

Sentencia C-069-09

Referencia: expediente D-7318

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 371 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Magistrada Ponente:

Dr. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil nueve (2009)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Mario Williams García demanda en forma parcial el artículo 371 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, por considerar que vulnera los artículos 1, 2, 5, 13, 29 y 250-4 de la Carta Política.

La Magistrada Sustanciadora, mediante Auto del siete (7) de julio de 2008, admitió la demanda, dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministro del Interior y de Justicia y al Fiscal General de la Nación, e invitó al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Comisión Colombiana de Juristas y a las facultades de derecho de las universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Sergio Arboleda y de los Andes, a que intervinieran impugnando o defendiendo la disposición acusada.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II.- DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada y se subraya el aparte acusado, conforme a su publicación en el Diario Oficial:

“LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

“ Artículo 371. DECLARACIÓN INICIAL. Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio.

Al proceder a la práctica de las pruebas se observará el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el capítulo siguiente de este código”.

III. LA DEMANDA

El ciudadano Mario Williams García acusa la inconstitucionalidad de la expresión “si lo desea, podrá hacer”, del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que vulnera los artículos 1, 2, 5, 13, 29 y 250-4 de la Carta Política.

En su concepto, esa expresión desconoce las garantías del acusado (art.29 CP), pues la presentación de la teoría del caso por parte de la defensa constituye la piedra angular y su hoja de ruta en el proceso penal. En este sentido, afirmar, dejar al arbitrio del defensor si expone o no su teoría del caso constituye una laxitud normativa que dificulta una exitosa defensa, pues en el nuevo sistema penal ésta debe ser particularmente dinámica, de modo que la inactividad es impensable en un momento tan crucial como la apertura del juicio oral.

Para el demandante, la defensa debe exponer desde un comienzo su posición y las pruebas que pretenda hacer valer, porque de no hacerlo se restringirían gravemente las garantías del procesado. En sus palabras, “la teoría del caso es el camino a recorrer (...) de una defensa preparada, técnica, calificada, científica, académica, que, en últimas efectiviza los derechos fundamentales que le otorga la Carta al acusado”, para evitar el “triste espectáculo que se veía y se ve, en las audiencias públicas de la Ley 600, que se leía (sic), minutos antes de la audiencia, la resolución de acusación y una que otra pieza procesal, tal vez la injurada, y ya con eso se armaba la defensa o la acusación”.

De otra parte, reprocha la violación del derecho a la igualdad (art.13 CP) por cuanto la norma impone a la Fiscalía la carga de presentar la teoría del caso, mientras lo deja opcional para el defensor. En su concepto, no imponer la misma obligación a la Fiscalía y a la defensa equivale a privar al acusado de una valiosa herramienta para explicar desde

un comienzo cómo apoyará la ausencia de responsabilidad del procesado.

Para el ciudadano, la expresión demandada también vulnera el artículo 250-4 de la Carta. Al respecto señala que si la norma constitucional da al acusado “todas las garantías” para su defensa en el juicio, no es razonable que la expresión impugnada las restrinja en este importante momento procesal.

Por último, sostiene que la norma va en detrimento de los artículos 1, 2 y 5 de la Carta Política, los cuales reconocen la dignidad humana y la efectividad de los derechos fundamentales. En su sentir, en un sistema con tendencia acusatoria adversarial la defensa pasiva no puede existir como garantía para la realización efectiva de los derechos del procesado.

Las anteriores razones llevan al peticionario a solicitar a esta Corporación que declare la inexecutable parcial del artículo 371 de la Ley 906 de 1993, en la expresión antes referida.

IV. intervenciones

1.- Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio del Interior y de Justicia solicita proferir un fallo inhibitorio; no obstante, en caso de que la Corte aborde un análisis de fondo, solicita declarar executable la expresión acusada.

En su concepto, el demandante hizo una interpretación errada de la facultad prevista en el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, pues la norma no prohíbe, ni expresa ni tácitamente, la participación de la defensa en la presentación del caso, ni limita la posibilidad de intervenir en la respectiva diligencia. Es así como estima que los cargos planteados por el actor se apoyan en supuestos no previstos en la norma, de modo que la Corte Constitucional debe proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda.

Con todo, el interviniente aborda un análisis material con el propósito de explicar por qué la norma impugnada se ajusta a la Constitución y a las normas que se integran a ella. Desde esta perspectiva, comienza por señalar que la norma prevé la asistencia del defensor en la diligencia de presentación del caso y dispone su participación voluntaria, de manera que no sólo constituye una efectiva aplicación del derecho de defensa (en tanto garantiza la presencia del defensor), sino que facilita el ejercicio de la estrategia que el abogado estime oportuna (al permitir discrecionalmente intervenir o no en la exposición del caso).

Apoyado en la Sentencia T-784 de 2000, afirma que el derecho de defensa técnica tiene dos componentes: la facultad de solicitar y controvertir pruebas y la facultad de impugnar las providencias dictadas dentro del proceso. A su parecer, la norma impugnada respeta estos componentes, pues garantiza una efectiva controversia de las pruebas allegadas por la Fiscalía como sustento de la presentación del caso, a la vez que privilegia la celeridad, por lo cual debe declararse su executable.

2.- Intervención de la Fiscalía General de la Nación

Para la Fiscalía General de la Nación la demanda carece de los requisitos de claridad, certeza y especificidad, por lo que debe proferirse un fallo inhibitorio. Afirma que la acusación se limita a plantear abstracciones sin un hilo conductor válido entre el contenido normativo enjuiciado y la argumentación expuesta, a la vez que tampoco ofrece patrones de análisis de trato frente a los cuales se pueda realizar un examen concreto de igualdad.

No obstante, si la Corte considerara que la demanda fue presentada en debida forma, solicita que se declare la constitucionalidad de la expresión acusada. Para tal fin, recuerda que en un Estado Social de Derecho corresponde siempre a la organización estatal probar la responsabilidad penal, por lo cual es razonable que el Legislador haya exigido a la Fiscalía, en forma obligatoria, presentar el esquema metodológico del caso ante el juez de la causa.

Apoyado en la doctrina, explica que la teoría del caso no nace en la etapa del juicio oral sino desde cuando se tiene noticia de un hecho delictivo. Es por ello, añade, por lo que tiene estrecha relación conceptual con el programa metodológico que desarrollan los organismos de policía judicial bajo la dirección del fiscal, para abordar un análisis fáctico, jurídico y probatorio que permita esclarecer los hechos y circunstancias que rodean un caso y plantear la hipótesis que se pretende demostrar en la causa. En esa medida, aclara, la norma acusada no implica violación del derecho de defensa, pues de lo que se trata es, simplemente, de hacer la presentación de una hipótesis investigativa pero donde no hay práctica de pruebas.

