

## LA TEORIA DEL CASO FRENTE AL DERECHO DE DEFENSA EN SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

HAROLD RODRÍGUEZ LEÓN  
ANGELO GIOVANNY RONDON GARZON

**RESUMEN:** *Este artículo de reflexión describe, la evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial de la teoría del caso dentro del derecho fundamental de defensa; contiene una revisión bibliográfica fundamentada en fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y legales sobre la importancia de estructurar y planificar una teoría del caso en aras de garantizar una defensa idónea del procesado.*

**Palabras Clave:** *Teoría del caso, defensa técnica, defensa material, principio de igualdad de armas, investigación integral, presunción de inocencia, tipos de negociación, silencio como estrategia.*

**ABSTRACT:** *This reflection article describes, regulatory, doctrinal and jurisprudential developments on theory of the case within the fundamental right of defense; contains a literature review based on doctrinal sources, case law and laws on the importance of structure and a theory of the case plan in order to ensure a suitable defense of the accused.*

**Key Words:** *Theory of the case, technical defense, material defense, equality of arms principle, comprehensive research, presumption of innocence, types of negotiation, silence as a strategy.*

## INTRODUCCIÓN

¿Es la teoría del caso una garantía de defensa?, con la implementación del sistema acusatorio en nuestro país en virtud de la ley 906 de 2004, se establecieron facultades constitucionales y legales que poseen la fiscalía y el defensor para poder adelantar autónomamente las investigaciones tendientes a verificar y comprobar las hipótesis construidas sobre el asunto penal a su cargo.

El desarrollo de este trabajo de grado comprende metodológicamente dos etapas, una de recuperación de información y la otra de análisis de la misma. En la primera se ubica el problema en el contexto legal, jurisprudencial y doctrinario con el objeto de conocer las diferentes posiciones que se presentan en torno al tema planteado.

En la segunda se analiza la herramienta jurídica y su incidencia dentro del derecho a la defensa, planteando reflexiones académicas y jurisprudenciales, que profundicen en el análisis, estimando modelos que permitan identificar las variables sobre las cuales se puede incidir para actuar sobre el tema jurídico analizado.

Teniendo en sus manos la posibilidad de investigar, el defensor se debe ahora centrar en diseñar una estrategia de defensa tomando en consideración diversos aspectos, probatorios, procesales, intereses del representado con el fin de analizar si hay una voluntad de negociación o si es preciso continuar con el juicio.

La teoría del caso sirve, por tanto, y debe ser cuidadosamente estudiada, atendiendo a su utilidad para estructurar sistemáticamente el proceso penal y monitorear cada etapa del juicio con el fin de construir una historia persuasiva y relevante dentro de cada etapa del proceso penal, como son el planear y organizar la alegación inicial que contiene la presentación del tema, la narración de los hechos, las pruebas que sustentarán la teoría y se practicarán en el juicio y lo que logrará probarse.

La teoría del caso permite hacer estipulaciones, consiste en identificar que hechos o circunstancias que requieren ser probados no van a ser controvertidos por la otra parte, me permite preparar el alegato de conclusión, que consiste en establecer cuáles son los pasos que hay que dar y los presupuestos fácticos, jurídicos y probatorios que deberían presentarse para lograr imprimir certeza a la alegación inicial.

Finalmente conducirá a adoptar y desechar estrategias de acusación y defensa, que constituye la capacidad de identificar cual es la mejor posibilidad, si la aplicación de un criterio de oportunidad, la declaración unilateral de aceptación de la imputación o decidir los beneficios de los preacuerdos con la Fiscalía.

El derecho de defensa se ve comprometido pues del estudio riguroso que realice el defensor acerca de las circunstancias tanto fácticas como jurídicas que rodean el proceso, dependerá de las decisiones que tome para su representado.

## 1. EVOLUCION NORMATIVA DE LA TEORIA DEL CASO

La historia normativa Colombiana en el Derecho Procesal en el siglo XX no otorgaba a la Defensa, las herramientas para construir su propia investigación, dejando dicha potestad a los organismos del Estado, la función de elaborar el esquema de la teoría del caso y bajo este presupuesto y orientación era quien comenzaba a determinar la presunta responsabilidad o no del enjuiciado.

Con las legislaciones anteriores a la Ley 906 de 2004, como fue la Ley 94 de 1938, el Decreto 409 de 1971, el Decreto 050 de 1987, el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, eran exiguas las facultades otorgadas a la defensa para planificar, visualizar y ejecutar la teoría del caso, prácticamente, los abogados defensores estaban sumergidos en una burbuja que no solo les impedía realizar idóneamente un trabajo de defensa técnica, sino que los enrutaba, los dirigía a convertirse en convidados de piedra, los cuales solamente podían solicitar que se decretaran y practicaran pruebas.

### 1.1 Ley 94 de 1938

En este primer código existía una clara correlación entre normas penales y civiles, pero así mismo se dieron claras facultades al Ministerio Público, como representante de la sociedad para solicitar la práctica de pruebas, con el fin de obtener la verdad<sup>1</sup>, la detención o la libertad del procesado<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GAITAN MAHECHA BERNARDO, "Fuentes del Derecho Procesal Penal", En Universitas, No 31 noviembre de 1966.

