defensa en la construcción de su teoría del caso, ya que el Ministerio Público no posee facultades investigativas, y éstas se constituyen en el pilar fundamental para la construcción de las hipótesis del asunto criminal. Además, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 101 *Ibidem*, sus potestades están consagradas expresamente a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, sin que por ninguna parte se les mencione alguna discrecionalidad de ente investigador.

Las anteriores consideraciones nos permiten inferir que al Ministerio Público no le es dado construir, ni mucho menos, expresar su teoría del caso.

4.

**LOS ELEMENTOS
ESTRUCTURALES DE LA
TEORÍA DEL CASO**

4.

LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA DEL CASO

En la confección y formulación técnica de la teoría del caso, resultan imprescindibles tres dispositivos estructurales, que ni la defensa ni la Fiscalía pueden soslayar en su análisis y demostración:

- Lo fáctico o los hechos materia de la investigación y el juicio penal.
- Lo jurídico, que necesariamente se debe encuadrar en la evolución y desarrollo de los hechos.
- Lo probatorio o los elementos materiales de juicio con que el abogado de la parte pretende verificar y demostrar su hipótesis para convencer de su teoría al juez imparcial.

4.1. Lo fáctico o los hechos, primer elemento esencial en la construcción de la teoría del caso.

Las acepciones del vocablo “fáctico” son:

“Relativo a los hechos/ Basado en éstos o circunscrito a ellos, por contraposición a lo de índole teórica y hasta simplemente imaginario/ En algunos medios forenses, lo concerniente a los hechos controvertidos, a diferencia de las normas legales aplicables al litigio.¹⁴”.

¹⁴ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Osorio, editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1.999, p. 420.

También se define como:

“relativo al hecho o a los hechos. Poderes fácticos, grupos de presión.¹⁵”

El conocimiento y análisis de lo fáctico se constituyen en el primer eslabón de la construcción técnica de nuestra teoría del caso. Mediante el conocimiento de los hechos podemos entrar a deducir las circunstancias de tiempo, espacio y modo en que se desarrollaron los hechos relacionados con la presunta comisión del delito. Un análisis aproximado a la realidad de las circunstancias en que ocurrieron los hechos permite elaborar una hipótesis acertada sobre nuestra teoría del caso.

Lo fáctico se constituye en el factor principal de la construcción de la teoría del caso y, sin su análisis concreto y objetivo, no se puede entrar a la verificación de nuestra hipótesis mediante los elementos materiales de prueba, ni, mucho menos, construir la parte jurídica. No todas las circunstancias de modo, lugar y tiempo en las que se desarrollaron los acontecimientos pueden constituirse en los elementos fácticos para ser comprobados: para la construcción de la teoría del caso; son válidos los hechos jurídicamente relevantes que puedan ser verificados y comprobados.

En la construcción de la teoría del caso, el abogado de la defensa debe ser cuidadoso en el análisis y juicio que haga de los hechos conocidos que tengan la relación suficiente y necesaria con lo que pretende probar. El abogado de la defensa no puede catalogar como la verdad revelada la versión de los hechos suministrada por su defendido, sino que debe escudriñar otras fuentes que contribuyan a esclarecer cómo fueron los acontecimientos. Sobre el análisis del tema, en el texto Proceso Oral en Sistema Penal Acusatorio, Módulo de Instrucción para Defensores, se lee textualmente:

“Análisis de los hechos. “ El defensor deberá tomar primero los hechos al margen de la versión de su patrocinado, es decir, como aparecen en la denuncia, querella o en la formulación de la imputación; este ejercicio es de enorme relevancia, pues permite tener el punto de vista del fiscal y visualizar las opciones de la contraparte.

Los hechos acreditados se deben asumir dentro de la es-

¹⁵ Diccionario Larousse, Impreso en México, año 2005, p.296. .

trategia de la defensa (por ejemplo en un homicidio se comprobó la posesión del arma de X),pero como evento no comprobado se podría tener la razón de esa posesión ,de donde podrán surgir diversas líneas de defensa (para ilustrar ,tenía el arma porque se la quitó a un tercero que fue el verdadero agresor, tenía el arma por que su hijo la ocultó, tenía el arma porque actuó en legítima defensa, entre otras opciones) Luego, el defensor deberá integrar a ese primer análisis la versión de su representado y tratar de ubicar los hechos importantes que además, pueden ser asumidos como probados y aquellos otros que merecen mayor investigación o análisis. Es una tarea meticulosa donde no se debe dejar llevar por las primeras impresiones¹⁶.

Cuando se ha realizado la investigación por parte del equipo de la defensa y se ha analizado de manera adecuada lo fáctico, se puede precisar entonces cuál es el problema jurídico a que se ve abocada la persona indiciada, imputada o acusada. El punto de referencia del conflicto jurídico a que se ve abocado nuestro defendido siempre será lo fáctico, ya que el derecho Penal Liberal siempre ha considerado que no puede existir un delito sin que medie la conducta humana, que necesariamente crea un fenómeno de hecho: por lo tanto, el derecho penal es de autor. Es más, según los postulados de nuestra legislación, las conductas punibles pueden ser de acción o de omisión, sin embar-

¹⁶ Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Módulo de instrucción para Defensores USAID, Defensoría del Pueblo de Colombia, Ediciones jurídicas Andrés Morales. Segunda edición 2006. Página 104.

¹⁷ “Gunther Jackobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo. Es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón pueda tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella. (Corte Constitucional .Sentencia SU 1184, nov.13 de 2001. M. P. Eduardo Montealegre L.)

go, dentro de las modernas teorías del delito, se ha considerado que la problemática que implica la presunta agresión a un bien jurídico tutelado por la ley se traslada la acción, lo cual necesariamente conlleva que siempre estén presentes situaciones fácticas¹⁷. En el análisis y la estructuración de los hechos, se deben precisar las circunstancias referidas a la actuación de la persona defendida, que interesen a la teoría del caso: cuándo, dónde, qué hizo, a quién se lo hizo, etc.

En el texto Teoría del caso y Técnicas de Debate en el Nuevo Proceso Penal, Saúl Araya Matarrita, Managua – Nicaragua, octubre de 2002, páginas 67,68 y 69, se señala:

“De los hechos reconstruidos, el abogado deberá elegir un modo de presentación que capte la atención del destinatario de su mensaje (juez o

jurado), porque la comprensión de la historia dependerá de personas cuya percepción y cuya memoria deciden qué aspectos de la historia serán más importantes para ellas . “De ahí que el arte forense consiste en lograr un cuadro persuasivo e iluminador, que recoja ese o esos eventos pasados.

“Lo que no parece posible dentro de la teoría fáctica, es que el litigante decida cambiarla sin motivo o estrategia firme, pues el cambio en la historia afectará su credibilidad y por lo tanto su teoría del caso. Los jueces y jurados son altamente sensibles a la modificación de la teoría fáctica, y sólo cuando aparece prueba tardía legalmente incorporable, hechos o testigos nuevos, o una declaración inesperada del imputado se puede justificar un cambio en la versión de los hechos.

“La estructura de los hechos obedece, con pocas variantes, al siguiente patrón. El orden de los factores obedece a la secuencia lógica como se expresan las ideas complejas en español, en las que no siempre se utiliza primero el sujeto, luego el verbo y después los complementos, sino primero los complementos luego el sujeto y después la acción. Normalmente esta organización de los datos es conocida como dibujo de ejecución.”

ESTRUCTURA DE LA HISTORIA	EJEMPLO
1. Cuándo? (Elemento de tiempo) a.- Referente amplio. b.- Referente específico.	A) El día primero de junio del año 2000 B) Al ser las 22 horas.
2. Dónde? (Elementos de locación)	En el lugar conocido como Puerto Cabezas, propiamente frente a la radioemisora estatal del Atlántico Norte.
3. Quién hizo? (elemento subjetivo activo)	El aquí acusado Eduardo Gil Navarro
4. Qué hizo? (acción imputada)	Disparó.
5. A quién se lo hizo? (elemento subjetivo pasivo)	Contra la humanidad de A, B y C.
6. Circunstancias de: a. Modo b. Instrumento c. Otras	<ul style="list-style-type: none"> • A quemarropa • Con un revólver calibre 22 • Aprovechando que las mismas se encontraban bebiendo distraídas
7. Resultado de la acción	Causando la muerte de una de ellas (A) y lesiones gravísimas a las otras dos (B y C).
8. Móvil de la acción o el por qué.	La anterior acción fue realizada porque Eduardo Gil Navarro fue pagado por un extranjero para deshacerse de A, B y C.