A juicio del interviniente, la postura jurídica prevista en la norma, “lejos de contradecir el ordenamiento superior y vulnerar derecho o garantías del acusado, lo beneficia, al otorgar un plus, como es el hecho de conocer previamente las hipótesis de trabajo de la contraparte, en este caso la Fiscalía General de la Nación, producto de la carga probatoria que tiene el Estado en desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña a todo ciudadano”.

3.- Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos, Carlos Alberto Marín, Fátima Esparza Calderón y Juan Camilo Rivera intervienen en representación de la Comisión Colombiana de Juristas para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la expresión acusada.

De un lado, señalan que se no desconoce el derecho a la defensa de los sindicatos por el hecho de que la norma no obligue a quien la ejerza a presentar una teoría del caso alterna a la que debe formular el fiscal en la audiencia pública. Sobre el particular, precisan, la premisa de la que parte el demandante es falsa porque (i) además de no encontrar un sustento normativo que la respalde, (ii) da por sentadas unas consecuencias negativas derivadas del silencio de la defensa, cuando en realidad esta puede ser una estrategia del litigio en los asuntos penales.

De otro lado, desestiman la violación del derecho a la igualdad, pues, en su concepto,

los destinatarios de la norma –el fiscal y el defensor-, “no se encuentran en situaciones jurídicas similares que hagan necesario un tratamiento análogo, sino que por el contrario se trata de supuestos de hecho diferentes, que justifican a su vez un tratamiento diferenciado”. En este sentido, explican que fiscal y defensor cumplen roles específicos y diferentes en el proceso, pues mientras al primero corresponde investigar y acusar, al segundo compete representar al acusado.

4.- Intervención de la Universidad Nacional de Colombia

Acude ante la Corte por intermedio de la ciudadana Whanda Fernández León. Considera que “convertir una facultad procesal de la defensa en un inexorable deber de hacer teoría del caso en todos los eventos, atenta contra la propia naturaleza y efectividad de la garantía, a la vez que puede resultar altamente perjudicial para el acusado”. No obstante, añade, la frase acusada “sí debería declararse contraria a la Constitución y eliminarse del texto legal, pero por ambigua, insustancial y baladí”.

Para apoyar su tesis, la interviniente comienza por hacer algunas reflexiones en torno a la defensa en el juicio, destacando que todo proceso que se proyecte hacia la civilidad debe permitir a las partes las mismas oportunidades para obtener un pronunciamiento favorable al interés que las acompaña. Así, afirma que este derecho “presupone la contraposición dialéctica entre las partes, materializada en la exposición oral de una hipótesis defensiva alternativa a la del defensor”; y precisa que la defensa es una acción legítima de oposición a la persecución penal, de modo que su fundamento es la actividad de las partes y un deber para el abogado que la acepta.

Apoyada en la doctrina explica que la teoría del caso consiste en la tesis o propuesta de solución que hace el fiscal o el defensor de los hechos penalmente relevantes, las pruebas y los fundamentos jurídicos que las apoyan, constituyendo una suerte de mapa de ruta del proceso, que por su naturaleza implica posiciones antagónicas entre las partes que luchan por la construcción de la verdad judicial.

En cuanto a si es aconsejable o no que el defensor exponga su teoría del caso, comenta que el silencio del abogado defensor puede, en ocasiones, coadyuvar a la acusación y desmejorar la posición del acusado. Por ello, afirma, salvo comprensible pasividad o justificada omisión, es conveniente que la defensa exprese desde el inicio de la audiencia, en el llamado “discurso inaugural” o “alegación de apertura”, las diferencias con el fiscal. Sin embargo, advierte que “cada abogado es dueño y señor de su estrategia defensiva, por lo que le está permitido sin ambages, optar por la confutación de la hipótesis acusatoria o hacer exposición de una contrahipótesis”. Por lo mismo, añade, no puede obligarse al defensor a entregar su plan de trabajo al fiscal, ni se le puede forzar a utilizar en defensa de su cliente metodologías preestablecidas, porque todo depende del caso, de la complejidad, del comportamiento del fiscal, de las tácticas preparadas y del resultado de las pruebas allegadas.

La interviniente refiere que existen tres principales metodologías para defender a un acusado: (i) la defensa directa propiamente dicha, cuando el abogado alega sobre la base de una prueba positiva para controvertir la posición del fiscal; (ii) la defensa indirecta propiamente dicha, cuando el abogado se limita a cuestionar las pruebas del adversario

mostrándolas como no concluyentes ni determinantes; y (iii) la defensa por vía de excepciones, cuando el abogado no examina el mérito de los cargos, sino que ataca la acción, los actos o las personas.

En este orden de ideas, continúa, sea cual fuere la línea defensiva, lo cierto es que el abogado no está obligado a elaborar una teoría del caso porque la misma tiene un carácter apenas eventual, pese a que se recomienda hacerlo, como opera en el derecho comparado. A su juicio, la ley no puede impedir al litigante el ejercicio de sus derechos defensivos, pero tampoco puede obligar a hacer teoría del caso o contrainterrogar, “pues ello equivaldría a permitir que el legislador invadiera el campo personalísimo del estilo, del método o del manejo de las técnicas diseñadas (...) por éste para ejecutar su tarea”.

En conclusión, afirma que la expresión acusada más que inconstitucional es innecesaria, superflua y prescindible, porque hubiera bastado decir que “la defensa podrá hacer lo propio”.

5.- Intervención de la Universidad Sergio Arboleda

La Universidad Sergio Arboleda considera que la norma demandada no vulnera ningún precepto constitucional. Comienza por hacer una breve referencia al derecho comparado (Chile, Costa Rica, Paraguay), donde se prevé la intervención discrecional de la defensa, para anotar que en un sistema penal de tendencia acusatoria es coherente que se permita a la defensa presentar o no su teoría del caso.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Corte Constitucional aceptó los impedimentos manifestados por el señor Procurador General de la Nación y por el señor Viceprocurador General de la Nación para emitir concepto dentro del proceso de la referencia, por haber participado en la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). En consecuencia, para hacer el respectivo estudio fue designada la doctora Carmenza Isaza Delgado, quien rindió concepto No. 4633 del 15 de octubre de 2008.

La Vista Fiscal comienza por señalar que, teniendo en cuenta la relación entre el aparte impugnado y el texto restante del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, es necesario hacer la integración normativa para adelantar el examen de constitucionalidad.

Procede luego a explicar que el sistema penal colombiano es de tendencia acusatoria donde se busca, por un lado, la eficacia en la administración de justicia y, por el otro, la garantía de los derechos tanto del implicado como de la víctima. No obstante, apoyada en la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-591 de 2005), recuerda que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial, de manera que las partes no tienen necesariamente los mismos deberes y obligaciones.