<sup>2</sup> Ley 94 de 1938, Título III Personas que intervienen en el Proceso Penal, Capítulo I Ministerio Público, Artículo 92.

Las actuaciones del proceso eran escritas<sup>3</sup>, y no podía haber enmiendas, solamente el Ministerio Público estaba facultado para solicitar que la acción penal no pudiera iniciarse cuando aparecía plenamente demostrado que el hecho imputado no había existido.

El procesado tenía la facultad de solicitar pruebas al juez o funcionario Instructor, pero no se observa cuales debían ser los requisitos de conducencia o pertinencia de la prueba, simplemente se enuncia de manera aislada que no se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso.

Se menciona que en el juicio Penal no habría reserva en las pruebas, otorgándole al procesado y a su apoderado el derecho de intervenir en la práctica de pruebas durante el sumario y durante el juicio, así mismo podía solicitar la ampliación de la inspección ocular, sobre este punto el autor CARLOS FERNANDO SANCHEZ LUGO, hace la siguiente reflexión;

*“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,*

---

<sup>3</sup> Ley 94 de 1938, artículo 150.

*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.<sup>4n</sup>.*

Se otorga al procesado y a su defensor la facultad de realizar todas las preguntas que considere necesarias, contrainterrogar con el objetivo de esclarecer los hechos<sup>5</sup>, existían claras violaciones al derecho de defensa como las causales establecidas en el artículo 357 de la ley 94 de 1938<sup>6</sup> para que el procesado no contara con la presencia de abogado en la indagatoria.

En la recepción de la indagatoria solo el funcionario de instrucción podrá dirigir preguntas al procesado. La intervención del apoderado en ella no le daba derecho para insinuar al sindicado las respuestas que debía dar. Se observa que es el mismo código quien aconseja cual debe ser la forma de elaborar el cuestionario, de igual manera sugiere como podía redactarse la pregunta a los jurados dependiendo del delito<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Carlos Felipe Sánchez Lugo. La teoría del Caso. Publicaciones Defensoría del Pueblo, Pág. 26.

<sup>5</sup> Ley 94 de 1938, Artículo 241.

<sup>6</sup> Artículo 357: A ningún procesado se le recibirá indagatoria sin que esté presente su apoderado, salvo en los casos siguientes:

- 1o. Cuando haya urgencia de practicarla, con el fin de verificar luego un careo entre el procesado y otra persona que esté en peligro de muerte;
- 2o. Cuando haya indicios a punto de desaparecer y sobre los cuales deba interrogarse al procesado y a otra persona que esté en peligro de muerte;
- 3o. Cuando el procesado haya sido cogido in flagranti delito y sea necesario, para los fines de la justicia, la instrucción sumaria en el sitio en que se hubiere sorprendido al procesado, y
- 4o. Cuando el mismo procesado estuviere en peligro de muerte y sea necesario interrogarlo para el descubrimiento de la verdad que se investiga.

<sup>7</sup> Ley 94 de 1938, Artículo 498: Los cuestionarios a que se refiere el artículo anterior, se formularán de acuerdo con las siguientes normas:

Primera. Se interrogará al Jurado sobre el hecho, o hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, según lo que resulte del auto de proceder, señalándolos en forma clara y precisa. Esta pregunta

## 1.2 Decreto 409 de 1971

En este código la acción penal correspondía al Estado y se ejercía por el funcionario de instrucción y por el Juez con la colaboración del Ministerio Público. El artículo 116 es claro al otorgarle a los procesados sin necesidad de apoderado, solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos, desistir, solicitar excarcelación y libertad condicionales, facultades que en su momento fueran declaradas

---

estará precedida de la siguiente fórmula: ¿Os halláis plenamente convencidos de que N. N. ha realizado los siguientes hechos?

Segunda. En seguida se formularán, separadamente, tantos cuestionarios cuantos correspondan a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad.

Si se tratare de un homicidio, se preguntará, por ejemplo: ¿el hecho a que se refiere el cuestionario anterior se ejecutó con el propósito de matar?, o este otro: ¿N. N. ejecutó el hecho a que se refiere el cuestionario anterior sin prever los efectos nocivos de su acto, pero habiendo podido preverlos?, o este otro: N. N. cometió el hecho a que se refiere el cuestionario anterior por la necesidad de defenderse a si mismo o defender a otro, de una violencia actual e injusta contra su persona o contra su honor, o contra sus bienes, si fuere el caso?

Si se tratare de un hurto, se preguntará, por ejemplo: ¿el hecho sobre el cual se os ha preguntado se ejecutó sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de la cosa?

Si se tratare de abuso de confianza, se preguntará, por ejemplo: ¿el acusado N. N. se apropió de la cosa sobre la cual se os ha preguntado en provecho propio o de un tercero, habiéndosele confiado o entregado sin el propósito o intención de dársela en propiedad?

Si se arguyere que el procesado se halla en estado de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal, se preguntará lo siguiente, por ejemplo: ¿a tiempo de cometerse el hecho a que se refiere el cuestionario anterior, N. N. se hallaba en estado de enajenación mental? ¿o de intoxicación crónica? o padecía de grave anomalía psíquica?

