

INVESTIGACION E INDAGACION – Facultades de la defensa

Número de radicado	:	35432
Fecha	:	01/12/2010
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

«Conocido que los jueces de control de garantías, desde su misma consagración de principalística legal, tienen como función no solo, a pesar de lo afirmado por la señora jueza de control de garantías, servir de límite o acotación al poder estatal representado por la Fiscalía, sino que se les encomienda la protección de los derechos de todos los intervinientes en el proceso; y si además se tiene claro que ese trámite consagrado en la ley 906 de 2004, demanda de las partes en contienda, Fiscalía y defensa, adelantar su particular tarea investigativa, luego de que se ha abierto formalmente el proceso por virtud de la formulación de imputación (e incluso antes, como ya lo han dejado suficientemente establecido esta Corporación y la Corte Constitucional), mal puede afirmarse que no corresponde a un asunto propio del mismo aquel encaminado a permitir de la defensa allegar los elementos de juicio necesarios para adelantar su labor.

No sobra recordar que cuando se habla del principio de igualdad de armas y su protección, necesariamente se alude a esa función de limitar la actividad estatal a la que hace referencia la señora jueza de control de garantías, en tanto, por estimarse que el Estado posee los medios y capacidad logística suficientes para adelantar la tarea encaminada a acusar, el principio en mención busca igualar a la defensa, ofreciéndole medidas positivas, precisamente esas que debe vigilar y hacer cumplir el juez de control de garantías.

Respecto de esa función básica del juez de control de garantías, el inciso primero del artículo 4º de la ley 906 de 2004, consagra:

"Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta."

A su vez, el artículo 8º establece que en desarrollo de la actuación, el imputado tendrá derecho "*en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal*" en lo que aplica a las distintas prerrogativas sustanciales y procesales allí consagrados.

Y el artículo 10º, inciso primero, señala que:

"La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial"

También, el artículo 124 preceptúa:

"Derechos y facultades. *La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado".*

De igual manera, referente a los deberes de los servidores judiciales, el artículo 138, numeral 2°, establece el de:

"Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso"

A su vez, el artículo 139, rotulado "deberes específicos de los jueces... en relación con el proceso penal", señala en su numeral 5° el de:

"Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables".

Por lo demás, basta verificar lo consignado en la Ley 906 de 2004, acerca de las audiencias preliminares que se celebran ante el juez de control de garantías, para advertir que de ellas no se hace una referencia tajante, en forma de *numerus clausus*, sino que se recurre a la técnica de *numerus apertus*.

Específicamente, el artículo 154 trae un listado de diligencias que se practican en audiencia preliminar y en su numeral 9°, expresamente señala que también se tramitan *"las que resuelvan asuntos similares a los anteriores"*.

Entonces, si en los ocho numerales de la norma anterior se registran propios de ese diligenciamiento aspectos tales como la práctica de prueba anticipada y la decisión que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos (incluso, así se demuestra que la función del juez de control de garantía no puede ser solo la de limitar el poder del Estado), parece evidente que un aspecto análogo a los anotados, como quiera que hace parte del procedimiento regulado en la ley 906 de 2004 - que elimina la judicialización de la tarea investigativa anteriormente en manos del fiscal conforme a la preceptiva de la ley 600 de 2000, para remitirla directamente a las partes-, esto es, la posibilidad de que se permita a la defensa allegar los elementos de juicio necesarios para sustentar su

teoría del caso, se matricula dentro de lo consagrado en ese numeral 9° citado.

Además, ya la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tópico de la igualdad de armas y la forma de hacerla efectiva a favor de la defensa cuando se limitan sus posibilidades investigativas, de la siguiente forma:

"Para la Corte, también era posible que la Jueza de conocimiento incidiera de manera más profunda en la posibilidad de practicar el examen a los procesados y allegar el correspondiente informe, sin que ello implique abandonar su rol de funcionario imparcial, ni mucho menos, incidir oficiosamente en el decreto o práctica de pruebas, como de consuno lo predicaron la fiscalía y el Ministerio Público durante al audiencia de sustentación del recurso de casación.