En el marco descrito, continúa, “la carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía, que debe con una actividad probatoria desvirtuar la presunción de inocencia,

comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda. La defensa, en cambio, no está obligada a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni tampoco a intervenir activamente en el juicio oral”.

En cuanto a la norma impugnada, el Ministerio Público desestima la violación del derecho a la igualdad porque en su sentir los supuestos a los cuales alude la norma no son comparables. Al respecto, sostiene que la fiscalía y la defensa concurren al proceso desde extremos distintos en procura de sus propios intereses, de forma que la protección de sus derechos procesales puede darse en momentos distintos o en forma diferente. En consecuencia, indica que lo relevante en materia de igualdad es garantizar que ambas partes tendrán la misma protección para la presentación y defensa de sus intereses, tal y como en efecto lo garantiza la norma bajo examen.

En cuanto a las acusaciones por violación del derecho al debido proceso, considera que el demandante se equivoca “al entender que la disposición impugnada exime al apoderado del acusado de su deber de elaborar la teoría del caso para la efectiva defensa de su representado, ya que a lo que se refiere aquella es a la oportunidad procesal para presentarla ante el Juez, disponiendo al respecto que la Fiscalía debe hacerlo en el juicio oral, mientras que la defensa puede hacerlo en esa misma oportunidad; es decir, mientras para la primera se trata de una obligación, para la segunda se trata de una oportunidad”.

A su parecer, esta diferencia se explica en virtud de los principios que rigen el sistema penal colombiano, con tendencia acusatoria, donde la Fiscalía debe probar la responsabilidad del acusado a partir de la teoría del caso, mientras este último no está obligado a demostrar su inocencia ni a participar activamente en el juicio oral. Además, afirma, si la defensa decide presentar pruebas de descargo las mismas podrán ser controvertidas por el fiscal, de manera que, en ciertos casos, el silencio es una herramienta útil en manos de la defensa que no desconoce ningún precepto de orden constitucional. En consecuencia, solicita declarar la exequibilidad del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer el asunto de la referencia, pues se trata de una demanda interpuesta contra una norma que hace parte de una ley de la República.

2.- Asuntos procesales previos

Para poder abordar un análisis de fondo es necesario examinar previamente algunos asuntos de orden procesal. De un lado, la Corte debe determinar si la demanda fue presentada o no en debida forma; de otro, corresponde estudiar si ha operado el fenómeno de cosa juzgada constitucional.

2.1.- La demanda fue presentada en debida forma

Dos intervinientes solicitan a la Corte inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, pues, en su criterio, la misma no satisface los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional. Para el Ministerio del Interior y de Justicia las acusaciones del actor se sustentan en supuestos no previstos en la norma, la cual no prohíbe a la defensa presentar su teoría del caso ni limita su participación en la declaración inicial. Por su parte, la Fiscalía sostiene que la demanda incumple los requisitos de claridad, certeza y especificidad, por cuanto el actor se limita a plantear abstracciones sin un hilo conductor coherente entre el contenido normativo y la argumentación expuesta, además de no ofrecer patrones de análisis de trato frente al cargo por violación del derecho a la igualdad.

Al respecto la Sala advierte que el despacho de la magistrada sustanciadora, mediante auto del dieciséis (16) de junio de 2008, inadmitió la demanda y concedió al ciudadano el término de tres (3) días para que procediera a corregirla. En aquella oportunidad se precisó que la demanda no exponía de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente el concepto de la violación, de modo que no se configuraba al menos un cargo concreto de inconstitucionalidad que reuniera las exigencias mínimas conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia de esta Corporación¹.

Dentro del término legal el ciudadano presentó escrito de corrección en el que subsanó las deficiencias anotadas, ante lo cual el despacho de la magistrada sustanciadora dispuso la admisión de la demanda². En esta misma dirección, la Sala considera que la demanda satisface los requisitos exigidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, conforme a la jurisprudencia constitucional, en concreto con el deber de exponer de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente las razones por las cuales se reprocha la inconstitucionalidad de la expresión acusada. Lo anterior, teniendo como base el principio pro actione, según el cual “el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte”³, más aún cuando se advierte esfuerzo y diligencia del ciudadano en atender los requerimientos para subsanar las falencias iniciales de su demanda.

Para este caso particular, el ciudadano cuestiona que la presentación de la teoría del caso no sea obligatoria para la defensa, lo cual efectivamente se desprende del contenido de la norma acusada y por lo tanto cumple el requisito de certeza. El actor también expresa con precisión y claridad cómo, en su concepto, esa discrecionalidad afecta las garantías del derecho de defensa en el nuevo sistema penal acusatorio, que considera particularmente activo. Así mismo, una lectura integral de la demanda y del escrito de corrección permite comprender que el cargo de igualdad se erige teniendo en cuenta el tratamiento diferencial que la norma establece entre la Fiscalía y la Defensa en lo relativo a la exposición de la teoría del caso en la declaración inicial del juicio oral.

En este orden de ideas, en virtud del principio pro-actione que inspira este tipo de procesos y dado que de la misma se derivan acusaciones precisas de inconstitucionalidad (violación del derecho de defensa y del derecho a la igualdad), la Corte concluye que debe abordar un examen de fondo por cuanto se exponen los elementos de juicio

necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad del precepto objeto de reproche.

2.2.- Inexistencia de cosa juzgada constitucional

Aunque esta eventualidad no fue planteada por los intervinientes ni el Ministerio Público, la Corte estima oportuno explicar por qué no ha operado la cosa juzgada constitucional a pesar de que la norma parcialmente impugnada ya fue objeto de examen por esta Corporación en la Sentencia C-209 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

En aquella oportunidad se demandó, entre otras normas, el artículo 371 (parcial) del Código de Procedimiento Penal⁴. El cargo de inconstitucionalidad planteado versó sobre la presunta violación de los derechos de las víctimas a presentar su teoría del caso en la declaración inicial del juicio oral. La acusación fue reseñada por la Corte en los siguientes términos:

“Finalmente, para el demandante, las mismas disposiciones constitucionales son desconocidas por el artículo 371 de la Ley 906 de 2004 que niega a la víctima la posibilidad de presentar la teoría del caso, por el artículo 378 ibídem que contrae el debate probatorio a las partes, por el artículo 391 que permite interrogatorios cruzados entre estas y por el artículo 395 en virtud del cual sólo las partes y el Ministerio Público pueden oponerse a las preguntas, por cuanto todas estas facultades sí son reconocidas al procesado, mas no a la víctima, quebrantando así el principio de igualdad y afectando la defensa de los intereses de las víctimas”.