- Tomado del mismo texto

 DIBUJO DE EJECUCIÓN
Datos sobre el hecho
↻ ¿Cuándo ocurrió?
↻ ¿Dónde ocurrió?
↻ ¿Qué ocurrió?
↻ ¿Quién lo realizó?
↻ ¿Cómo ocurrió?

- Tomado del mismo texto

Lo fáctico le sirve para el análisis y la estructura de la teoría del caso tanto a la Fiscalía como a la defensa, al momento de un juicio público, oral y concentrado; el nuevo sistema Penal Acusatorio considera los hechos jurídicamente relevantes como el fundamento que debe tener en cuenta la Fiscalía al momento de imputar un delito

Según la ley 906 de 2004, en sus artículos 286, 287 y ss., los hechos jurídicamente relevantes, o sea, la imputación fáctica, son el fundamento que debe tener en cuenta la Fiscalía al momento de imputar un delito; y el artículo 287 (Ibidem) le ordena a la Fiscalía no solo que analice los hechos jurídicamente relevantes, sino también que para solicitar medida de aseguramiento, adjunte los elementos materiales de prueba, o evidencia física, o información legalmente obtenida. Además, el desarrollo jurisprudencial de la novedosa figura de la imputación agregó que no bastan lo fáctico y los elementos materiales de prueba en que se fundamenta la comunicación que debe hacer el fiscal al imputado sino que necesariamente debe señalar con precisión el tipo penal en que adecua la conducta típica desplegada por el procesado; en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, R # 24.026, 20 de octubre de 2005, con ponencia del magistrado Mauro Solarte Portilla, se dijo:

“La aceptación de cargos es precisamente una de las modalidades de terminación abreviada del proceso, que obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso penal, con miras a que el imputado resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte, y de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.

(...)

Esta tesis, que realza la congruencia fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, evolucionaría hasta postular que la acusación no podía dejar de considerar fáctica y jurídicamente las circunstancias de agravación que definen la conducta, sean objetivas o subjetivas, genéricas o específicas, valorativas o no valorativas, de manera que no quede duda alguna de su atribución, como garantía de un adecuado derecho de defensa

(...).

Aun cuando la Comisión Constitucional Redactora del có-

digo no dejó de ocultar su inclinación por una imputación fáctica, no debe perderse de vista que la íntima conexión entre el derecho penal sustancial y el instrumental, permite afirmar que éste solo puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley, razón por la cual la imputación jurídica resulta siendo esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso.

Con ello, por lo demás, se garantiza adecuadamente el derecho de defensa, el conocimiento de los hechos que se atribuyen y sus correspondientes consecuencias jurídicas, y se permite que debido a ese conocimiento, libre y voluntariamente pueda el imputado optar entre aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

(...)

En ese orden, puede afirmarse que en materia de terminaciones abreviadas del proceso, no es suficiente con la imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cuál es jurídicamente la conducta por la que se procede, no solo por respeto al principio de lealtad que se materializa en el principio de congruencia, sino porque si se condena al sindicado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincrimación al cual renuncia (artículo 33 de la Constitución Política).

Lo anterior significa que no por realizarse la audiencia de imputación, por lo general coetáneamente con la de control de legalidad de la captura, la fiscalía resulte exonerada de realizar la correcta adecuación de la conducta, máxime tratándose de comportamientos con perfiles y con consecuencias diversas, aun si corresponden a diferentes modalidades de riesgo o lesión para el bien jurídico que se tratan en un mismo texto legal con consecuencias similares en relación con la pena considerada en abstracto, pero cuya forma de realización y la lesividad que expresan inciden dramáticamente en los aspectos operacionales de la pena.

Si así es, la tensión entre la eficacia que el modelo persigue y las garantías tiene que resolverse a favor de éstas. Por eso

en éste caso le asiste interés a la recurrente para controvertir el fallo en sede extraordinaria, no desde luego para imponer una idea afín con la retractación de los cargos aceptados, sino para denunciar en sede extraordinaria la simetría entre la sentencia y los cargos libremente aceptados.”.

De conformidad con la jurisprudencia anterior, necesariamente la imputación debe señalar con precisión el tipo penal en que se adecua la conducta desplegada por el procesado, ya que, al existir las figuras de terminación anticipada del proceso, como son la aceptación de la imputación en la misma audiencia preliminar, o los preacuerdos entre Fiscalía y defensa, se hace indispensable para el juez de conocimiento saber con precisión cuál es el tipo penal imputado a fin de tasar la pena dentro de los marcos del respectivo tipo penal. Lo anterior consulta la función garantizadora de la tipicidad y orienta al juez para que su decisión punitiva consulte en plenitud de formas y garantías la teoría liberal del delito.

4.2. Lo jurídico, el segundo elemento esencial en la construcción de la teoría del caso.

El elemento jurídico es la universalidad de las normas de carácter constitucional y del denominado bloque de constitucionalidad, del Derecho Penal y Procesal Penal que resultan aplicables a la conjunción de los hechos de que el abogado defensor ha tenido conocimiento mediante las diversas fuentes de investigación y que, una vez analizadas y aceptadas estas proposiciones o situaciones fácticas dentro del campo de las posibilidades de la lógica formal, se van enlazando con el elemento jurídico para construir una teoría del caso correcta. Lo anterior le debe indicar a la defensa, de manera precisa, si su estrategia se debe encaminar a refutar o a negociar con la Fiscalía.

4.2.1. La Constitución y el bloque de Constitucionalidad.

En la universalidad de los elementos jurídicos aplicables a la respectiva teoría del caso se debe partir de la premisa que la Carta Política de 1991 estableció, de que Colombia se constituía en un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica la consagración y el respeto de derechos fundamentales con el rango de derechos Constitucionales; además, en virtud del artículo 93 de la Carta Política se estableció que los Tratados Internacionales que ha suscrito y ratificado el País en materia de Derechos Humanos hacen parte de la legislación interna. Los derechos fundamentales y los tratados internacionales de derechos humanos no son ajenos a las garantías procesales de carácter penal que el Estado les debe

brindar a las personas que se encuentran bajo la égida de un proceso penal; por el contrario, en nuestro Estado social y democrático de derecho estas garantías deben primar sobre cualquiera otra consideración o argumentación de orden constitucional o legal.

En la construcción de la Teoría del Caso se debe observar la plenitud del respeto de estas garantías; máxime, cuando uno de los pilares de la reforma contenida en el Acto Legislativo 003 de 2002 lo constituyó la función de los jueces de control de garantías, asignada a los Jueces Penales Municipales. Estos derechos y garantías fundamentales tienen su aplicación de manera concreta en las denominadas audiencias preliminares, que son públicas y orales, y, que, de conformidad con el artículo 153 y s.s. de la ley 906 de 2004, son las que se someten cotidianamente al control de nuestros jueces de garantías constitucionales. Para nuestra legislación procesal penal, el novedoso juez constitucional de control de garantías tiene como función esencial preservar el respeto y la integridad de la Carta Política, de los Tratados Internacionales y de los principios rectores del nuevo sistema acusatorio; en consecuencia, deberá atender a lo establecido en el artículo 3º de la ley 906 de 2004, que ordena el carácter prevalente de los Tratados Internacionales sobre la materia, haciéndose extensiva la observación a los demás operadores jurídicos.

En la Carta Política de 1991, los derechos fundamentales relacionados con la orientación ideológica y filosófica en materia judicial que constituyen el núcleo del derecho penal,¹⁸ se pueden situar en los artículos 3; 4; 12, 13, 28, 29,31, 33, 83, 93; 228; 229; 248 y 250, los cuales hacen referencia:

¹⁸ **“2. El debido proceso penal.**

El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados.

Las aludidas garantías configuran, conforme al art. 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Sentencia Corte Constitucional T. 039/96 M. P. Antonio Barrera C.