Tercera. Luego se preguntará, también en cuestionarios separados, lo relativo a las circunstancias que, puedan influir en la determinación de la sanción. Por ejemplo: ¿el acusado N.N. ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación?.

Si se tratare, por ejemplo, de un homicidio, podrá preguntarse: ¿el acusado N. N. ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado con premeditación acompañada de motivos innobles?

Si se tratare de un hurto, por ejemplo, se podrá preguntar: ¿el acusado N. N. ejecutó los hechos por los cuales se os ha preguntado aprovechándose de una calamidad pública?.

exequibles por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 1 de septiembre de 1976:

*“La reglamentación que hace el código de Procedimiento Penal para la materia penal es excepcional pero no desde el punto de vista en que lo enfoca el demandante, lo excepcional consiste en que dado el interés especial que está subjudice, como lo es la propia libertad del procesado, la Ley permite una defensa concurrente o conjunta del apoderado y el sindicado para la defensa de éste; es más, la intervención de un apoderado es forzosa en las partes fundamentales del proceso, así sea abogado inscrito el sindicado, hasta el punto de que hay nulidad si se omite esta intervención y defensa, puede ser concurrente con la propia defensa del procesado en las actuaciones que no requieran una técnica especial”.*

Visto lo anterior, la Corte le da la prioridad de intervención al apoderado para vigilar de una manera técnica y apropiada la defensa del procesado, siendo puntual en el deber de existencia de un abogado para actuaciones procesales que requieren de un manejo claro de las normas que regulan el derecho penal.

De otra parte y guardando coherencia con la Ley 94 de 1938, este Decreto ordena que las pruebas solamente las podía ordenar el funcionario judicial previa solicitud del apoderado o su defendido, todo estaba bajo el principio de la permanencia de la prueba en un sistema escrito y sometido a reserva, el Juez de conocimiento poseía las facultades de calificar el sumario y en caso de calificarse con auto de proceder se daba inicio a la etapa del juicio, etapa sobre la cual recaía en el Juez su trámite y decisión.

En materia de investigación por parte del Estado<sup>8</sup>, este Decreto manifestó un concepto de Policía Judicial como cuerpo auxiliar de la rama jurisdiccional del poder público, dirigido por la Procuraduría General de la Nación, incluyendo a los Alcaldes, Inspectores Departamentales como funcionarios que ocasionalmente ejercen funciones de Policía Judicial, atribuyendo de manera clara, cuáles eran sus atribuciones en la actuación procesal, entre las que se encuentran:

*“Artículo 89 Atribuciones Numeral 9: En caso de flagrancia o cuasiflagrancia, ordenar y ejecutar la captura, someter a reclusión e incomunicación en las salas bajo su control, a la persona o personas sorprendidas o gravemente indiciadas y ponerlas dentro de las veinticuatro horas siguientes a órdenes del respectivo funcionario de instrucción.”<sup>9</sup>*

Se observa de esta manera que seguía siendo un procedimiento de carácter inquisitivo y las facultades investigativas de la Defensa no existían.

### **1.3 Decreto 050 de 1987**

Mediante este ordenamiento procesal penal, se creó el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, como un órgano al servicio del Ministerio Público, en la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones impuestas a los procesados y prestando a los jueces la colaboración investigativa que requerían<sup>10</sup>. En relación al

---

<sup>8</sup> Carlos Felipe Sánchez Lugo. La Teoría del Caso. Publicaciones Defensoría del Pueblo, Pág. 26.

<sup>9</sup> Decreto 409 de 1971, Artículo 209, Numeral 9.

<sup>10</sup> Decreto 50 de 1987, Artículo 126

Decreto anterior, cambia en cuanto se indicaba al sindicato que podía ejercer su propia defensa, salvo para sustentar los recursos de casación y revisión.

Aparece por primera vez la Defensoría Pública con el objetivo de prestar un servicio de asesoría legal para quienes carecen de recursos económicos, la utilización de medios técnicos sigue estando en cabeza del Estado a través del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

Se insinuó en el País la posibilidad de un Sistema Procesal Penal Acusatorio, ya que los jueces de instrucción criminal al calificar la instrucción debían proferir resolución de acusación, con esta actuación se eliminaba el auto de proceder y los funcionarios de conocimiento debían ejercer un control de legalidad sobre la calificación del funcionario instructor, lo que se buscaba era frenar el prejuzgamiento de los jueces de conocimiento, ya que estos realizaban la acusación y eran los mismos encargados de dictar sentencia<sup>11</sup>.

En conclusión este Decreto sigue inspirándose en un sistema de corte inquisitivo donde el Estado a través del ente investigador posee todos los medios y herramientas para llevar un óptimo esclarecimiento de los hechos dejando de lado nuevamente las facultades investigativas para la defensa.

#### **1.4 Decreto 2700 de 1991**

Es importante recordar que para este momento histórico, aparece de manera coetánea la Constitución Política y con ella el surgimiento de la Corte

---

<sup>11</sup> Carlos Felipe Sanchez Lugo. La Teoría del Caso. Publicaciones Defensoría del Pueblo, Pág. 27.

Constitucional, este Código a diferencia de los anteriores parecía no ser de corte netamente inquisitiva, pero no era tan claramente acusatorio como el actual.