El cargo fue desestimado pues la Sala consideró que esa limitación de los derechos de las víctimas estaba justificada en virtud del carácter adversarial del proceso penal. Dijo al respecto:

“De conformidad con lo que establece el artículo 371, en la etapa del juicio oral, el fiscal presentará la teoría del caso, y lo mismo hará la defensa, pero dicho artículo no prevé que la víctima tenga participación alguna en este momento del juicio oral. No obstante, tal como se señaló al rechazar la posibilidad de que la víctima interviniera directamente en la audiencia del juicio oral para controvertir pruebas o interrogar a los testigos, aquí también está justificada la limitación de sus derechos. Dado el carácter adversarial de esta etapa del juicio penal y la necesidad de proteger la igualdad de armas, no puede la víctima participar de manera autónoma y al margen de la actuación del fiscal.

Advierte la Corte que el artículo 443 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que el abogado de las víctimas intervenga para hacer alegatos finales al concluir el juicio. Esta participación del abogado de la víctima no introduce un desbalance en el juicio ni le resta su dinámica adversarial puesto que ella se presenta al final de esta etapa, con miras precisamente a que la voz de las víctimas se escuche antes de concluir esta etapa del proceso”.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declaró la exequibilidad de la norma, pero sólo por el cargo examinado en la sentencia. Resolvió entonces lo siguiente:

“Tercero.- Declarar exequibles en lo demandado y por los cargos analizados en esta

sentencia, los artículos 11, 137, 324, 371, 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004, así como las expresiones “las partes” del artículo 378 y “la parte que no está interrogando o el Ministerio Público”, del artículo 395 de la Ley 906 de 2004”.

Como se observa, el asunto analizado en la sentencia C-209 de 2007 (desconocimiento de los derechos de las víctimas) no guarda relación con las acusaciones de inconstitucionalidad ahora formuladas (violación de las garantías de la defensa y del derecho a la igualdad), de manera que también desde esta perspectiva es procedente un pronunciamiento de fondo.

3.- Presentación del caso y problemas jurídicos a resolver

El ciudadano demandante considera que la expresión “si lo desea, podrá hacer”, del artículo 371 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), debe ser declarada inexecutable por violación de los artículos 1, 2, 5, 13, 29 y 250-4 de la Carta Política. En su concepto, la presentación de la teoría del caso por parte de la defensa constituye la piedra angular y su hoja de ruta en el proceso penal, por lo que debe ser obligatoria y no simplemente potestativa. Afirma que dejar al arbitrio del defensor si expone o no su teoría del caso constituye una laxitud normativa que dificulta una exitosa defensa, pues en el nuevo sistema penal ésta debe ser particularmente activa y dinámica, de modo que el silencio es impensable en un momento tan crucial como la apertura del juicio oral. Además, acusa la violación del derecho a la igualdad por cuanto la norma impone a la Fiscalía la obligación de exponer la teoría del caso, mientras lo deja como una simple posibilidad para el defensor.

Todos los intervinientes consideran que la norma se ajusta a la Constitución, pues la facultad de presentar o no la teoría del caso es una garantía para los intereses del procesado y su defensor y, en ciertos eventos, el silencio constituye una estrategia idónea de defensa según las circunstancias que se presenten en desarrollo de un proceso penal. Conforme a lo anterior, la Corte deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulnera el derecho de defensa, las garantías propias del debido proceso penal y los principios de dignidad humana y efectividad de los derechos, una norma que permite a la defensa no exponer su teoría del caso en la declaración inicial del juicio?

¿Vulnera el derecho a la igualdad una norma que obliga a la Fiscalía a exponer la teoría del caso en la declaración inicial del juicio, mientras lo deja como una potestad para la defensa del acusado?

Para dar respuesta a los interrogantes planteados la Corte comenzará por hacer breve referencia al alcance del derecho a la defensa técnica y del silencio como estrategia defensiva en el marco del proceso penal, para abordar luego el examen específico de los cargos formulados.

4.- La defensa técnica como garantía del derecho al debido proceso en materia penal

4.1.- El artículo 29 de la Constitución reconoce el derecho fundamental al debido proceso, aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. Uno de sus

componentes esenciales es el derecho de defensa, que en líneas generales “consiste en el poder de voluntad de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, solicitar y allegar pruebas, formular e interponer recursos”⁵, entre otras actuaciones.

La defensa adquiere especial trascendencia en el ámbito penal, donde el proceso que se adelanta no sólo debe ser concebido como un medio para castigar, sino que también cumple su finalidad cuando se llega a la absolución una vez agotadas las instancias y el debate probatorio respectivo⁶. Por ello debe ser diseñado de manera que ofrezca al implicado todas las herramientas para el pleno ejercicio de su derecho de contradicción, a fin de demostrar la inexistencia de los hechos imputados o la ausencia de responsabilidad.

En este marco, para controvertir la actividad acusatoria del Estado el ordenamiento prevé dos modalidades de defensa que no son excluyentes sino complementarias. De un lado, la defensa material, “que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades”. De otro, la defensa técnica, “que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes”⁷.

4.2.- Sobre esta última perspectiva de la defensa, el artículo 29 de la Constitución consagra expresamente el derecho a la asistencia jurídica de un abogado en el proceso penal⁸. Así también lo prevén varias normas que se integran a la Carta en virtud del Bloque de Constitucionalidad, particularmente el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, así como el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

La Corte ya ha tenido ocasión de referirse a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, para advertir que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses¹¹. Al respecto ha señalado lo siguiente:

“La doctrina penal distingue entre la defensa material, que corresponde ejercer al sindicado mismo, y la defensa técnica o profesional, que puede ejercer en nombre de aquel un abogado legalmente autorizado para ejercer su profesión, en virtud de designación por parte del sindicado o en virtud de nombramiento oficioso por parte del funcionario judicial respectivo.

La segunda modalidad busca una defensa especializada plena del sindicado, a través de un profesional del Derecho, de quien se presume idónea y que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal tienen dicho rango profesional”¹².

En cuanto a los contornos básicos y la forma como se desarrolla en el proceso penal, ha

dicho que una defensa técnica, sea pública o privada, comprende la especial diligencia del profesional del Derecho, quien debe asumir un compromiso serio y responsable que “no puede limitarse a los aspectos meramente procesales o de trámite, sino que requiere implementar todas aquellas medidas y gestiones necesarias para garantizar que el sindicado ha tenido en su representante alguien apto para demostrar jurídicamente, si es el caso, su inocencia”¹³. En palabras de esta Corporación:

“En el proceso penal, el ejercicio del derecho a la defensa se circunscribe a las facultades que la ley le reconoce a la parte acusada, las cuales se concretan básicamente en la posibilidad de pedir y aportar pruebas, de controvertir aquellas que han sido allegadas al proceso y de impugnar las decisiones adoptadas en el mismo.