- A la impugnación.
- A la contradicción.
- A la publicidad
- A la celeridad.
- A la publicidad.
- A la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal.
- A la buena fe.
- A la defensa técnica.
- A la protección de las víctimas y los testigos.
- A la lealtad.
- A la caducidad de los antecedentes penales,
- A la gratuidad.
- A la no reforma en perjuicio.
- Al “Non bis in idem”.
- Al “habeas corpus”.
- A la igualdad.
- A la prueba nula.
- A la no autoincriminación.
- A la presunción de inocencia.
- A la legalidad.
- A la dignidad humana.
- Al libre acceso a la administración de justicia.
- A la legalidad.
- A la libertad.
- Al debido proceso.

4.2.2. La presunción de inocencia, la carga de la prueba y el “in dubio pro reo”, principios cardinales en la formulación de la teoría del caso.

El Acto Legislativo 002 de 2003 que reformó la Carta Política en cuanto a las facultades de la Fiscalía General de la Nación, y que le otorga la titularidad absoluta de la acción penal, excepto en aquellos delitos que requieren la presentación de querrela por el ofendido, y además le elimina al ente acusador las funciones jurisdiccionales, coloca de manera relevante la observación y el respeto al principio de la Presunción de Inocencia. El sistema acusatorio de partes y la creación de las funciones de los jueces de Garantías Constitucionales trasladan de manera absoluta a la Fiscalía General y a los Jueces de conocimiento el ejercicio de dos principios derivados de la

presunción de inocencia: de una parte, la carga de la prueba que siempre estará a cargo del ente acusador; y, de otra parte, el denominado “*In dubio pro reo*”, que ordena que toda duda debe aplicarse a favor del procesado, no importa si la duda se presenta con motivo de las funciones propias atribuidas a los jueces de control de garantías o a los jueces de conocimiento; el abogado de la defensa podrá alegarlas ante las dos instancias.

La reforma de la Constitución dejó como titular absoluto de la acción penal a la Fiscalía General de la Nación, y por lo tanto la carga de la prueba siempre estará a cargo del ente acusador; es más, cuando la Fiscalía produce una fisura en su investigación que lleve a una duda sobre la responsabilidad del acusado, deberá ser resuelta a favor de éste, tal como lo predica el artículo 381 de la ley 906 de 2004¹⁹.

Entonces, los principios constitucionales señalados no pueden ser ignorados en el análisis y la elaboración jurídica, en especial cuando comenzamos a construir nuestra teoría del caso, sin importar siquiera que la captura se haya realizado en estado de flagrancia, ya que esta situación no implica que se haya desvirtuado completamente el principio general de la presunción de inocencia, pues hipotéticamente podríamos estar ante un caso en que mediante una buena investigación por parte de la defensa, se entre a demostrar alguna causal de no exigibilidad de responsabilidad o de atenuación punitiva.

Los principios constitucionales y del Bloque de Constitucionalidad expresamente señalados se constituyen en herramientas valiosas para contrarrestar el poder punitivo del Estado representado por la Fiscalía.

En la construcción de la teoría del caso, la Carta Política y el Bloque de Constitucionalidad juegan papel primordial en cuanto al respeto a los derechos fundamentales y a la restricción de los mismos por parte del Estado. Al desarrollar su estrategia, el abogado de la defensa está en la obligación de prever las posibles violaciones del derecho a la libertad y a las seguridades personales a las que pueda verse sometida la persona que se encuentra bajo el peso del proceso penal. Cuando el Estado hace uso de las restricciones a los derechos fundamentales, como el sometimiento a la privación de la libertad, se pueden presentar una serie de hechos que constituyen el desconocimiento del ordenamiento constitucional o legal que regulan

¹⁹ ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

la materia. La Defensoría del Pueblo, en asocio con la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en reciente estudio²⁰ elaboró los tipos o descripciones en que puede incurrir el Estado por intermedio de sus agentes, o los particulares al momento de capturar o detener a un ciudadano, abordándolos desde la perspectiva de las situaciones que pueden conllevar una detención arbitraria o ilegal:

- Cuando la captura se efectúa conforme a la ley nacional, pero ésta resulta contraria al derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- Cuando se realiza por motivo de ejercer el derecho a circular libremente en el país.
- Cuando se realiza por motivo de ejercer el derecho a establecer una residencia.
- Cuando se realiza por motivo de ejercer la libertad de pensamiento.
- Cuando se realiza por motivo de ejercer la libertad de conciencia.
- Cuando se realiza por motivo de ejercer la libertad de culto y religión.
- Cuando se realiza por motivo de ejercer el derecho de reunión.
- Cuando se ha efectuado un juicio parcializado que deriva en la privación de la libertad de manera arbitraria.
- Cuando se desconocen los fines propios de la detención o existe un abuso de poder o mala fe por parte del funcionario. La privación de la libertad solo procede mediante mandamiento judicial escrito o en estado de flagrancia.

Detención ilegal:

- Cuando se realiza sin el fundamento de una norma jurídica.
- Cuando no se observa lo estipulado en el artículo 9º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁰ Manual de calificaciones de conductas violatorias. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Defensoría del Pueblo. Volumen I. Bogotá, mayo de 2004.

- Cuando a la persona no se le ha informado sobre las razones de su captura o detención.
- Cuando la persona privada de la libertad no es puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de las 36 horas o es liberada.
- Cuando la privación de la libertad se justifica en una simple sospecha sobre la comisión del delito y se deja de un lado la inferencia razonable de que puede ser el autor o partícipe del mismo, esta inferencia debe estar sustentada en elementos materiales probatorios o evidencia física o información obtenida legalmente.
- Cuando ha disminuido el peligro de fuga y se pueden utilizar otros medios previstos en el Procedimiento Penal que aseguren su comparecencia al proceso, tales como una fianza o la prohibición de salir del país.
- Cuando no exista el riesgo de que la persona cometa nuevos delitos.
- Cuando en forma abstracta y general se invocan las necesidades de la detención.
- Cuando no existan motivos fundados que señalen que el procesado vaya a obstruir la investigación o a intimidar a los testigos.
- Cuando las autoridades no han investigado el caso y por lo tanto no cuentan con los elementos para proceder a detener. Dentro del nuevo esquema penal acusatorio se debe investigar para detener y no como ocurría con el sistema inquisitivo que se detenía para investigar.
- Cuando no se permita a la persona o a terceros interponer el recurso de Hábeas Corpus.
- Cuando abusando de sus funciones el servidor público prive de la libertad.
- Cuando el servidor público prolongue ilícitamente la privación de la libertad.
- Cuando el servidor público, sin el cumplimiento de los requisitos legales, reciba a una persona para privarla de la libertad o mantenerla en este estado.
- Cuando un juez no tramita o no decide dentro del término legal el Hábeas Corpus; igualmente, cuando entorpece la acción.

Los anteriores puntos del estudio resultan interesantes no solo para la construcción de la teoría del caso, sino también como guía para el aboga-

do de la defensa poder determinar si la captura o la detención que va a ser sometida al control de legalidad por parte del juez de Control de Garantías se ajusta al ordenamiento del Bloque de Constitucionalidad y legal.

4.2.3. *La teoría del delito.*

El nuevo Sistema Penal Acusatorio ha recibido diversas críticas de sectores muy respetables, siendo una de ellas que la estructura del nuevo proceso penal no permite que se desarrollen los conceptos que la dogmática ha desarrollado en torno de los institutos jurídico-penales, esto es, que el derecho penal ha quedado reducido a los trámites propios de lo procesal, del enjuiciamiento, a la habilidad en preparar y mostrar las pruebas bajo el principio de la inmediación y la oralidad; que el abogado que posea mayores habilidades y destrezas en el manejo procesal será el que resulte ganancioso en el ejercicio del litigio de parte; que, por lo tanto, ya no existe la posibilidad de argumentar sobre los asuntos de fondo contenidos en el derecho penal sustancial.

Al respecto, consideramos que, con el advenimiento del nuevo proceso penal acusatorio, la Teoría del Delito se constituye en pilar fundamental en la construcción de la teoría del caso, tanto para la Fiscalía como para la defensa. El cambio radica en que, bajo el amparo de un sistema escritural reservado, de corte inquisitivo, con el principio de la permanencia de la prueba, se había convertido en costumbre elaborar escritos que se caracterizaban por su volumen y citas interminables de tratadistas extranjeros que para el momento histórico tuvieran vigencia; que en muchas ocasiones resultaba indescifrable lo que se plasmaba en el extenso escrito. La ley 906 de 2004 impone que la Teoría del Caso debe estar presidida de una aplicación correcta de la teoría del delito; las audiencias públicas y orales exigen un mayor compromiso académico de los actores, ya que en estas actuaciones se refleja el grado de planificación y compromiso con que se asume la defensa o la acusación; la misma dinámica procesal impone que la construcción del discurso de la teoría del delito sea concreta, breve y sustanciosa, y guarda la relación suficiente y necesaria con el planteamiento jurídico que se está debatiendo; los abogados que actúan en las audiencias preliminares o del juicio deben aprender a sintetizar, a concretarse en el asunto que es objeto del debate, a manejar los tiempos que el juez otorga y, sobre todo, a tener los suficientes fundamentos jurídicos de la teoría del delito para poder argumentar con buen juicio.

