

TEORÍA DEL CASO

José María del Castillo Abella
Christian Wolffhügel Gutiérrez

Doctora
CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrado Ponente
Corte Constitucional
Ciudad
E.S.D.

REFERENCIA: Oficio No.1156 de 16 de julio 2008, atinente al expediente D-7318, Ley 906 de 2004, artículo 371 (parcial).

Muy distinguida, Doctora:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente, procedemos a emitir el concepto que se solicita a esta Casa de Estudios.

I. EL ASUNTO PLANTEADO

A través de escrito de fecha 21 de mayo de 2008, se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión “*si lo desea, podrá hacer*” prevista en el inc. 2º del artículo 371 de la Ley 906 de 2004. Precisa advertir que el *quid* de esta demanda radica en que, a juicio del demandante, el hecho de que la defensa tenga la facultad de presentar o no la Teoría del Caso –una vez instalado el Juicio Oral– implica la supuesta violación a la Carta Política, específicamente a los artículos 1º, 5º, 13º, 29º, y 250 (numeral 4); al respecto, entiende el accionante que la Defensa **debe** presentar ineluctablemente la susodicha Teoría del Caso.

II. UNA REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Aquí, conviene detenerse a fin de observar el tratamiento que esta discusión adopta en algunas legislaciones de este margen planetario. Señálese, desde luego, que se trata de plexos jurídicos que acogieron, al igual que nosotros, el modelo procesal de tendencia acusatoria.

Esta revisión, tan somera como inevitable, nos ubica, en primer lugar, en el Código Procesal Penal de **Chile**¹ que, en el Título III, párrafo 9º –Desarrollo del Juicio Oral–, en su art. 326, determina que en la apertura del juicio oral después de la intervención del Fiscal: “(S)e ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien **podrá** exponer los argumentos en que fundare su defensa” (Resaltado fuera del texto); en segundo lugar, el Código Procesal Penal de **Costa Rica**² prevé en el Capítulo II –relativo a la sustanciación del juicio–, art. 341, que una vez oído al Ministerio Público: “(S)e le concederá la palabra a la defensa, para que **si lo desea**, indique sintéticamente su posición respecto de la acusación” (Resaltado fuera del texto); finalmente, en tercer lugar, el Sistema Procesal Penal de **Paraguay**³ establece –en el artículo 383 concerniente a la declaración del imputado y presentación de la defensa– que, una vez definido el objeto del juicio, el presidente dispondrá “que el defensor explique su defensa, **siempre que lo estime conveniente**” (Resaltado fuera del texto).

En suma, no es fortuita la redacción empleada por el legislador patrio toda vez que, desde la perspectiva del Derecho comparado –sin ser absoluta por supuesto– resulta coherente, en el marco de un sistema de tendencia acusatoria, que se faculte a la defensa para que ésta determine, al tenor de su estrategia, la necesidad o no de presentar su Teoría del Caso.

III. EL ASUNTO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Mirado el problema planteado desde una perspectiva constitucional, se tiene. En materia probatoria, rige el principio latino *onus probandi*

¹ Promulgado por la Ley N° 19.696, publicada con fecha doce de octubre de 2000.

² Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996, en vigencia desde el primero de enero de 1998.

³ Ley N° 1444 de 1999.

incumbit actori (la carga de la prueba corresponde al actor); al respecto, conviene decir que en materia penal se mantiene incólume tal aseveración, máxime si se tiene en cuenta el texto del artículo 250 de la C.N. que impone a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal. Dentro de este contexto a dicho ente le corresponde, al tenor del numeral cuarto de la aludida Norma Superior, presentar el escrito de acusación para dar inicio al juicio oral cumpliendo, así, con uno de los pilares de un sistema acusatorio: no hay juicio sin acusación.

Al mismo tiempo, la Fiscalía está obligada a presentar las pruebas de cargo con la acusación y es un requisito indispensable el descubrimiento de pruebas⁴; a la inversa, la Defensa no está compelida a presentar pruebas, es posible que no las tenga y, por ello, no hay norma constitucional alguna que la obligue en tal sentido. Desde luego, lo deseable es que ella las pueda esgrimir en el marco del juego dialéctico que este diseño procesal comporta; sin embargo, es innegable que se puede adelantar una fructífera defensa técnica con una activa participación en la fase probatoria a través de los contrainterrogatorios, las objeciones amén de un importante abanico de posibilidades que brinda la Ley procesal al defensor.

Es claro, por lo tanto, que si la Defensa no está obligada a presentar pruebas, no tiene esa carga, también tiene la posibilidad de presentar la Teoría del Caso o no hacerlo. Obligarla siempre a realizar dicha tarea iría en contravía de los derechos y las garantías de quien defiende. Sería, pues, contrario a la Constitución imponer esa carga a la Defensa; no hay que olvidar, pues, las implicaciones que tiene la Teoría del Caso dentro del diseño procesal que el legislador –siguiendo las huellas de la Carta Fundamental– ha plasmado.

Por ello, entonces, razonar como lo hace el demandante –obligando al defensor a improvisar y a realizar alegaciones sin ningún sustento, sólo por el capricho de que debe enarbolar una teoría del caso– resulta ser altamente gravoso desde la perspectiva constitucional; las afirmaciones que un defensor haga en ese momento procesal,

⁴ Cfr. Art. 337 del C.P.P. en concordancia con el art. 250 # 4 de la C.N.

recuérdese, deben ser objeto de adecuado sustento y eso, desde luego, no lo va a poder lograr si –por ejemplo– su estrategia pende del curso del debate probatorio. Es más, puede suceder que la teoría del caso enarbolada por la Fiscalía sea tan carente de sustento en el maderamen probatorio que lo más aconsejable sea dejar que, a lo largo del debate, la misma se derrumbe, sin tener que proponer, de forma obligada, una propia.

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, si se analiza la figura jurídica de la Teoría del Caso desde las perspectivas constitucional, procesal y del Derecho comparado, resulta plenamente admisible desde esos ángulos que la defensa esté facultada para decidir si presenta o no su propia teoría del caso en el seno del debate oral, razón por la cual –salta de bulto– no se conculca ningún derecho constitucional cuando la ley procesal penal, en el aparte de la norma demandada, le confiere tal potestad al defensor. La demanda presentada por el actor debe, en consecuencia, ser desechada.

Agradeciéndoles a los H. Magistrados que hayan pensado en la Escuela de Derecho de nuestra Universidad para tan trascendental y edificante tarea, nos es grato suscribirnos,

Atentamente,

JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA
Decano Escuela de Derecho
Universidad Sergio Arboleda.

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ
Investigador del Departamento de Derecho Penal
Escuela de Derecho
Universidad Sergio Arboleda.