La garantía sustancial del derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado por parte del sindicado (defensor de confianza), o bien mediante la asignación de un defensor de oficio nombrado por el Estado, de quienes se exige en todos los casos, en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas al derecho y a la justicia”¹⁴.

En sintonía con lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que tres de las características esenciales del derecho a la defensa técnica son (i) la intangibilidad, (ii) su carácter material y (iii) la permanencia:

“Luego, el derecho a la defensa técnica constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial, sin que pueda quedar al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado e incluso del defensor de confianza, sino que debe ser controlada eficazmente por el director del proceso con el propósito de que dicha asistencia técnica no se quede en el plano meramente formal, sino que se traduzca en actos que la materialicen en el trámite que se cumple, sólo de esta manera se podrá entender el cabal respeto a lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política.

De manera tal, que 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 a sus conocimientos especializados, para que garantice efectivamente sus derechos fundamentales y haga respetar el debido proceso que le otorgan los preceptos, igualmente, de rango constitucional (C-488/96) y sea permanente, esto es, hasta cuando la situación de la persona sea resuelta definitivamente (C-836/02 y C-451/03).

La Corte tiene definido de antaño que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales, debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede

entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones"15. (Resaltado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, es claro que la defensa técnica comprende no sólo una dimensión formal, referida a la existencia de un defensor acreditado, sino real y material, de modo que se desplieguen actos positivos para velar efectivamente por los intereses del procesado.

5.- El silencio como estrategia defensiva

5.1.- Cada abogado es autónomo en el diseño de la defensa de su cliente, para lo cual puede hacer uso de las diferentes herramientas que le brinda el ordenamiento de acuerdo con las circunstancias que presente el caso sometido a su tutela. Así, como bien lo reseña una de los intervinientes, el abogado puede apelar a diversas estrategias metodológicas entre las que se destacan: (i) la defensa directa, donde el abogado plantea una postura con fundamento en la prueba positiva y con base en ella desarrolla sus argumentos de descargo; (ii) la defensa indirecta, donde el abogado cuestiona las pruebas del adversario para desestimar su valor y mostrar la falta de solidez de la acusación, aunque sin aportar nuevos elementos de juicio; (iii) la defensa por excepciones, donde el reproche está centrado en las deficiencias de orden procesal relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso. Dentro de esas estrategias, la pregunta que surge es si existe la posibilidad de apelar al silencio como medio de defensa.

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

Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados".

En la misma dirección, el nuevo código procesal penal señala que el imputado tiene derecho a que el silencio que decida guardar no sea utilizado en su contra (art.8, literal c), lo cual armoniza con las posturas tradicionales del derecho comparado. Por ejemplo, en el derecho norteamericano, desde el caso Griffin v. California, la Corte Suprema

declaró que no es válido que las partes hagan comentarios respecto del silencio del acusado que decide actuar de esta forma, ni que hagan inferencias desfavorables a partir de tal circunstancia¹⁷. Sin embargo, cabe mencionar que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos se ha matizado el alcance de esta prohibición en la legislación antiterrorista¹⁸.

5.3.- En lo que hace referencia a la defensa técnica, el silencio también puede ser interpretado como una estrategia legítima en procura de los intereses del sindicado, por supuesto cuando las circunstancias así lo aconsejen, siempre dentro de los prudentes límites de la razón y con miras a la defensa de los intereses del procesado.

La validez del silencio como estrategia de defensa se explica si se tiene en cuenta que, en virtud del principio de presunción de inocencia, es el Estado quien debe probar no sólo la ocurrencia de un hecho punible sino la responsabilidad del acusado. Así, en ciertas ocasiones es plausible apelar al silencio, cuando éste responde a una táctica previamente ponderada y cuidadosamente examinada por el defensor, más no cuando se refleja como fruto del descuido o la desidia del abogado en la gestión de los intereses de su cliente, lo que desde luego deberá ser examinado en cada caso, pues en este último evento el silencio conlleva la afectación de una garantía de orden ius-fundamental.

5.3.1.- La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado insistentemente que una conducta silente del abogado no representa per se una violación del derecho a la defensa técnica, pues “los defensores cuentan en la materia con un amplio margen de discrecionalidad, con lo cual es necesario demostrar que se presentó una ausencia evidente de la misma”¹⁹. Es por ello por lo que ha reivindicado la necesidad de “evaluar sus precisas consecuencias a partir de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto”²⁰. Así, en reiteradas ocasiones ha declarado que el silencio del abogado no vulnera los derechos del sindicado²¹, aún cuando en otras oportunidades ha concluido que el silencio o la absoluta pasividad del abogado sí configuran una violación del derecho a la defensa técnica real y efectiva²².

5.3.2.- La Corte Suprema de Justicia también ha examinado esta problemática. Ha destacado que una actitud pasiva del defensor no representa en sí misma ninguna irregularidad, “porque la experiencia enseña que un suficiente acopio probatorio convincente puede llevar a asumir esta clase de postura”²³. El silencio y la pasividad, de acuerdo con la Corte Suprema, no son siempre indicativos de vicios que afecten el derecho a la defensa, pues hay casos en los cuales es mejor optar por esa vía y dejar en manos del Estado toda la carga probatoria:

“La actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y éste podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de que las que se pidan perjudican al acusado; o en donde no conviene recurrir dado el acierto indiscutible o la generosidad del fallador. Esos pueden ser también méritos de una buena defensa, y demostración de un comportamiento ético y

serio de un abogado”24.

Para la Corte Suprema de Justicia, el silencio puede ser utilizado a fin de evitar situaciones más gravosas, “como en aquellos eventos en que la acuciosidad defensiva puede contribuir al perfeccionamiento de una investigación en contra de los intereses del procesado, siendo preferible dejarle la iniciativa al Estado”25. También es una opción razonable cuando se trata de un “estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias de su posición jurídica”26.

En contraste, en ciertos eventos la Corte Suprema ha encontrado que el silencio y la pasividad no constituyen un mecanismo defensivo previamente ponderado, sino que responden a la falta de pericia y cuidado del abogado, es decir, “no obedecen a una estrategia sino al completo desinterés del abogado que cree cumplir con su deber”27.

5.3.3.- En el derecho comparado también se acepta la posibilidad de recurrir al silencio como expresión de la defensa técnica. Para el caso italiano, por ejemplo, hace algún tiempo se discutió el tema cuando algunos acusados de delitos de terrorismo se negaron a aceptar defensores de oficio y a que estos ejercieran una defensa activa ante los tribunales, por considerar que eran expresión del régimen político al cual se oponían28. En tales casos, de acuerdo con la doctrina, “no puede decirse por ello que no ha existido defensa; sólo se puede decir que tal situación representa un particular modo de comportarse (negativo) de la parte con relación al derecho hecho valer”29.