Bajo los postulados políticos y filosóficos de la Revolución Francesa se comienza a construir la moderna noción de la teoría del delito, que se sigue manteniendo en todos los Estados democráticos; las garantías

procesales que hoy nos rigen son el producto de siglos de construcción de espacios de civilidad y desarrollo político de la humanidad.

En la construcción de la teoría del caso necesariamente nos tenemos que referir a los tres elementos que componen la noción de conducta punible, esto es:

- La tipicidad.
- La antijuridicidad.
- La culpabilidad.

La teoría del caso, que parte de presentarse desde la conformidad o desde la refutación, requiere, fundamentalmente, una preparación de la teoría del caso desde el componente jurídico.

Y la teoría del caso puede desarrollarse a partir de la atipicidad, total o parcial, o incluso del replanteamiento de una adecuación típica de menor pena; también en torno de una causal de exclusión de la responsabilidad, o del exceso en la causal de exclusión, o también puede desarrollar por la vía de la inculpabilidad.

También juegan papel importante en la elaboración de la teoría del caso las circunstancias genéricas para aplicar la menor pena señalada en el respectivo tipo penal : la carencia de antecedentes penales; el obrar por motivos nobles o altruistas; el obrar emocionalmente, apasionadamente o en temor intenso; la influencia apremiante de circunstancias personales o familiares; el procurar voluntariamente anular o disminuir las consecuencias de la comisión del hecho; la reparación e indemnización voluntaria del daño; el presentarse voluntariamente ante las autoridades o evitar la sindicación injusta de terceras personas; la indigencia o falta de ilustración en cuanto hayan influido en la conducta punible; las condiciones de inferioridad psíquica en cuanto hayan influido en la conducta punible y cualquier otra circunstancia análoga a las descritas.

Además, el Código Penal trae dos figuras que rebajan la pena a imponer como son la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, que hayan influido de manera directa en la ejecución de la conducta, y el estado emocional de la ira o intenso dolor. En los delitos contra el patrimonio económico, se tiene como circunstancia específica de atenuación punitiva la restitución del objeto materia del delito o su valor y la indemnización de los daños y perjuicios.

También deberán tenerse en cuenta los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la suspensión condicional de la pena y la reclusión domiciliaria u hospitalaria.

No obstante, la construcción de una correcta teoría del caso debe analizar la aplicación de las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad.

Ejemplo sinóptico con el elemento jurídico en la construcción de la Teoría del Caso.

DELITO	LO JURÍDICO PARA LA FISCALÍA	LO JURÍDICO PARA LA DEFENSA
Homicidio doloso agravado de tres personas en concurso homogéneo, mediante la utilización de arma de fuego. (Artículo 103 y 104 numerales 4° y 7° del C. P.)	<p>El día 1° de junio del año 2000 a las 22 horas, se les quitó la vida de manera violenta, utilizando arma de fuego, a los señores a, b, y c; quienes se encontraban indefensos ya que estaban bajo el influjo del alcohol y existió promesa de pago para la realización del punible.</p> <p>El presunto autor de la conducta, a título de dolo, es Eduardo Gil Navarro, persona imputable al momento de la comisión del hecho.</p> <p>No existe causal de justificación o atenuación alguna.</p>	<p>El día 1o.de junio del año 2000 a las 22 horas, se les quitó la vida de manera violenta, utilizando arma de fuego, a los señores a, b, y c.</p> <p>El principio constitucional de la presunción de inocencia.</p> <p>El principio constitucional de la carga de la prueba.</p> <p>El autor de la conducta homicida no fue Eduardo Gil Navarro.</p>

Nota: En la planificación de la defensa se relacionarán todos los elementos jurídicos que sean pertinentes para la teoría del caso. Igualmente, se deberán relacionar y analizar todos aquellos elementos jurídicos que pueda tener la Fiscalía, con el propósito de analizarlos y, si es del caso, rebatirlos.

4.3. Lo probatorio, el tercer elemento esencial en la construcción de la teoría del caso.

El sistema Penal Acusatorio le ha otorgado nuevas connotaciones al régimen de pruebas que venía siendo aplicado en la legislación penal. La principal característica que podemos anotar sobre el cambio presentado hace referencia al principio de permanencia que nos regía bajo el sistema mixto; ahora este principio es el de la inmediación por expreso mandato del artículo 379 de la ley 906 de 2004²¹, aunado a los de concentración, libertad, publicidad y contradicción.

En el sistema mixto la prueba permanecía en el sumario de manera escritural, en folios indeterminados en el tiempo. En la prueba del testimonio se presentaba el fenómeno de que el declarante, en no muy contadas oportunidades, no había sido contrainterrogado por el defensor, ni mucho menos éste había estado presente en la aducción de la misma, los funcionarios judiciales no habían tenido contacto directo y personal con la fuente de la prueba, ni siquiera habían podido apreciar su personalidad, y a la hora de ser evaluada la manifestación por el juez, éste le prestaba todo el mérito para absolver o condenar. Lo mismo podemos referir sobre los peritajes que por lo general eran los emitidos por las entidades oficiales.

Bajo los principios de intermediación y concentración de la prueba, el testimonio recobra su vigencia e importancia, ya que es por medio de este argumento como se introducen otros elementos materiales de prueba o evidencias. El control del testimonio lo ejerce la contraparte mediante su contrainterrogatorio, que debe estar precedido de la investigación que realice sobre el testigo y sobre la materia de lo que va a testimoniar. Además, el control se realiza con las oposiciones u objeciones que hace la contraparte, todo el debate probatorio en presencia del juez quien es el que va a resolver sobre el asunto, y el testigo que fundamente mayor credibilidad de las teorías del caso expuestas por la Fiscalía y la defensa será el tenido en cuenta para la decisión o sentencia.

La definición e importancia del elemento probatorio en la construcción de la teoría del caso la encontramos en diversos textos; en el Manual de Técnicas del Proceso Oral, se dice:

“Probatorio. Sustenta lo fáctico, Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado como supuestos de una sentencia condenatoria para la fiscalía, o la ausencia o la deficiencia de estos requisitos en el caso de la defensa, fallas procedimentales esenciales o la ruptura de la cadena de custodia que hace perder la autenticidad de la prueba. El aspecto probatorio de la teoría es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados.”²²

En el texto Teoría del Caso y Técnicas de debate en el nuevo Proceso Penal, se afirma:

²¹ “ARTÍCULO 379. INMEDIACIÓN. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.”

²² Técnicas del Proceso Oral en el sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual general para operadores jurídicos. Con el auspicio de USAID. Año 2005, página 105.

“ La prueba forma parte de lo que aquí podríamos llamar base probatoria de la teoría del caso, a saber es el conjunto de elementos personales, documentales o materiales que demuestran un hecho que hemos tenido por cierto en nuestra teoría fáctica.

La prueba arroja un elemento de convicción sobre el hecho, y tan importante es que, si no hay prueba no tenemos más que una historia bien contada. Una teoría del caso sin pruebas, es solamente una novela.

Las pruebas se dividen en:

1. Prueba Personal.

a.-) Testigos de nuestra parte (a los cuales se aplica el interrogatorio directo).

b.-) Testigos de la contraparte. (a los cuales se les aplica el contra interrogatorio).

c.-) Peritos.

2. Prueba documental (constituida por todo tipo de objetos que tengan capacidad para contener un mensaje que pueda ser decodificado por un medio humano, mecánico o electrónico, cheques, papelería, fórmulas, fotografías, croquis, planos. informes periciales, policiales etc).

3.-. Prueba material (constituida por todos los objetos o cosas que tienen un valor como elemento de convicción. arma de fuego, cuchillo, piedra, sello, garrote, dinero).