En vigencia de este Decreto se dio realce al principio de contradicción, es así como la Corte Constitucional en Sentencia C -150 de 1993, manifestó;

*“(...) El principio de contradicción ha sido definido por la doctrina como el fundamento lógico y metafísico que establece, como uno de los criterios de verdad, la imposibilidad absoluta de ser o no, ser algo al propio tiempo en el mismo lugar y con identidad completa de las demás circunstancias, constituye un elemento de interpretación jurídica.<sup>12</sup>”*

Dándole de esta forma claros señalamientos al juez, en el sentido de indicarle que la certeza se obtiene mediante el ejercicio del derecho de contradicción como elemento del derecho de defensa.

El autor Julio Mauricio Londoño Hidalgo, expone sobre el avance obtenido con el Decreto 2700 de 1991, lo siguiente:

*“Debe tenerse en cuenta que bajo las reglas de la nueva Constitución y del nuevo Código de Procedimiento Penal, existe suficiente fundamento jurídico para considerar que las actuaciones de la jurisdicción penal se encuadran dentro de un modelo aproximado al del proceso acusatorio y que esto implica una nueva visión global de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus agentes, así como de los jueces*

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 150 de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz

*penales, dentro de un marco técnico jurídico diverso del que suponía la anterior configuración del proceso penal a la luz de la Carta de 1886.<sup>13</sup>”*

Aunque con este Decreto se avanzó de manera positiva en la estructura y edificación del debido proceso a través de una principialística más desarrollada y bajo la guarda de los instrumentos internacionales de derechos humanos, sin embargo la creación de la Fiscalía General de la Nación no fue coherente con un sistema de partes o acusatorio. Toda vez que la Fiscalía contaba con facultades jurisdiccionales ordenando la restricción del derecho fundamental de la libertad mediante la imposición de medidas de aseguramiento.

### **1.5 Ley 600 de 2000**

En el Código de Procedimiento Penal anterior a la Ley 906 de 2004, encontramos un nuevo grupo de principios que guardan coherencia con el querer del Constituyente, introduciendo el principio de igualdad, legalidad, presunción de inocencia, defensa, juez natural, contradicción, publicidad y cosa juzgada, así mismo hay otros principios como la investigación integral, la lealtad y la actuación procesal que tienen su origen en disposiciones como el artículo 83 y 228 de la Constitución.

En este Código, se dio un paso importante en cuanto a que la defensa tenía la oportunidad de objetar la prueba pericial con otra prueba que solicitaba la defensa; es decir da un avance en cuanto al principio de contradicción e

---

<sup>13</sup> Julio Mauricio Londoño Hidalgo. Los Principios del Código de Procedimiento Penal 1928 – 2006. Ediciones Universidad Javeriana. Pág 97.

inmediación de la prueba, pero mantenía en forma general una estructura de sistema inquisitivo.

## 2. UNA VISTA JURISPRUDENCIAL A LA DEFENSA TECNICA

La jurisprudencia enfoca la óptica, en los deberes y obligaciones de las partes dentro del Sistema Penal Colombiano, que no corresponde precisamente a un típico proceso adversarial, recordando que *“La carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía (...) la defensa en cambio, no está obligada a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni tampoco intervenir activamente en el juicio oral.”*<sup>14</sup>.

Se observa en la posición de la Corte una clara delimitación de roles, pero esto no quiere decir que la defensa técnica no este en la obligación de estructurar a partir de la teoría del caso, una defensa efectiva, que le permita entrar al juicio oral en igualdad de condiciones, y mediante una estrategia aproveche la obligación impuesta a la Fiscalía, como una oportunidad procesal.

Por tal motivo debe hacerse especial mención al principio de igualdad de armas, que no es otra cosa que la garantía procesal de entrar a un proceso oral en igualdad de condiciones, en el cual la Fiscalía y la defensa presentan su estrategia ante un juez imparcial, a través de la teoría del caso donde el primero acusa buscando quebrantar el principio de presunción de inocencia y el segundo en aras de garantizar el derecho de defensa, adecuando la mejor opción para el imputado o acusado, en el sentido de escoger entre llegar hasta el debate oral o negociar con la Fiscalía una terminación anticipada de la acción penal, todo dentro

---

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-591 de 2005

de la proyección generada por la teoría del caso; en esta dirección se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia señalando:

*“La línea jurisprudencial ha abordado tal principio en los casos en los cuales la Fiscalía y la defensa concurren ante un juez imparcial para que adelante un juicio oral, público, concentrado, con inmediación y controversia probatoria (...)”<sup>15</sup>.*

También la Corte Constitucional, ha sentado su posición con respecto al principio de igualdad de armas:

*“La igualdad de armas no significa absoluta igualdad de trato en todas las etapas procesales ni el deber legal de establecer idénticos contenidos del proceso, pues este principio debe ser compatible con la potestad de configuración del debido proceso (...) ahora, la garantía que es objeto de análisis no supone el estudio aislado de cada una de las oportunidades procesales que la ley confiere a las partes del proceso penal, sino, por el contrario requiere una interpretación sistemática y de contexto de todo el procedimiento.....Luego, se concluye que el principio de igualdad de armas para el acusado y el acusador supone un análisis de contexto del proceso penal.”<sup>16</sup>.*