La doctrina española también ha analizado esta problemática. Al respecto el profesor Alex Carocca Pérez considera que “muy importante para la debida conceptualización de la defensa como garantía constitucional, es advertir que lo que realmente confiere es la ‘posibilidad’ de intervenir en los procesos cuya resolución puede afectar a una persona, pero nunca le impone la ‘obligación’ de hacerlo”30. Sostiene que antes de la alegación y el reclamo probatorio, el silencio constituye la primera opción de defensa para el litigante. Por ello, concluye el profesor, en el proceso penal no sólo el acusado en ejercicio de su defensa material, sino “también el defensor profesional [defensa técnica], aunque seguramente no será lo usual, puede decidir no hacer nada como legítima actitud de tutela de los intereses de su defendido”31.

5.4.- En suma, considera la Corte que, en algunos eventos y de acuerdo con las circunstancias que plantee un caso, el silencio puede ser utilizado como verdadera expresión del derecho a la defensa técnica. Sin embargo, es preciso entender que una cosa es el silencio como estrategia diseñada de manera reflexiva y otra bien distinta el silencio como consecuencia de la negligencia en el cumplimiento de los deberes del abogado defensor, que por lo mismo se traduce en la violación de una garantía constitucional.

6.- La defensa técnica y el silencio en el proceso penal colombiano

6.1.- Como es sabido, el Acto Legislativo No. 3 de 2002 instituyó en Colombia el sistema penal de tendencia acusatoria, desarrollado posteriormente mediante las Leyes 906 de 2004 y 1142 de 2007, entre otras. La estructura general del proceso ha sido explicada por

la Corte en los siguientes términos:

Según el artículo 250-4 de la Carta, a la Fiscalía corresponde presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, “con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”. De esta forma, el Constituyente mantuvo la distinción entre la fase de investigación y la de juzgamiento, dando especial preponderancia a esta última, al convertirla en “el centro de gravedad del proceso penal”³³. Bajo tal esquema, que corresponde a un sistema de partes en un proceso adversarial modulado con tendencia acusatoria, con un rol activo de cada una de ellas,

“el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado”³⁴.

El giro en la concepción del proceso penal ha significado también un redireccionamiento del rol que desempeñan cada una de las partes, en especial la Fiscalía -como ente acusador que representa al Estado- y el imputado o acusado -contra quien se dirige la acción punitiva de aquél-. Es así como la defensa técnica debe cumplir un papel mucho más dinámico en la gestión de los intereses del sindicado, que no sólo se proyecta significativamente en las gestiones probatorias sino que también se refleja en el desarrollo del juicio oral. Sobre el particular la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia”³⁵. (Resaltado fuera de texto).

Siguiendo la misma línea, en la Sentencia C-186 de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla, la Corte reivindicó el nuevo papel del abogado defensor en el proceso penal de tendencia acusatoria³⁶. Dijo entonces:

“En ese escenario la labor del defensor también sufre transformación, aunque conserva su rol tradicional de asistir personalmente al imputado desde su captura, interponer recursos, interrogar y contra interrogar testigos y peritos en audiencia pública, sin perjuicio de las garantías establecidas directamente en favor del imputado por la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Ese cambio consiste en que en el nuevo sistema la defensa goza del derecho de controvertir los elementos de prueba presentados por la parte acusadora en contra del imputado y, con tal fin, puede acceder a la evidencia, recolectar información y acudir, si es necesario, a los medios técnicos de que disponga el Estado, si carece de recursos económicos o ante la inexistencia de alternativa.

Dicha facultad confirma, en el nuevo sistema penal acusatorio, el carácter general y universal del derecho de defensa, que surge desde que se tiene conocimiento de que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando éste finalice; incluida la ejecución de la pena o la medida de seguridad, si a ella hubiere lugar.³⁷

Los aspectos anteriormente reseñados permiten considerar que con la reforma en comento se adoptó un esquema con características especiales y propias, que no corresponde estrictamente al típico proceso adversarial entre dos partes, acusador y defensa (C-591/05), pues también intervienen otros sujetos (víctima, Ministerio Público) y el Juez, quien no puede ser simplemente el árbitro frente a un litigio, siendo ante todo guardián de la legalidad en sentido amplio y de los derechos fundamentales, particularmente de las víctimas y del imputado, con miras a la realización de la justicia material". (Resaltado fuera de texto).

Desde esa perspectiva, el derecho a la defensa técnica en el proceso penal colombiano, de tendencia acusatoria y adversarial, exige una acuciosa labor de la defensa técnica, tanto para desentrañar la verdad como para velar por los intereses del sindicado. En este escenario es preciso indagar hasta qué punto el silencio es una alternativa válida de defensa.

6.2.- Como el proceso penal se erige sobre la base del principio de presunción de inocencia, corresponde al Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, demostrar, en el marco de un proceso adversativo modulado donde el epicentro del debate es el juicio oral, la ocurrencia de un hecho delictivo y la responsabilidad del sindicado. Por ello, en ocasiones resultará plausible que se acuda al silencio como estrategia defensiva, pues el Estado mantendrá la carga probatoria (onus probandi) y el deber de desvirtuar la presunción de inocencia.

Sin embargo, una conducta silente en algunas etapas no puede confundirse con una actitud pasiva a lo largo de todo el proceso, pues la inactividad y el mutismo del abogado pueden resultar problemáticos o perjudiciales a la hora de dar efectividad real o material al derecho de defensa técnica como garantía irrenunciable del sindicado. 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 desarrollo del juicio.

En sintonía con la jurisprudencia constitucional, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que para el cumplimiento de los deberes y atribuciones especiales de la defensa (art. 125 de la Ley 906 de 2004), aún cuando el abogado "goza de autonomía científica, amplitud de investigación y libertad de expresión", el modelo colombiano de enjuiciamiento "impone a la defensa una actitud pro activa y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función"³⁸. Por esto, la Corte

no ha vacilado en declarar la nulidad de aquellos asuntos en los cuales la gestión del abogado es absolutamente pasiva en detrimento de los intereses del sindicato.

Con estas precisiones conceptuales, lo procedente ahora es analizar la constitucionalidad de la norma parcialmente acusada.

7.- El silencio de la defensa en la declaración inicial del juicio. Constitucionalidad de la expresión impugnada

7.1.- El artículo 371 del Código de Procedimiento Penal dispone que en la declaración inicial del juicio oral, antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía debe presentar su teoría del caso y la defensa, "si lo desea, podrá hacer lo propio".

Como ya ha sido reseñado, para el demandante la presentación de la teoría del caso por parte de la defensa debe ser obligatoria, pues de lo contrario no se garantizan de manera real y cierta los intereses del sindicato. Además, considera que la norma viola el derecho a la igualdad porque impone a la Fiscalía la obligación de exponer su teoría del caso, mientras lo deja como una simple facultad para el abogado defensor.