Algunos elementos de prueba están regulados por ley en cuanto a su introducción al juicio oral, valor probatorio, principios que rigen su apropiación, otros no tienen antecedentes en la ley, y basta, para que sean útiles, el hecho de que formen parte del escenario delictivo: piedras, telas, tejido humano, fluidos, ropas, jirones o retazos de objetos, restos humanos etc.²³”.

La ley 906 de 2004 otorga plena libertad para la utilización de los medios probatorios en la verificación de la teoría del caso, siempre y cuando se respeten los derechos humanos.²⁴ La libertad probatoria resulta acorde con el desarrollo científico y técnico de la humanidad; el espacio cibernético, el

²³ Teoría del caso y Técnicas de debate en el Nuevo Proceso penal. Araya Matarrita, Saúl, Managua, año 2002, páginas 71 y 72.

²⁴ ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

espectro electromagnético, el adelanto en las comunicaciones, entre otros avances, son factores que justifican que al proceso sea traído cualquier elemento de convicción, aunado a las pruebas que tradicionalmente han estado presentes en la legislación procesal penal, como la del testimonio, el peritaje, los documentos, etc. siempre y cuando en su consecución y práctica se respeten los derechos fundamentales de los asociados. Las pruebas que son contempladas en anteriores códigos, como la confesión, ya no existen, pues el derecho constitucional que prevalece es el de guardar silencio, y el procesado está en libertad de aceptar la imputación que le haga la Fiscalía, o de aceptar los cargos en las diferentes etapas del proceso, o de lograr los preacuerdos legales con el ente acusador; sigue manteniéndose la polémica jurídica y académica sobre la prueba del indicio y se debate si desapareció ante el principio de inmediación y concentración de la prueba.

Ejemplo de análisis del elemento probatorio en la construcción de la Teoría del Caso

DELITO	LO PROBATORIO PARA LA FISCALÍA	LO PROBATORIO PARA LA DEFENSA
Homicidio agravado de tres personas en concurso homogéneo, mediante la utilización de arma de fuego. (artículos 103 y 104 numerales 4° y 7° del C. P.)	<p>Testimonio del investigador x adscrito a la Fiscalía (sobre lo que indago relacionado con la teoría del caso de la Fiscalía).</p> <p>Testimonio del médico, perito xx (sobre la autopsia y el grado de alcohol encontrado en los cadáveres).</p> <p>Testimonio del experto en balística, perito xxx (sobre la uniprocendencia del arma hallada en la puerta de la entrada de la casa de habitación del acusado Eduardo Gil, con los proyectiles causantes de las muertes).</p> <p>Testimonio del ciudadano xxxx (sobre la descripción física de la persona que observó, y la forma como vestía, cuando salía corriendo del sitio de los hechos).</p>	<p>Testimonio del investigador x adscrito a la defensa (sobre lo que indago relacionado con la teoría del caso de la defensa).</p> <p>Testimonio del perito xx de tránsito y movilidad urbana (sobre el tiempo que se emplea para desplazarse entre el lugar de los hechos y la casa del acusado Eduardo Gil).</p> <p>Testimonio del testigo xxx (sobre la hora exacta en la que se encontraba jugando billar con el acusado).</p> <p>Testimonio del testigo xxxx (sobre la hora exacta en la que se encontraba jugando billar con el acusado).</p> <p>Testimonio del testigo xxxxx (sobre la hora exacta en la que abrió, al acusado Eduardo Gil, la puerta del lugar de habitación).</p>

Nota: La defensa deberá relacionar las pruebas que sean producto de su investigación y que verifiquen su teoría del caso. Igualmente, se deberán relacionar y analizar todos los testimonios, evidencias, cadena de custodia, etc, que posea la Fiscalía, con el propósito de analizarlos y, si es del caso, ejercer el respectivo control mediante el contrainterrogatorio a los testigos presentes en el juicio.

4.3.1. La necesidad de la prueba para llevar adelante los preacuerdos con la Fiscalía, y la aplicación del principio de oportunidad.

Una de las principales innovaciones en el sistema penal de partes la constituye el hecho de que la defensa y la Fiscalía puedan llevar a cabo conversaciones tendientes a consolidar preacuerdos sobre la situación jurídica de las personas sometidas al proceso penal, situación procesal que se encuentra consagrada en los artículos 348 y ss. del Código de Procedimiento Penal. Igualmente, la reforma constitucional le otorgó a la Fiscalía la titularidad absoluta de la acción penal, excepción hecha de los delitos que requieren querrela de parte; la titularidad de la acción penal otorgada a la Fiscalía se extendió a la aplicación del principio de oportunidad que se encuentra de manera reglada en los artículos 321 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

En la construcción de la teoría del caso, cuando se deban impulsar los preacuerdos, o solicitar la aplicación del principio de oportunidad, tanto la defensa como la Fiscalía, deben precisar cuáles son los fundamentos probatorios que se expondrán ante el juez de conocimiento o de garantías para que los apruebe mediante el control jurisdiccional.

Para la aprobación de la aplicación del principio de oportunidad, la Corte Constitucional manifestó, en sentencia C-979-05, M. P. Jaime Córdoba T, que el control jurisdiccional será obligatorio y automático en una audiencia en la cual pueden estar presentes la víctima y el Ministerio Público para controvertir la prueba aducida por la Fiscalía, con el fin de lograr la aplicación del principio de oportunidad; al respecto, dijo:

“El control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado.”

En consecuencia, la aplicación del criterio de oportunidad no podrá comprometer la presunción de inocencia del procesado y por lo tanto,

en la audiencia que se ventile ante el juez de control de Garantías Constitucionales, se deben allegar las pruebas que sustenten la inferencia de la autoría o participación del procesado y la tipicidad de la conducta.

La Corte Constitucional profundiza el análisis sobre la Presunción de Inocencia y la garantía de la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, cuando ordena que debe existir la prueba mínima que incrimine la responsabilidad del procesado para poder llevar a cabo los preacuerdos, en la sentencia C-1195 / 05, M. P. Jaime Araújo Rentarúa, manifestó:

“De otro lado, según el Art. 348 de dicha ley, los acuerdos tienen como finalidad humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso, y conforme al Art. 350 ibídem tales acuerdos consisten en que aquél se declara responsable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el Fiscal: i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; ii) tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

(...)

viii) Según el Art. 23, toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

(...)

6. Por otra parte, en relación con el cargo contra el aparte “procederá a aceptarlo”, por la presunta violación de los principios de legalidad de la función pública e imparcialidad del juez, en cuanto a juicio del demandante permitiría la condena del imputado en virtud de la sola verificación de la voluntariedad, libertad y espontaneidad de la aceptación de responsabilidad, sin que el juez de conocimiento determine la existencia de los elementos estructurales del delito, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, que den lugar a la responsabilidad penal de aquel, se puede expresar lo siguiente:

(...)

6.2. *Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (Arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.*

Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último, no resulta quebrantada por la expresión que se examina, ya que ésta sólo contiene la orden de que el juez de conocimiento apruebe el acuerdo de aceptación de la imputación, si es voluntario, libre, informado y espontáneo, y no contiene la orden de proferir condena. Por el contrario, la misma norma demandada, en un aparte no impugnado, establece que aquel “convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia”.

Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el Art. 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, conforme a los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del Art. 381 ibídem, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Por estas razones, la expresión “procederá a aceptarlo” no vulnera el principio de legalidad de la función pública, ni tampoco el principio de imparcialidad judicial.” (subraya fuera de texto)

En la construcción de la teoría del caso, y cuando ésta le insinúa a la defensa que su estrategia defensiva debe consistir en una salida alter-

na, como por ejemplo, buscar un preacuerdo e incluso la aceptación unilateral de la responsabilidad por parte del defendido, siempre deben existir elementos materiales de prueba que así lo indiquen.

Ejemplo de Análisis de los elementos esenciales de la Teoría del Caso.