Es trascendental para la defensa técnica, estar muy atenta en cada una de las etapas del juicio oral, para identificar que no se presente una grosera variación de la calificación jurídica del imputado o acusado, que vulnere flagrantemente el principio de congruencia, cuando se condena por hechos o delitos que no fueron considerados en las audiencias de formulación de

---

<sup>15</sup> Providencia del 28 de noviembre de 2007, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

<sup>16</sup> Corte Constitucional Sentencia C-118 de 2008

imputación o de acusación; conculcando en forma directa los principios de igualdad de armas, debido proceso y derecho de defensa; situación de alta relevancia penal que es identificable por la defensa técnica, sólo a partir de un adecuado monitoreo de las etapas del juicio oral suministrado por la teoría del caso, sobre el tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia:

*“Se quebranta el principio de congruencia por acción o por omisión cuando se : i) condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de acusación (...)”.*

Sobre el mismo tema señala la Corte:

*“Los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder.<sup>17</sup>”.*

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Constitucional.

*“El derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación <sup>18</sup>”.*

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de octubre de 2008, Radicado 29.872

<sup>18</sup> Sentencia Corte Constitucional C-025 de 2010

## 2.1 El Silencio en la Defensa Técnica:

El punto de partida es el precepto legal “*la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa si lo desea, podrá hacer lo propio* <sup>19</sup>”, en el entendido que la defensa técnica adquiere importancia relevante en materia penal como parte del núcleo esencial del debido proceso, en el sentido de ofrecer al procesado una asesoría técnica especializada, acorde al mandato constitucional<sup>20</sup> el cual reconoce el derecho fundamental al debido proceso, cuyo elemento esencial es el derecho de defensa, cuyo marco legal<sup>21</sup> prevé dos tipos de defensa que no son excluyentes sino que se complementan, hablamos en primer término de la defensa material, que es la que desarrolla personalmente el propio imputado y en segundo término la defensa técnica, que es la ejercida por un abogado, el cual a través de su especialidad, debe asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes.

En primer lugar se puede considerar el silencio como un derecho fundamental, si se observa desde la óptica de la defensa material, sobre el tema ha enfatizado la Corte Constitucional:

*”Con base en la garantía constitucional sobre la no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por lo tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.”* <sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Ley 906 de 2004, artículo 371

<sup>20</sup> Constitución Política de 1991, artículo 29

<sup>21</sup> Ley 906 de 2004, artículo 8

<sup>22</sup> Sentencia Corte Constitucional C-621 de 1998

Pero en la defensa técnica que es de la esfera del profesional del derecho, en materia penal se debe construir a partir de estrategias metodológicas, que lleven a escoger el mejor tipo de defensa, estrategias que sin lugar a dudas se estructuran a partir de una hipótesis que es la teoría del caso, convirtiéndose en la mejor herramienta para que el defensor técnico, escoja el tipo de defensa a desarrollar en el proceso penal acusatorio; entre las que se destacan por amplio desarrollo doctrinario i) la defensa directa, en la cual el abogado plantea una postura con fundamento en la prueba positiva y con base en ella desarrolla sus argumentos; ii) la defensa indirecta, el abogado cuestiona las pruebas del adversario para desestimar su valor y mostrar la falta de solidez de la acusación, sin aportar nuevos elementos de juicio; iii) la defensa por excepciones, el reproche esta centrado en las deficiencias de orden procesal relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso.

Estructurada la teoría del caso y escogido el tipo de defensa, se convierte esta en una garantía de rango constitucional, la cual no puede orbitar en el plano meramente formal, sino que se debe materializar en los términos del artículo 29 de la Carta Política, como también de las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad<sup>23-24</sup>; dicha defensa técnica debe reunir tres características esenciales que son de construcción jurisprudencial:

*“La Corte tiene definido que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, debe reunir tres características esenciales, que son la intangibilidad que está relacionada con la condición de irrenunciable, debe ser real o material quiere decir que no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos*

---

<sup>23</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14

<sup>24</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2

*positivos de gestión defensiva y por último la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones.<sup>25</sup>*

Ahora bien, planteada la defensa técnica desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia, entramos a considerar el tema álgido del silencio como estrategia de defensa, estrategia que nace indiscutiblemente con la teoría del caso, en donde la defensa pretende con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, presentados en una forma simple y coherente en el juicio, lleven a fortalecer el principio de presunción de inocencia del acusado; pero esta estrategia de defensa también puede recurrir al silencio, solo en el entendido de que la actitud silente del defensor técnico, haga parte de su teoría del caso de forma activa y dinámica, mas no como resultante de una conducta meramente pasiva, que atentaría flagrantemente en contra derecho de defensa, originando la nulidad del proceso.

Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia, en el sentido de resaltar el rol del defensor técnico.