7.2.- En la última fase del proceso se hacen más palpables los rasgos adversariales del sistema penal, donde el juicio "gira sobre tres ejes fundamentales: la presentación de la teoría del caso por las partes, la práctica de las pruebas previamente decretadas por el juez, y la exposición de los alegatos por las partes e intervinientes"³⁹.

La llamada teoría del caso no es más que la formulación de la hipótesis que cada parte pretende sea acogida y aceptada por el juez en la sentencia, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que se han acopiado y habrán de presentarse y valorarse en la etapa del juicio. De acuerdo con la doctrina, la teoría del caso "está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda leer toda la actividad probatoria"⁴⁰. En otras palabras, es la "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"⁴¹.

La teoría del caso responde en buena medida a la metodología y el plan de trabajo diseñado por las partes de cara al proceso, donde por su dialéctica "va y viene varias veces a lo largo de las etapas previas al juicio oral, alterándose en la medida en que nuestro conocimiento del caso se va modificando"⁴². En consecuencia, cuando se llega a esta etapa del proceso, la declaración inicial o el alegato de apertura constituye la primera oportunidad para que tanto la Fiscalía como la Defensa expongan ante el juez cuál va a ser su posición con miras a demostrar la responsabilidad o inocencia del sindicato.

7.3.- En cuanto tiene que ver con la Fiscalía, la Corte considera que la exposición de la teoría del caso resulta imprescindible si se tiene en cuenta el rol que cumple dentro del sistema penal, donde tiene "la función de actuar eminentemente como ente de acusación"⁴³. Dado que una de las tareas constitucionales asignadas a la Fiscalía es la de presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, "con el fin de dar inicio

a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” (CP. art.250-4), es necesario que al comienzo del juicio el ente acusador exponga la teoría del caso con la cual pretenderá persuadir al juez sobre la responsabilidad del sindicado.

No obstante, en cuanto tiene que ver con el sindicado y su defensa, el principio de presunción de inocencia lo sitúa en un plano diferente que le permite guardar silencio y no exponer su teoría del caso, al menos en ese momento procesal. La facultad que le brinda la norma acusada, lejos de ser vista como una restricción del derecho a la defensa o del debido proceso en el juicio oral (CP art. 29 y 250-4), debe ser interpretada como una garantía adicional para el sindicado, que le permite conocer de antemano la hipótesis de trabajo de su contraparte y, de ser necesario, reconfigurar su postura defensiva sin que por ello se vea afectada su credibilidad, como sí ocurriría cuando ya ha hecho expresa su hipótesis pero luego decide replantearla teniendo en cuenta la dinámica del proceso y el desarrollo probatorio durante el juicio. En este punto es preciso recordar que “cada promesa hecha en el alegato de apertura e incumplida en la prueba va a ser cobrada por el tribunal en moneda de credibilidad”⁴⁴, de manera que en ocasiones el silencio durante la declaración inicial puede convertirse en una mejor estrategia defensiva. No en vano se ha dicho que los silencios no prestan testimonio contra sí mismos (Aldous Huxley), o que a veces es mejor una silenciosa prudencia a una tonta locuacidad (Cicerón).

La Sala comparte plenamente la postura de los intervinientes y del Ministerio Público, en cuanto consideran que la facultad de presentar o no la teoría del caso es una garantía para los intereses del procesado y su defensor, y en ciertos eventos una estrategia idónea defensa según las circunstancias que se presenten en desarrollo de un proceso penal.

Así pues, para la Corte no existe fundamento constitucional que, desde el punto de vista del derecho de defensa y las garantías del debido proceso, haga imperativo que la defensa exponga su teoría del caso en la declaración inicial del juicio. Más aún cuando en ese momento procesal el silencio no necesariamente implica consecuencias adversas al sindicado, sino que, por el contrario, aunque en forma excepcional y dependiendo de las circunstancias del caso, puede reportarle algunos beneficios. Ello, además, en nada afecta los principios de dignidad humana ni de efectividad de los derechos (CP art. 1 y 2), pues se mantiene inalterado el reconocimiento del sindicado como titular de derechos fundamentales en el proceso penal y la obligación del Estado de garantizarlos a lo largo de todas las instancias del mismo.

7.4.- Las consideraciones precedentes también llevan a concluir que el cargo por violación del derecho a la igualdad debe ser desestimado, puesto que los destinatarios de la norma, el Fiscal y la Defensa, se hallan en una situación jurídica diferente que justifica un tratamiento también disímil. En efecto, fiscal y defensor cumplen roles específicos y diferentes en el proceso penal, ya que mientras al primero corresponde dirigir la acusación en el juicio y probar la responsabilidad del sindicado, al segundo compete procurar por los intereses de su cliente.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido insistente en explicar que la igualdad en el

proceso penal no se concibe desde la óptica tradicional, de modo que lo que se exige no es un tratamiento análogo o simétrico entre la Fiscalía y la Defensa, sino la existencia de “igualdad de armas” para enfrentar con las mismas posibilidades de éxito las diferentes etapas del proceso. Al respecto, por ejemplo, en la sentencia C-118 de 2008, Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte explicó lo siguiente⁴⁵:

“En este sentido, la igualdad de oportunidades en el proceso penal parte de una concepción del derecho a la igualdad distinta a la regla general que predica la “igualdad para los iguales y la desigualdad para los desiguales”, puesto que, de hecho, se parte del supuesto de que el acusador y el acusado no se encuentran en las mismas condiciones frente al proceso penal. Aquí, entonces, se concibe la garantía del derecho a la igualdad de armas como una garantía de equiparación entre dos sujetos diferentes que pueden presentar desequilibrios en los medios de que disponen para acudir a la administración de justicia a sustentar sus argumentos y defender sus intereses, por lo que se impone a las autoridades públicas y, en especial, a las que administran justicia el deber de promover el debate procesal en condiciones de igualdad en el ejercicio del derecho de contradicción entre la acusación y la defensa”. (Resaltado fuera de texto).

En esa providencia la Corte aclaró que el principio de igualdad de armas no supone absoluta igualdad de trato entre los intervinientes del proceso penal, pues de lo contrario se anularía la discrecionalidad del Legislador para regular el derecho. Lo verdaderamente relevante es que, en un análisis integral del procedimiento, las partes cuenten con las herramientas suficientes, idóneas y eficaces para ejercer sus derechos y debatir sus posiciones ante la administración de justicia. Dijo entonces:

“Sin embargo, 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 que, como se vio en precedencia, corresponde libremente al legislador dentro del marco constitucional. En efecto, en aras de proteger la igualdad de oportunidades en el proceso penal no podría pretenderse que los intervinientes y todos los sujetos procesales tengan idénticas condiciones sustanciales y procesales para ejercer sus derechos, puesto que ello conduciría a la uniformidad de los procedimientos y a la anulación de la discrecionalidad del legislador para configurar el derecho.