ESTRUCTURA DE LA HISTORIA. LO FACTICO	EJEMPLO DE LO FACTICO
1. Cuándo? (Elemento de tiempo) a.- Referente amplio. b.- Referente específico.	A) El día primero de junio del año 2000 B) A las 22 horas.
2. Dónde? (Elementos de locación)	En el lugar conocido como Puerto Cabezas, propiamente frente a la radioemisora estatal del Atlántico Norte.
3. Quién hizo? (elemento subjetivo activo)	El aquí acusado Eduardo Gil Navarro
4. Qué hizo? (acción imputada)	Disparó.
5. A quién se lo hizo? (elemento subjetivo pasivo)	Contra la humanidad de A, B y C.
6. Circunstancias de: c. Modo d. Instrumento e. Otras	<ul style="list-style-type: none"> • A quemarropa • Con un revólver calibre 22 • Aprovechando que las mismas se encontraban bebiendo distraídas
7. Resultado de la acción	Causando la muerte de una de ellas (A) y lesiones gravísimas a las otras dos (B y C).
8. Móvil de la acción o el por qué.	La anterior acción fue realizada porque Eduardo Gil Navarro fue pagado por un extranjero para deshacerse de A, B y C.

DELITO	LO JURÍDICO PARA LA FISCALÍA	LO JURÍDICO PARA LA DEFENSA
Homicidio doloso agravado de tres personas en concurso homogéneo, mediante la utilización de arma de fuego. (Artículo 103 y 104 numerales 4° y 7° del C. P.)	<p>El día 1° de junio del año 2000 a las 22 horas, se les quitó la vida de manera violenta, utilizando arma de fuego, a los señores a, b, y c; quienes se encontraban indefensos ya que estaban bajo el influjo del alcohol y existió promesa de pago para la realización del punible.</p> <p>El presunto autor de la conducta, a título de dolo, es Eduardo Gil Navarro, persona imputable al momento de la comisión del hecho.</p> <p>No existe causal de justificación o atenuación alguna.</p>	<p>El día 1o.de junio del año 2000 a las 22 horas, se les quitó la vida de manera violenta, utilizando arma de fuego, a los señores a, b, y c.</p> <p>El principio constitucional de la presunción de inocencia.</p> <p>El principio constitucional de la carga de la prueba.</p> <p>El autor de la conducta homicida no fue Eduardo Gil Navarro.</p>

DELITO	LO PROBATORIO PARA LA FISCALÍA	LO PROBATORIO PARA LA DEFENSA
<p>Homicidio agravado de tres personas en concurso homogéneo, mediante la utilización de arma de fuego. (artículos 103 y 104 numerales 4º y 7º del C. P.)</p>	<p>Testimonio del investigador x adscrito a la Fiscalía (sobre lo que indago relacionado con la teoría del caso de la Fiscalía).</p> <p>Testimonio del médico, perito xx (sobre la autopsia y el grado de alcohol encontrado en los cadáveres).</p> <p>Testimonio del experto en balística, perito xxx (sobre la uniprocedencia del arma hallada en la puerta de la entrada de la casa de habitación del acusado Eduardo Gil, con los proyectiles causantes de las muertes).</p> <p>Testimonio del ciudadano xxxx (sobre la descripción física de la persona que observó, y la forma como vestía, cuando salía corriendo del sitio de los hechos).</p>	<p>Testimonio del investigador x adscrito a la defensa (sobre lo que indago relacionado con la teoría del caso de la defensa).</p> <p>Testimonio del perito xx de tránsito y movilidad urbana (sobre el tiempo que se emplea para desplazarse entre el lugar de los hechos y la casa del acusado Eduardo Gil).</p> <p>Testimonio del testigo xxx (sobre la hora exacta en la que se encontraba jugando billar con el acusado).</p> <p>Testimonio del testigo xxxx (sobre la hora exacta en la que se encontraba jugando billar con el acusado).</p> <p>Testimonio del testigo xxxxx (sobre la hora exacta en la que abrió, al acusado Eduardo Gil, la puerta del lugar de habitación).</p>

5.

**EL “TEMA” DE LA
TEORÍA DEL CASO**

5.

EL “TEMA” DE LA TEORÍA DEL CASO

En no pocas oportunidades la literatura latinoamericana ha construido sus historias con fundamento en el relato de acontecimientos que tienen que ver con el derecho penal; así por ejemplo, autores como Gabriel García Márquez, con su obra “Crónica de una muerte anunciada”, o Mario Vargas Llosa, con las novelas “Conversación en la catedral” o la “Fiesta del chivo”, construyen sus exitosas novelas basadas en un relato central histórico, precedidas de una rigurosa investigación, sobre acontecimientos que adquieren connotaciones penales y políticas y logran fijar la atención del lector de manera constante para que al final quede convencido de las connotaciones que el escritor le da al desenlace de su narración.

Así mismo, en la construcción de la teoría del caso, el abogado deberá enmarcar dentro de un tema la historia que le presentará al juez con el fin de convencerlo de su teoría mediante la utilización de técnicas persuasivas, y sustentada con elementos materiales de convicción. En el relato oral de los hechos deberá estar presente la calificación que a éstos les otorgue el abogado, según jueguen a favor de su teoría; para el efecto del convencimiento de los argumentos expuestos se podrá utilizar de manera permanente un título, una frase, que identifique el respectivo tema. Si el manejo del tema que identifica la respectiva teoría es correcto se facilitará el trabajo de persuasión al juez. Los motivos juegan papel primordial en el tema.

Dentro de este análisis pueden estar presentes las condiciones sociales, económicas, familiares, del acusado; así mismo, las condiciones políticas económicas y sociales del país También es importante estudiar las condiciones subjetivas de la persona acriminada, como su estado mental, la salud, el grado de educación y demás factores que hayan podido incidir.

6.

**CARACTERÍSTICAS DE
LA TEORÍA DEL CASO**

CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

En la construcción de la teoría del caso, ciertas características deben tenerse en cuenta desde su iniciación. Según los autores Andrés Baytelman y Mauricio Duce, la teoría del caso debe ser:²⁵

- *CREÍBLE.*

“Lo primero que debe tenerse presente en este sentido es que una teoría del caso servirá mejor a nuestra causa en la medida en que más creíble sea. Los abogados, como los vendedores, deben creer en su producto. Aun cuando nuestra actuación en el tribunal sea técnicamente impecable, los argumentos del litigante solo serán efectivos si convencer al tribunal, en primer lugar, de que el abogado cree en la razón de su cliente. Ello, teniendo especialmente en cuenta que en el procedimiento penal el juez valora libremente la prueba, por lo que la palabra clave que rige toda la evidencia no es otra que esta: CREDIBILIDAD. (...) lo único que importará es si el juez cree o no.”

La credibilidad se relaciona necesariamente con una teoría del caso lógica, que consulta reglas de experiencia y que guarda concordancia con el encadena-

²⁵ Litigación Penal en Juicios Orales. Andrés Baytelman – Mauricio Duce. Ed. Diego Portales, Santiago de Chile, año 2001, páginas 43 a 55.

miento sucesivo y temporal de los hechos. La utilización de la lógica formal en la construcción de la teoría del caso sirve para decantar *pos-turas que resulten descabelladas e inadmisibles, y por ende no creíbles.*

- *SIMPLE.*

“El paso siguiente, en la construcción de una teoría del caso eficaz, es hacerla simple. Curiosamente - al contrario de lo que se podría creer- la simplicidad de una teoría del caso estriba en que ésta cubra la mayor cantidad de los hechos de los que componen la causa, de manera que uno pueda cómodamente explicar cada uno de ellos desde dicha teoría. De otro modo, nos veremos obligados a complementarla con elementos foráneos que expliquen los puntos que ella no ha logrado alcanzar, lo que nos llevará generalmente a complicaciones imprevistas e inverosímiles dentro del juicio. (...)

Y, según el texto Técnicas del Proceso Oral en el sistema Penal Acusatorio Colombiano, la teoría del caso debe gozar de:²⁶

- *SUFICIENCIA JURIDÍCA.*

“Porque todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad. Desde la óptica del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o la inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o mismidad de los medios de prueba (cadena de custodia.)”

- *FLEXIBILIDAD.*

“Ya que inicialmente se concibe cómo será el juicio, pero éste está siempre sujeto a un conjunto de avances e imprevistos, como todo proceso adverso. La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radical-

²⁶ Técnicas del Proceso Oral en el sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual general para operadores jurídicos. Con el auspicio de USAID. Año 2005, página 102.

mente, porque el cambio de la teoría del caso da al traste con la credibilidad de cualquier sujeto procesal.”