"Todo lo contrario, si se estimase que el juez opera como tercero imparcial encargado de velar porque las reglas de juego se cumplan, esa condición de garantía que se le atribuye debería conducir a que, observado cómo el principio de igualdad de armas empieza a desnaturalizarse dada la negligencia estatal, se equilibren las cargas, para lo cual debe interponer sus buenos oficios en aras de que oportunamente se practique el examen solicitado por la defensa, necesario en el sustento de su teoría del caso, así como posee la facultad para obtener que los testigos legos y expertos comparezcan a la audiencia de juicio oral, por la vía de la conducción consagrada en los artículos 384 y 412 de la Ley 906 de 2004.

"En este sentido, debe precisarse que la condición de imparcialidad o neutralidad del funcionario no implica absoluta pasividad, pues, en casos como el examinado esa omisión conduce a que se vulnere el principio de igualdad de armas, precisamente uno de aquellos que se le obliga proteger y garantizar al juez de conocimiento.

"Porque, siguiendo la tesis propuesta por el Ministerio Público, si no contase la defensa con ningún examen médico y siguiese insistiendo en la audiencia preparatoria respecto a la necesidad del examen, de no contar con el concurso del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dada la negligencia de sus funcionarios, el proceso caería en un punto muerto si no interviene diligentemente el funcionario judicial para ordenar esa actividad necesaria.

"Y no es, como reseña la Fiscalía, que se haga recaer en el juez la tarea de practicar la prueba, o mejor, adelantar la tarea investigativa propia de la defensa, sino de facultar que la actividad, dadas las condiciones de esa parte y su poca o nula posibilidad de conminación frente a los funcionarios encargados de materializarla, se efectivice en garantía del derecho de defensa y el principio de igualdad.

"Es ello, cabe agregar, apenas consecuencia de la obligación impartida a los funcionarios judiciales en el artículo 4° de la Ley 906 de 2004, en punto de

propender por la igualdad de los intervinientes, en especial de aquellos que se encuentran en debilidad manifiesta (económica, para el caso que nos ocupa).

"O, en seguimiento de lo establecido en el artículo 10 ibídem, cuyo inciso primero señala: "La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial."

El apartado que se transcribe, huelga resaltar, autoriza al juez de conocimiento para que en aras de hacer efectiva la igualdad de armas intime a los funcionarios públicos a permitir de la defensa hacerse de los exámenes e informes convenientes para su teoría del caso.

Y ello ocurre, sobra agregar, porque la necesidad de protección en cita se presentó durante la fase enjuiciatoria.

Pero, desde luego, nada obsta para que el juez de control de garantías, con base en los mismos presupuestos y respecto de un objeto similar garantice esa igualdad de armas cuando de la etapa investigativa del proceso se trata.

Tal aspecto, incluso, recibe plena ratificación constitucional en la sentencia C-536 de 2008, donde claramente se reseñan las facultades de la defensa dentro del principio de igualdad de armas y se atribuye expresa y directamente al juez de control de garantías la obligación de vigilar y propender porque ese derecho se materialice, ora durante la investigación, ya dentro de la indagación preliminar.

Incluso, la Corte Constitucional entrega al juez de control de garantías facultades que no se encuentran consignadas directamente en la Ley 906 de 2004, en el entendido que es el funcionario llamado expresamente a proteger los derechos de quienes intervienen en el proceso penal. Así, a título apenas ejemplificativo, se le otorga la potestad de certificar la existencia de una investigación o proceso penal en contra de determinada persona, para que así pueda la defensa recaudar elemento probatorio o evidencia física, o pedir el auxilio del Instituto de Medicina Legal y ciencias Forenses, en aras de examinar esos elementos materiales probatorios o evidencia física.

En concreto, esto señaló la alta Corporación en la jurisprudencia citada:

"De las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que dada la finalidad constitucional del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, el cual busca mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, la defensa debe estar en posibilidad de ejercer las facultades que le han sido otorgadas por la misma ley para el recaudo, solicitud y contradicción de pruebas, tanto en la etapa de

investigación como en la etapa de juicio, y ello sin ninguna limitante por parte de su contraparte, esto es, del ente acusador, sino con las limitantes propias del Estado de Derecho respecto de la afectación de terceros y la afectación de derechos fundamentales, control que le corresponde ejercer a un juez de la República, en la etapa de investigación al juez de control de garantías y en la etapa de juicio al juez de conocimiento.