(...)

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 del todo el procedimiento, pues lo que parecería ser una medida adoptada en detrimento del interés de una de las partes puede resultar favorable si se analiza en su conjunto. Luego, se concluye que el principio de igualdad de armas para el acusado y el acusador supone un análisis de contexto del proceso penal”.

Así las cosas, teniendo en cuenta el papel acusador que cumple la Fiscalía, es razonable que el Legislador le haya exigido presentar la teoría del caso desde la declaración inicial del juicio, pues tiene el deber de desvirtuar la presunción de inocencia y demostrar de

manera coherente la responsabilidad del sindicado. Sin embargo, como ya se explicó, la situación de la defensa es bien diferente porque no tiene la carga de demostrar la inocencia del sindicado en virtud del principio constitucional que hace presumirla.

En ese panorama, bien puede la Defensa hacer lo propio y exponer la teoría del caso anticipando su estrategia desde la declaración inicial del juicio; pero también es legítimo -y constitucionalmente válido- que se le permita optar por el silencio para que exponga sus hipótesis posteriormente, de acuerdo con el devenir procesal y el descubrimiento probatorio. De esta manera, la posición jurídica en que se encuentran las partes, justifica el tratamiento diferencial previsto en la norma ahora impugnada.

Con todo, aún cuando el silencio es una estrategia plausible en este específico momento procesal, ello no significa que el abogado no tenga la obligación de ejercer una defensa activa y dinámica durante las demás instancias del proceso, pues tiene otros deberes en relación con la defensa de su cliente, de modo que una conducta absolutamente pasiva podría dar lugar no sólo a la nulidad del proceso por falta de defensa técnica, sino a la imposición de las sanciones a que hubiere lugar en caso de incumplimiento de los deberes como abogado.

7.5.- Las consideraciones expuestas llevan a la Corte a concluir que la expresión “si lo desea, podrá hacer”, del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, no desconoce los artículos 1, 2, 5, 13, 29 y 250-4 de la Carta Política. En consecuencia, se declarará su exequibilidad.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento Aceptado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, MP. Manuel José Cepeda. En el mismo sentido ver, entre otras, las Sentencias C-236 de 1997, C-447 y C-542 de 1997, C-519 de 1998, C-986 de 1999, C-013 de 2000, C-1052, C-1256 de 2001, C-1294 de 2001, C-918 de 2002, C-389 de 2002, C-1200 de 2003, C-229 de 2003, C-048 de 2004, C-569 de 2004, C-1236 de 2005, C-1260 de 2005, C-180 de 2006, C-721 de 2006, C-402 de 2007 y C-666 de 2007.

2 Cfr. Folios 25 a 31 y 33 a 35 del expediente.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2008, MP. Mauricio González Cuervo. Ver también las Sentencias C-451 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-480 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño y C-1052 de 2001, MP. Manuel José Cepeda, entre otras.

4 “Artículo 371. Declaración inicial. Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio.

Al proceder a la práctica de las pruebas se observará el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el capítulo siguiente de este código”. (Se subraya el aparte entonces demandado)

5 Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araújo Rentería.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-782 de 2005, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Eduardo M. Jauchen, Derechos del imputado. Buenos Aires, Editorial Rubinzal - Culzoni, 2005, p.154-155.

8 “Artículo 29.- (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

9 “Artículo 14.- (...) Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

10 “Artículo 8.2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

11 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-592 de 1993, C-069 de 1996, C-025 de 1998, T-601 de 2001, C-152 de 2004, T-028 de 2005 y C-425 de 2008, entre muchas otras.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araújo Rentería.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-106 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido ver las Sentencias T-066 y T-068 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil, así como la Sentencia T-962 de 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 19 de octubre de 2006, MP. Javier Zapata Ortiz, Exp.22432.

16 En la Sentencia C-621 de 1998, al examinar una norma del código procesal penal entonces vigente, esta Corporación precisó que “con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso”. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-426 de 1997, C-1287 de 2001 y C-102 de 2005, entre otras.

17 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, 380 U.S. 609 (1965).

18 Cfr., TEDH, asuntos John Murray vs. Reino Unido (febrero 8 de 1996), Averill vs. Reino

Unido (junio 6 de 2000) y Mc Guinness vs. Irlanda (diciembre 21 de 2000).

19 Corte Constitucional, Sentencia T-028 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-106 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil.

21 Cfr., Corte Constitucional, T-028 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-066, T-068 y T-106 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil, T-962 de 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

22 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-654 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-776 de 1998, MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-737 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

23 CSJ, Sala de Casación Penal, exp. 12909, Sentencia del 6 de octubre de 1999, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Yesid Ramírez Bastidas.

24 CSJ, Sala de Casación Penal, Exp. 13.029, Sentencia del 11 de agosto de 1998, MP. Ricardo Calvete Rangel.

25 CSJ, Sala de Casación Penal, Exp. 14138, Sentencia del 24 de octubre de 2002, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

26 CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de marzo de 1996, MP. Carlos Mejía Escobar.

27 CSJ, Sala de Casación Penal, Exp. 22305, Sentencia del 27 de octubre de 2004, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Ver también: CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de Septiembre de 1998, Radicación No. 10771, MP. Fernando Arboleda Ripoll.

28 Cfr., Guiseppe Ricci, Autodifesa dell'imputato e Costituzione. En: Processo Penale e Modelli di Partecipazione, Jovene Editore, Nápoles, 1977.

29 Nicola Carulli, Il diritto di difesa dell'imputato. Nápoles, 1967, p.55.

30 Alex Carocca Pérez, Garantía Constitucional de la Defensa. Barcelona, Bosch, 1997, p.190.

31 Alex Carocca Pérez, Garantía Constitucional de la Defensa. Barcelona, Bosch, 1997, p.194.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

34 Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

36 La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma que impide a las entidades públicas y privadas oponer la reserva a la defensa en su función de recaudo probatorio, siempre y cuando así lo haya avalado el juez de control de garantías.

37 Corte Constitucional, Sentencia C-799 de 2005, MP. Jaime Araújo Rentería.

38 CSJ, Sala de Casación Penal, exp. 26827, Sentencia del 11 de julio de 2008, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

39 Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño.

40 Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba. Lima, Editorial Alternativa, 2005, p. 90 y ss.

41 Ídem.

42 Ídem.

43 Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba. Lima, Editorial Alternativa, 2005, p.304.

45 La Corte declaró exequible la norma del código de procedimiento penal que reserva a la Fiscalía la facultad de solicitar la preclusión de la investigación.