Para nuestro Sistema Penal Acusatorio, no hay que olvidar que la teoría del caso debe no sólo estar presente en la audiencia del juicio público oral y concentrado sino también esgrimirse como un argumento válido en las audiencias preliminares en que se debaten derechos fundamentales, como cuando se acepta la imputación en la respectiva audiencia; el abogado que asesore en este tipo de audiencias debe haber construido de manera flexible su teoría del caso de tal manera que, con seguridad suficiente, pueda orientar al defendido para que acepte o no los cargos de la imputación.

6.1. En la audiencia pública oral y concentrada, la teoría del caso debe ser una.

La teoría del caso puede sufrir variantes de acuerdo con la investigación que se haya realizado, pero en la audiencia preparatoria del artículo 355 del C. P. P. ya se debe tener claro que la estrategia defensiva es la de refutación, y que la teoría del caso a esgrimir en el juicio deberá ser una. Si el abogado de la defensa o de la Fiscalía pretende manejar dos o más teorías del caso en el desarrollo del juicio crea confusión, su mensaje resulta no entendible y, por lo tanto, pierde credibilidad. Sobre el tema, los autores Andrés Baytelman y Mauricio Duce²⁷ dicen:

“En el caso de los juicios criminales orales, manejar más de una teoría del caso suele ser desastroso, especialmente si son incompatibles. En el marco del juicio penal, sostener teorías múltiples e incompatibles irá en directo desmedro de la credibilidad de nuestro caso “

De otro lado, la preparación del juicio y de los testigos se tornaría imposible, sus versiones resultarían contradictorias respecto de lo que se quiere demostrar. Así por ejemplo, si la teoría del caso planteada por la defensa es la de que su representado obró bajo una de las causales de ausencia de responsabilidad; por ejemplo, la legítima defensa, todos los esfuerzos deben dirigirse a persuadir al juez de tal situación, pero no es admisible intentar alternar la demostración de la legítima defensa con la situación de que la persona no se encontraba en el lugar de los hechos.

²⁷ Litigación Penal en Juicios Orales. Andrés Baytelman – Mauricio Duce. Ed. Diego Portales, Santiago de Chile, año 2001, página 51.

7.

**LA TEORÍA DEL CASO
Y LAS ESTRATEGIAS
DE DEFENSA**

LA TEORÍA DEL CASO Y LAS ESTRATEGIAS DE DEFENSA

Uno de los provechos que otorga el ejercicio de la construcción de la Teoría del Caso, consiste en que el abogado de la defensa puede precisar con meridiana claridad cuál es la estrategia defensiva que debe seguir para lograr un mayor beneficio a los intereses de su cliente. En la perspectiva de la utilización de las herramientas procesales que brinda la ley 906 de 2004, encontramos que las estrategias de la defensa se deben enmarcar dentro de dos alternativas:

- La de negociación con la Fiscalía.
- La de refutación de los cargos presentados por la Fiscalía, sí se decide ir al juicio público oral y concentrado.

Mediante el acto Legislativo 03 de 2002 y el desarrollo legal de la ley 906, se ha dado un cambio radical al concepto del principio de legalidad, que preceptuaba que para todos los asuntos penales que ingresaran a la esfera del procedimiento tendría que realizarse una audiencia pública (excepción hecha de la bien desaparecida jurisdicción de la denominada justicia sin rostro, en que se suprimió la práctica de esta diligencia) en la cual se debatían las pruebas de cargo y de descargo para necesariamente dictar una sentencia de juicio de responsabilidad, en que se declaraba culpable o no responsable al procesado.

Sin embargo, al rigor en la preservación de las etapas de instrucción y juicio del entonces sistema de carác-

ter inquisitivo, se le comenzaron a efectuar algunas excepciones mediante la implementación de lo que se denominó procesos abreviados, encaminados a lograr su terminación anticipada. Así, en el decreto 050 / 87 se estableció un procedimiento especial para los casos en que la persona confesara la comisión del hecho o fuera capturada en estado de flagrancia.

Por primera vez en el decreto 2700 de 1991, aparece facultado el procesado para renunciar a que se ventilen las etapas de instrucción y juzgamiento, mediante el sometimiento a sentencia anticipada; el procesado lo comunica al fiscal o al juez, dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso, el funcionario judicial levanta un acta de aceptación de los cargos que debe ser suscrita por el acriminado y su defensor, y las diligencias pasan al juez de conocimiento para que dicte la respectiva sentencia. En estas condiciones, la persona que se haya sometido de manera libre y voluntaria, recibe un descuento relativamente considerable en la pena a imponer, cuyo monto se tasa de acuerdo con la etapa del proceso en que haya hecho la solicitud.

La sentencia anticipada se ha mantenido en las legislaciones procesales penales de corte inquisitivo, incluyendo la ley 600 de 2000. Vale la pena aclarar que lo que rige en la ley 906 de 2004, son los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, y que la naturaleza jurídica de los dos aspectos tratados es completamente distinta; por lo tanto, en la ley 906 la sentencia anticipada ya no opera.

7.1. La estrategia de negociación con la Fiscalía.

Si de la elaboración de la teoría del caso surge para el abogado de la defensa que su mejor estrategia es buscar negociaciones con la Fiscalía, la ley faculta a las partes para que se llegue a este tipo de preacuerdos, con la finalidad de humanizar el proceso, cristalizar políticas criminales, resolver pronta y cumplidamente el caso sometido a la justicia, y lograr la reparación a las víctimas.

Para decidir si se renuncia al trámite normal del proceso acusatorio y no se presenta al imputado a la audiencia del juicio público oral y concentrado, el abogado defensor deberá aceptar:

- Que se está ante la presencia debidamente comprobada de hechos jurídicamente relevantes considerados típicamente como delitos.
- Que existen suficientes elementos materiales de prueba en poder de la Fiscalía y que demuestran la autoría o participación

del procesado; además, que estos elementos son lo suficientemente contundentes en la audiencia del juicio público oral y concentrado para determinar la responsabilidad.

- Que no existen cláusulas de exclusión del orden constitucional o legal de los elementos materiales de prueba que pretenda hacer valer la Fiscalía.
- Que no existe ninguna causal de ausencia de responsabilidad.

Por lo tanto, el abogado de la defensa debe haber estudiado suficientemente el caso puesto a su disposición, haber ordenado a su cuerpo de investigadores la corroboración de las hipótesis de por qué no lleva adelante el juicio público de responsabilidad, y estar lo suficientemente preparado para asumir las negociaciones con la Fiscalía.

En la ley 906, artículos 348, 349, 350, 351, 352 y 353, encontramos la regulación de los preacuerdos entre la Defensa y la Fiscalía, los cuales en esencia, buscan disminuir la pena a imponer, mediante la utilización de los siguientes mecanismos:

- Que se elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva.
- Cuando se está ante el concurso de delitos, que se elimine algún cargo en concreto.
- Que se tipifique la conducta de una forma determinada.
- Que en el caso en que el procesado no haya aceptado la formulación de imputación en la respectiva audiencia la pueda aceptar mediante un preacuerdo.

En lo que tiene que ver con la aplicación del principio de oportunidad, lo que se busca es que la Fiscalía renuncie a la persecución penal, y que el juez de control de garantías decrete la extinción de la acción penal. Las figuras se asemejan en que pueden existir conversaciones entre el defensor y el fiscal, no obstante que el principio de oportunidad es una facultad discrecional de la Fiscalía, y en nada incide, para los efectos procesales, que esta decisión la tome de manera unilateral sin consultar a la defensa; obviamente dicha decisión debe pasar al control jurisdiccional.

Los preacuerdos se pueden suscribir desde la audiencia de la formulación de imputación, y hasta antes de la iniciación del juicio público oral y concentrado.

Los preacuerdos deben consultar los intereses de las víctimas, quienes pueden hacer presencia por intermedio de un abogado particular o por un defensor de oficio designado por la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, el representante de las víctimas es el fiscal del caso.

Los preacuerdos siempre serán sometidos a control jurisdiccional: es el juez de conocimiento quien decide si se aplican o no.

Ahora bien, ¿qué pasa si no se logra ningún preacuerdo con el fiscal?