"Así mismo, concluye esta Sala que el principio de igualdad de armas tiene aplicación también en relación con la posibilidad para el imputado y su defensa de escoger la entidad de carácter técnico científico que deba conceputar respecto del material probatorio recaudado por el imputado y su defensor durante la etapa de investigación, y no estar sujeto a una entidad que depende de su contraparte, esto es, del ente acusador.

(...)

"Para efectos del presente estudio de constitucionalidad es especialmente relevante el tema de la actividad probatoria del imputado dentro de la investigación previa, respecto de lo cual esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, y con ello la igualdad de armas, en relación con la actividad probatoria que se desarrolla dentro de la etapa preliminar por parte del imputado y su defensor.

"En este orden de ideas, esta Corte en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la importancia de garantizar el derecho de defensa del imputado en general y específicamente durante la etapa de investigación previa en relación con el material probatorio a ser recabado. En este sentido esta Corporación ha sostenido que la investigación previa es una etapa preprocesal en donde el Estado debe determinar si una conducta ha ocurrido, si está tipificada en la ley penal, si se configura una causal de ausencia de responsabilidad y si la acción penal es procedente, así como la identificación del autor o autores del hecho, etapa durante la cual, dentro del marco del actual sistema acusatorio, no sólo el ente acusador sino también el imputado y la defensa tienen el derecho y la facultad de recaudar el material probatorio que permitan esclarecer estos interrogantes penales. Por las razones anteriores, la etapa de investigación previa reviste especial importancia tanto para el sistema punitivo como para el imputado, razón por la cual durante esta etapa debe protegerse y garantizarse plenamente el derecho de defensa y sus principios, entre ellos la igualdad de armas.

(...)

"Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control

de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

(...)

“Ahora bien, en aras de garantizar los derechos fundamentales del imputado o su defensor dentro de la etapa de investigación dentro del proceso penal y en materia probatoria, esta Sala considera que no puede ser en forma exclusiva la Fiscalía quien tenga la facultad de otorgar la constancia de que trata la disposición sub examine, por cuanto como ya se anotó, al ser la Fiscalía la contraparte dentro del proceso penal y al ser el otorgamiento de la constancia sobre la calidad de imputado o defensor una facultad exclusiva de esta autoridad, se vulnera la igualdad de armas y el equilibrio entre las partes dentro del proceso penal, y de contera el derecho de defensa. Por esta razón, la Sala encuentra que en armonía con el principio constitucional de igualdad de armas y el derecho de defensa, la constancia en cuestión debe poder ser expedida por cualquier autoridad que pueda dar fé, expedir constancia o certificar la calidad de imputado o defensor de que trata la norma. Así el imputado o defensor, deben poder obtener dicha constancia del juez de control de garantías, del mismo fiscal, si así lo deciden libremente y lo consideran conveniente, o de otras autoridades, como por ejemplo, de la Defensoría.

“En este sentido, dentro del marco constitucional expuesto en la parte considerativa de este aparte y en armonía con el paradigma penal acusatorio estudiado, considera la Corte que en aras de preservar el principio de igualdad y al mismo tiempo los derechos fundamentales que puedan resultar afectados a raíz de la actividad probatoria del imputado o su defensor, se encuentra ajustada a la constitución la exigencia de constancia respecto de la calidad de imputado o defensor, pero que al mismo tiempo pueden ser varias las autoridades competentes, desde el punto de vista constitucional, para emitir la constancia de que trata la segunda parte del artículo 268 de la Ley 906 del 2004, ya que no puede ser sólo el Fiscal, en forma exclusiva, el que en su calidad de contraparte del imputado y su defensor, tenga la competencia para expedir dicha constancia. Así pueden expedir tal constancia, a título de ejemplo, el juez de control de garantías, a quien por lo demás el Constituyente derivado le ha confiado la guarda de los derechos y las libertades dentro de la etapa de investigación durante el proceso penal, o también la Defensoría, quien puede expedir constancia tanto respecto de sus defensores públicos o de oficio, como también respecto de los defensores de los imputados o del propio imputado, o cualquier otra autoridad competente para ello, o también la misma Fiscalía”.