*“La conducta silente en algunas de las etapas no puede confundirse con una actitud pasiva a lo largo de todo el proceso, pues la inactividad podría ser perjudicial en la efectividad real o material del derecho a la defensa técnica. En el nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, el defensor no es un convidado de piedra sino que se exige de éste un comportamiento acucioso tanto en la investigación como en el desarrollo del juicio.<sup>26</sup>”*

---

<sup>25</sup> Sentencias Corte Constitucional C-836 de 2002 y C-451 de 2003

<sup>26</sup> Corte Constitucional Sentencia C-069 de 2009

Como observamos en el aparte jurisprudencial la Corte Constitucional ha sido enfática y reiterativa en rol de la defensa técnica, dentro del proceso penal acusatorio, en el sentido de otorgarle al abogado defensor un amplio margen de discrecionalidad en su estrategia de defensa, reconociendo que el silencio dentro de las etapas del proceso penal, no siempre significa una actitud pasiva frente a su deber real, material y permanente; de presentar una defensa técnica que garantice el derecho de defensa en los términos de la Carta política de 1991.

Por el contrario puede tomarse como una estrategia, dentro de la teoría del caso, si se analiza desde el punto de vista probatorio, pues es el Estado a través del Ente Acusador, quien tiene la carga probatoria (*onus probandi*) y el deber de desvirtuar el principio otorgado por constitución a toda persona investigada por una conducta penal, que es el principio de presunción de inocencia.

Frente a todo lo expuesto, el llamado de atención sin lugar a dudas, se dirige a resaltar la importancia de la teoría del caso frente al derecho fundamental de defensa, se espera no haber quedado a medio camino, situación que se pretende consolidar en el acápite de conclusiones, con las cuales se busca simplemente sembrar inquietudes, sobre la importancia de esta herramienta técnica sin la cual no se puede predicar que la persona inmersa dentro de un proceso penal, se le haya garantizado el derecho a una defensa técnica, en los términos que hoy exige la Constitución Política de 1991 y sobre todo el mismo proceso penal adversarial con tendencia acusatoria, que demanda del rol de defensor técnico un compromiso real, material, profesional, permanente y activo dentro del proceso penal, a través del desarrollo de una hipótesis que

posteriormente evoluciona en teoría, para mutar en una verdadera defensa técnica, que sólo se orientó a garantizar el derecho fundamental del sindicado.

### **3. LA TEORIA DEL CASO EN EL DERECHO DE DEFENSA**

Es imprescindible presentar en este análisis, el pensamiento visto desde el ángulo de la doctrina y la jurisprudencia como fuentes del derecho; las cuales nos ubican de inmediato en las bases del Estado Social de Derecho, que prescribe como norma rectora en materia penal “el principio del respeto a la dignidad humana”, principio constitucional fundamental consagrado en el artículo 1º de la Carta Política de 1991<sup>27</sup>, constituyéndose en la ultima ratio del derecho penal, en el desarrollo de la protección de bienes jurídicos fundamentales, en virtud que el poder punitivo del Estado, no sólo debe defender a la comunidad contra los delitos sino que está en el deber de garantizar los derechos fundamentales, en igualdad de condiciones tanto de las víctimas como de los encartados dentro de un proceso penal.

Siguiendo por el camino de los principios, nos debemos remitir al principio de igualdad desarrollado en la Constitución<sup>28</sup>, principio que se hace extensivo al derecho procesal<sup>29</sup> en la igualdad de las partes en el proceso, las cuales deben tener las mismas oportunidades procesales, situación que define la jurisprudencia como bilateralidad de las audiencias<sup>30</sup> o igualdad de armas; con igual trascendencia aparece consagrado en la constitución el principio de presunción de

---

<sup>27</sup> Constitución Política de 1991 Artículo 1

<sup>28</sup> Constitución Política de 1991 Artículo 13

<sup>29</sup> Ley 906 de 2004 artículo 4º

<sup>30</sup> Corte Constitucional sentencia C-690 del 9 de julio de 2008

inocencia<sup>31</sup>, el cual se reafirma en el artículo 7º de la ley 906 de 2004 y cuyo núcleo garantiza que el principio sólo se extingue, hasta que exista un pronunciamiento judicial ejecutoriado sobre la responsabilidad penal; por último y como base del tema que nos ocupa, prisma del sistema penal acusatorio, debemos abordar el derecho a la defensa de amplio espectro constitucional y legal<sup>32</sup>, el cual es garantía de que al proceso, se concurra, se haga parte en el mismo, se ejecute una defensa y se aporten y contradigan pruebas.

Por consiguiente el derecho de defensa surge desde aquel momento en que la persona tiene conocimiento que cursa un proceso en su contra hasta que finaliza dicho proceso en la etapa de juicio; Dicho de otra manera, corresponde al ordenamiento jurídico reforzar el principio de dignidad humana, permitiendo que la persona ejerza su derecho de defensa, con el fin de evitar que la persona en realidad sea sujeto procesal y no objeto del mismo.

La doctrina y la jurisprudencia otorgan relevancia al derecho a la defensa que es base del sistema penal acusatorio, siendo necesario entrar a estudiar la importancia de la teoría del caso, concepto que se convierte en presupuesto básico de la defensa<sup>33</sup>; en el mismo sentido y como elemento temporal dentro de un proceso adversarial, la teoría del caso debe empezar a construirse desde el momento en que se tiene conocimiento de los hechos, la cual parte como una simple hipótesis para mutar en teoría al final del proceso.