Cuando se inicia la conversación con el fiscal, lo ideal es que se cristalice un preacuerdo que satisfaga a las partes de la negociación. No obstante, si no se llega a suscribir ningún preacuerdo, la ley 906 de 2004 le otorga la facultad discrecional al imputado de aceptar o de allanarse a los cargos presentados por la Fiscalía; estas situaciones las encontramos delineadas en los siguientes artículos:

- *Artículo 293 del C. P. P. Allí se señala que el imputado “por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía”, puede allanarse a los cargos formulados. La conjunción utilizada “o” es disyuntiva y no copulativa: por lo tanto, el imputado, de manera discrecional y sin consultar a la Fiscalía puede allanarse a los cargos. La rebaja de la pena a imponer será hasta de un 50%.*
- *Artículo 356 del C. P. P. En desarrollo de la audiencia preparatoria el juez le preguntará al acusado si acepta o no los cargos. La rebaja de la pena a imponer será hasta de la 1/3 parte.*
- *Artículo 367 del C. P. P. Al iniciar el juicio público oral y concentrado el juez le preguntará si se declara inocente o culpable. La rebaja de la pena a imponer será hasta de la 1/6 parte.*

De acuerdo con los artículos anteriores, no se requiere preacuerdo alguno, cuando la aceptación de los cargos la hace de plano el imputado. Las rebajas de las penas están directamente proporcionadas con el avance del proceso, por lo cual se impone que desde un principio el abogado de la defensa tenga construida la Teoría del Caso, que le indique cuál es la estrategia a seguir.

7.2 La estrategia de refutación cuando se decide ir al juicio público oral y concentrado.

La otra opción que debe emanar de la construcción de la Teoría del Caso es la de someter, ante el juez de conocimiento, la decisión sobre

la responsabilidad penal de nuestro defendido. Para el efecto, al igual que en la estrategia de negociación, se recomienda que el abogado investigue y analice los siguientes puntos:

- *Que no se está ante la presencia debidamente comprobada de hechos jurídicamente relevantes considerados típicamente como delitos.*
- *Que no existen suficientes elementos materiales de prueba en poder de la Fiscalía tendientes a demostrar la autoría o participación del procesado; o que, si subsisten, no son lo suficientemente contundentes y por lo tanto no tienen el mérito para determinar la responsabilidad en la audiencia del juicio público oral.*
- *Que sí existen cláusulas de exclusión del orden constitucional y legal de los elementos materiales de prueba que pretende aportar la Fiscalía.*
- *Que sí existe(n) causal(es) de ausencia de responsabilidad.*
- *Que en un momento determinado, salvaguardando la presunción de inocencia y el principio de la carga de la prueba, el abogado de la defensa pueda aportar elementos materiales de prueba tendientes a la verificación de su hipótesis.*

Cotejadas una o varias de estas alternativas, o de otras que en su momento preciso haya podido observar el defensor, y que lo impulsen a llevar adelante el juicio, deberá estar presto para atender las audiencias que preceden al juicio oral; deberá preparar a los testigos; deberá investigar lo suficiente su Teoría del Caso, y para ello deberá primar el trabajo en equipo con su cuerpo de investigadores; deberá exponer una sola teoría del caso en el juicio; etc. Obviamente el resultado del juicio se enmarca en la hermenéutica de la declaratoria de responsabilidad o no, siendo importante para la defensa que la duda razonable juega papel primordial en sus intereses.

8.

LA ORALIDAD



En los sistemas inquisitivos la principal fuente de comunicación entre los sujetos procesales es lo escritural, lo cual explica en parte, el principio de la permanencia indeterminada en el tiempo de la prueba. En el sistema acusatorio, la principal fuente de comunicación lo constituye la oralidad, pues es la que permite que se desarrollen los principios inherentes al sistema acusatorio: la inmediación, la concentración, la contradicción, la publicidad, la sana crítica, la identidad física del juzgador y la fundamentación o congruencia son principios que no pueden faltar en el sistema penal acusatorio.

Según el texto Teoría del caso y Técnicas de debate en el nuevo proceso Penal,²⁸ la oralidad encuentra su justificación en permitir el desarrollo de estos principios:

- Inmediación, por cuanto la prueba debe producirse ante el juez sentenciador, y la oralidad la facilita, ya que permite un contacto directo del juez con la prueba, porque los sujetos actúan de viva voz ante el juzgador.
- Concentración y continuidad, por cuanto en un solo juicio deben tramitarse los actos propios del litigio, y la oralidad lo facilita, ya que no existen actas que sustituyan al dicho personal, y lo que diga directa-

²⁸ Teoría del caso y Técnicas de debate en el Nuevo Proceso penal. Araya Matarrita, Saúl, Managua, año 2002, página 22.

mente la persona preserva su intención original. El juez recibe la prueba en fases inmediatas e ininterrumpidas, lo cual le permite tener una visión general para tomar su determinación.

- Contradicción, por cuanto debe existir la confrontación de dos verdades opuestas y coexistentes ante el juez, y la oralidad lo facilita, ya que las partes enfrentadas en el juicio deben exponer sus ideas ante el juez, y tienen la oportunidad de interrogar y contrainterrogar a los testigos sobre los fundamentos de sus afirmaciones.
- Publicidad, por cuanto es un derecho de las partes el presenciar todas las pruebas y las diligencias con participación activa, en desarrollo de las respectivas audiencias, y la oralidad lo facilita con su presencia, y permite el control efectivo de lo propuesto por la contraparte.
- Sana Crítica, por cuanto existe la libertad del criterio para apreciar las pruebas, y la oralidad lo facilita, pues permite la observación inmediata de las partes, y el juez puede formarse un mejor criterio.
- Identidad física del juzgador, por cuanto el mismo juez que falla sobre el asunto deberá ser el que lo ventiló, y la oralidad lo facilita, por cuanto obliga al mismo juez a llegar al final del proceso sin que pueda delegar en otro funcionario la tarea.
- Fundamentación o congruencia, por cuanto la sentencia debe ser motivada y debe guardar relación entre lo acusado, lo probado, lo solicitado y lo resuelto, y la oralidad lo facilita, por cuanto le permite al juez correlacionar lo percibido y escuchado con lo que va a fallar.

Ahora bien, la oralidad consulta el artículo 93 de la Carta Política y permite el desarrollo del bloque de constitucionalidad, ya que en los tratados de derechos humanos se encuentra presente y protegida por estos instrumentos. Es así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o Pacto de Nueva York, ley 74 de 1.968, artículo 14, se lee textualmente:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)” (subraya fuera de texto).

Y en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ley 16 de 1972, artículo 8º, se observa:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...).” (subraya fuera de texto).

Es así como la ley 906 de 2004²⁹ elevó a categoría de principio rector la Oralidad.

²⁹ Artículo 9º. Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

BIBLIOGRAFIA

Arias Duque Juan Carlos. Estudio sobre el sistema acusatorio Colombiano. Análisis desde su implementación. Ed. Jurídica Andrés Morales. año 2006.

Arias Duque Juan Carlos. El proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomos I - II y III.; Carlos Felipe Sánchez Lugo y otros. Ed. Jurídicas Andrés Morales. Año 2006.

Baytelman Andrés – Duce Mauricio. Litigación Penal en Juicios Orales. Ed. Diego Portales, Santiago de Chile, año 2001.

Diccionario Larousse. Impreso en México. año 2005.

El rol de jueces y Magistrados en el sistema Penal Acusatorio colombiano. Serie manual de formación. USAID. Año 2005.

Manual de técnicas para el debate. Ministerio Público y Colegio de abogados y notarios de Guatemala, mayo de 1999.

Manual del defensor Público en el sistema acusatorio Colombiano. Abogados de la oficina Piloto y de apelaciones e integrantes de la unidad de investigación criminal de Bogotá. Defensoría del Pueblo. Bogotá D.C, año 2005.

Manual de calificaciones de conductas violatorias. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Defensoría del Pueblo. Volumen I. Bogotá mayo de 2004.

Manual de procedimientos de la Fiscalía General de la Nación en el sistema penal acusatorio. Año 2005.

Matarrita Araya Saúl, Teoría del caso y Técnicas de debate en el Nuevo Proceso penal. Saúl, Managua, año 2002.

Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1999.

Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Módulo de instrucción para Defensores US-AID, Defensoría del Pueblo de Colombia, Ediciones jurídicas Andrés Morales. Segunda edición, 2006.

Revista la “Defensa” No. 7 Defensoría Pública de Colombia. Año 2006.

Sistemas procesales y oralidad. (Teoría y práctica) César Augusto Reyes Medina y otros autores. Ediciones Nueva Jurídica, año 2003.

Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio. Manual General para operadores jurídicos. Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia USAID. Año 2005.