Empero para hablar de una teoría del caso, como presupuesto esencial del derecho de defensa de la persona encartada, dentro del sistema penal

---

<sup>31</sup> Constitución Política de 1991 Artículo 29

<sup>32</sup> Constitución Política de 1991 art. 29, 33-Ley 906 de 2004 art. 8º

<sup>33</sup> Técnicas del Sistema Penal Acusatorio, Liliana Ayalde. et. al. USAID Pág. 102

acusatorio, es relevante pensar organizadamente el caso, monitorear cada etapa del juicio; e ir construyendo una hipótesis con significado penal relevante, la cual se debe planear y organizar con base a los hechos, que se pretenden probar, incorporar y sustentar en el juicio oral; quiere decir lo planteado que es imposible adelantar una defensa técnica en los términos de la jurisprudencia. Ello desde luego, sin una adecuada teoría del caso; señala en ese sentido la Corte Constitucional sobre la defensa técnica:

*“El derecho a la defensa no se concibe sólo como la posibilidad de que el imputado, procesado o condenado esté representado por un defensor técnico, sino que su ejercicio debe ser calificado en virtud de sus conocimientos especializados, que garanticen efectivamente sus derechos fundamentales.”<sup>34</sup>”*

En realidad el derecho fundamental es el derecho a la defensa, pero si no se armoniza con la herramienta técnica que es la teoría del caso, no cumple con su papel de garantía fundamental; herramienta que estructurada estratégicamente es el norte en la toma de decisiones de fondo de acuerdo en la etapa en que se encuentre el proceso penal; por ejemplo una adecuada hipótesis del caso, permite escoger el mejor camino a seguir dentro del proceso penal, en el sentido de considerar el mejor momento para una posible negociación con la Fiscalía, que no es otra cosa que la aplicación de los diferentes criterios del principio de oportunidad<sup>35</sup>, las declaraciones de culpabilidad<sup>36</sup> y los preacuerdos<sup>37</sup>; todo dentro del marco jurídico definido por la ley; en el cual el Fiscal como parte instructora del proceso, se compromete en virtud de lo negociado a cualquiera de los siguientes eventos, tomando el ejemplo de una eventual aceptación de cargos:

---

<sup>34</sup> Sentencia del Corte Constitucional C-488 de 1996

<sup>35</sup> Ley 906 de 2004, artículo 321

<sup>36</sup> Ley 906 de 2004, artículos 288,351,369

<sup>37</sup> Ley 906 de 2004, artículo 348

- A solicitar el archivo de otros cargos que tenga pendiente el imputado
- A eliminar cargos que puedan agravar la pena imponible
- A recomendar una sentencia en particular o no oponerse a la solicitud de otra hecha por la defensa.
- A aceptar que una determinada sentencia para el caso en concreto

Se debe resaltar que el éxito de la negociación, sin lugar a dudas está en un conocimiento detallado de la situación fáctica y jurídica del imputado, que sólo lo permite una adecuada estructura de la teoría del caso, que oriente a escoger el mejor momento, las condiciones y el tipo de negociación a concertar.

También la teoría del caso es el instrumento esencial, para escoger estrategias de defensa, en una eventual participación durante la declaración inicial del juicio oral, en vista que la defensa no está obligada a participar en esta parte de la audiencia del juicio oral, como si lo esta la Fiscalía<sup>38</sup>, situación que puede ser aprovechada ampliamente por la defensa si se encuentra fortalecida y fundamentada adecuadamente su teoría del caso.

De igual trascendencia es el desarrollo de la teoría del caso para la defensa, durante el juicio en la incorporación de los elementos materiales probatorios y evidencia física, por cuanto es aquí donde hacen transito a pruebas,

---

<sup>38</sup> Ley 906 de 2004, artículo 371

transmuta la hipótesis en una fortalecida teoría del caso, con el fin de convencer al juez mas allá de toda duda razonable.

Un claro ejemplo es como la defensa presenta sus interrogatorios y contrainterrogatorios<sup>39</sup>, que en esencia deben estar dirigidos a fortalecer las proposiciones sobre las cuales estaba estructurada la teoría del caso y que no es otra cosa que el encuadramiento legal de los hechos materia del proceso, consideradas por sectores de la doctrina<sup>40</sup> como “*una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal, que se remite a experiencias concretas del caso, experiencias estas sobre las que un testigo si puede declarar*”; proposiciones que construidas y sustentadas probatoriamente, generan una historia persuasiva, lógica y creíble.

Esta historia debe quedar acreditada terminado el debate probatorio e iniciado el argumento de conclusión, el cual busca fundamentalmente demostrar al juez, que los hechos probados se subsumen perfectamente con el análisis jurídico y la proposición jurídica que se le presentó, a través de la teoría del caso la cual logró integrar como un todo, el silogismo jurídico que concluye solicitando la declaración de inocencia por parte de la defensa técnica.

Hasta este punto llega la relevancia de una teoría del caso, que como herramienta básica del derecho defensa, es garantía de otros principios y derechos fundamentales, que ante la ausencia de esta serian flagrantemente conculcados, razón por la cual no se puede dejar de mencionar los tres niveles de análisis de la teoría del caso, que son de construcción de experiencias adquiridas

---

<sup>39</sup> Técnicas del Sistema Penal Acusatorio, USAID Pág. 130

<sup>40</sup> Baytelman, Andrés y Duce Mauricio, litigación penal en juicios orales, Eds. Universidad Diego Portales, 2ª edición, Santiago de Chile, 2001, Pg.44.

durante el ejercicio del sistema acusatorio americano<sup>41</sup>, de consideración y de aplicación dentro de la teoría en comento.

**Elemento jurídico:** Es la adecuación jurídica de los hechos dentro de las disposiciones legales sustantivas y procedimentales ò dicho de otra forma es la subsunción de los hechos en la norma penal aplicable.

**Elemento Fáctico:** Es la plataforma del elemento jurídico, donde los hechos relevantes buscan acreditar la existencia de una conducta punible y el grado de responsabilidad o ausencia de la misma, mediante un debate probatorio durante el desarrollo del juicio oral.

**Elemento Probatorio:** Es el sustento de lo fáctico, es el elemento de la teoría del caso que le comprueba al juez, mediante las pruebas incorporadas durante debate oral en forma legal, que los hechos se encuadraron jurídicamente en las normas sustantivas y procedimentales.

---

<sup>41</sup> Técnicas del Sistema Penal Acusatorio, USAID Pág. 105

## CONCLUSIONES

1. La evolución normativa de la teoría del caso en Colombia desde años atrás ha sido bastante exigua y fueron pocos los avances que se tuvieron desde el punto de vista investigativo para la Defensa, producto de ello fue el fortalecimiento del aparato estatal en materia de investigación con la creación de la Fiscalía y las posteriores facultades de tipo jurisdiccional que le fueron otorgadas, solo con el apareamiento de la Ley 906 de 2004 se le dio oportunidad real al abogado defensor para elaborar y planificar de manera idónea una teoría del caso.

2. La defensa es un derecho fundamental y un principio dentro del proceso penal acusatorio, pero la tarea interpretativa de cómo se adecua una defensa, dentro de un caso en particular, nace sin lugar a dudas a partir de una serie de hipótesis sobre hechos que se pretenden probar o desvirtuar; hipótesis que abren el camino para iniciar un trabajo de interpretación y hermenéutica, elementos que adecuan jurídicamente los hechos, para llegar a un razonamiento abstracto con fuerza de probabilidad, estructurándose una línea o ruta a seguir que ha mutado en forma de teoría del caso.

3. La teoría del caso en la óptica de la defensa es un faro que le permite al abogado defensor, un dominio propositivo de las etapas del proceso penal, con el fin de elaborar estrategias flexibles que le permitan tomar una decisión de fondo, en cualquier instancia del proceso, como se explica en el desarrollo del artículo.

4. Algunos defensores no han dimensionado, la importancia de la teoría del caso, como garantía del derecho de defensa, en el sentido de asumir el rol sin ni siquiera tener una hipótesis estructurada, una teoría que les permita plantear una estrategia de defensa, en igualdad de condiciones frente al ente acusador;

generando sin asomo de duda la violación de principios y derechos de raigambre constitucional.

5. La teoría del caso hoy se presenta como una de las herramientas de mayor uso entre los abogados defensores, todo dependerá del conocimiento y manejo adecuado que se haga de esta figura, para representar de una manera más garantista y con apego a las directrices del sistema penal acusatorio al procesado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AYALDE Liliana, et. al. TÉCNICAS del Sistema Penal Acusatorio Colombiano, USAID, Manual del Operador Jurídico.
- BAYTELMAN Andrés y DUCE Mauricio, litigación penal en juicios orales, Eds. Universidad Diego Portales, 2ª edición, Santiago de Chile, 2001,.
- GAITAN MAHECHA Bernardo, “Fuentes del Derecho Procesal Penal”, En Universitas, No 31 noviembre de 1966
- LONDOÑO HIDALGO Julio Mauricio. Los Principios del Código de Procedimiento Penal 1928 – 2006. Ediciones Universidad Javeriana.
- SANCHEZ LUGO Carlos Felipe. La teoría del Caso. Publicaciones Defensoría del Pueblo.

## **JURISPRUDENCIA**

- Corte Constitucional C- 150 de 1993, M.P. Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOZA
- Corte Constitucional C-488 de 1996, M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ
- Corte Constitucional C-591 de 2005, M.P. Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
- Corte Constitucional C-118 de 2008, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

- Corte Constitucional C-025 de 2010, M.P. Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO
- Corte Constitucional C-621 de 1998, M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ
- Corte Constitucional C-836 de 2002, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Corte Constitucional C-451 de 2003, M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- Corte Constitucional C-069 de 2009, M.P. Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
- Corte Suprema de Justicia, providencia del 28 de noviembre de 2007,
- Corte Suprema de Justicia, providencia del 30 de octubre de 2008, Radicado 29.872

## **LEYES**

- Asamblea Nacional Constituyente, CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 1991
- Congreso de la República, Ley 94 de 1938
- Congreso de la República, Decreto 409 de 1971
- Congreso de la República, Decreto 050 de 1987
- Congreso de la República, Decreto 2700 de 1991

- Congreso de la República, Ley 600 de 2000
- Congreso de la República, Ley 906 de 2004
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14
- Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2