Entonces, si ya no cabe duda de que al juez de control de garantías le compete directamente velar por la materialización del principio de igualdad de armas en la etapa previa y la fase investigativa del proceso; y si además se ha dejado especificado que las funciones del funcionario en cuestión no se limitan a aquellas audiencias o diligencias expresamente consagradas en

la Ley 906 de 2004, deviene necesaria conclusión la absoluta competencia de los jueces de control de garantías para intimar de los funcionarios públicos permitan a la defensa realizar sin cortapisas diferentes a las que imponen la Constitución y la ley, su tarea de recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e informes.

Y, si no se discute que el juez de control de garantías tiene el deber, en caso de así solicitarlo la defensa o el procesado, de certificar que en contra de este último se adelanta una investigación penal, no se entiende por qué, dentro de ese mismo objeto funcional, que tiene como teleología la protección del principio de igualdad de armas, no puede ordenar a los funcionarios públicos que permitan o faciliten la tarea legítima del profesional del derecho.

Acorde con lo anotado, para la Corte no admite hesitación, que la función del juez de control de garantías es propia del objeto que fuera materia de solicitud de la defensa, razón por la cual, para que quede claro, esa jurisdicción posee plena competencia funcional para pronunciarse de fondo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 273

Número de radicado	:	39602
Fecha	:	12/09/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] cabe destacar, el período instructivo o de investigación también opera respecto de la defensa, en cuanto contraparte del ente acusador, pues, precisamente una de las finalidades trascendentes de la formulación de imputación consiste en informar al hasta ese momento indiciado y su representación legal para el proceso, de la vinculación por la presunta comisión de un delito que allí se detalla en sus aristas fáctica y jurídica, a efectos de que adelante su particular tarea de recolección de evidencias o contrastación de las recogidas por la Fiscalía.

Cuando se llega a la audiencia de formulación de acusación, entonces, lo sistemático es que ambas partes posean ese material probatorio que les permitirá hacer valer en las etapas subsiguientes su teoría del caso.

Y, si la defensa considera que el tiempo discurrido entre la formulación de acusación y la presentación del escrito de acusación es insuficiente para adelantar esa posibilidad de recopilación de evidencias, perfectamente puede solicitar las prórrogas que sean necesarias, conforme lo dispone de manera general el artículo 158 de la Ley 906 de 2004, y particularmente como derecho de la defensa, el numeral 2° del artículo 125 ibídem.

Ahora, respecto de las tareas concretas que en aras de recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física, informes o entrevistas, ha de adelantar la defensa, la normatividad procesal consagra derechos específicos, dentro de los cuales se destacan la posibilidad de acudir ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para efectos de que sus peritos, de manera gratuita, realicen las experticias necesarias, conforme lo establecido en el inciso primero del artículo 204 de la Ley 906 de 2004, en cuanto reza:

“Órgano técnico científico. *El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, prestará auxilio y apoyo técnico científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación y los organismos con funciones de policía judicial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.”*

En este mismo sentido, el Capítulo VI de la Ley 906 de 2004, bajo el rótulo *“Facultades de la defensa en la investigación”*, referencia todo el catálogo de actividades investigativas permitidas desarrollar al imputado y al profesional del derecho que lo asiste, entre otras, conforme el artículo 268 *“...buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de éste, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo”*; o, según el artículo 271 *“...entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa”*; o también, de acuerdo al artículo 272 *“...solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación.”*

Evidentes las facultades que la ley otorga a la parte defensiva para ejecutar adecuadamente su tarea investigativa y de recopilación de evidencias, no puede entonces señalar el apelante que corresponde al juez de conocimiento –o Sala, para lo que aquí interesa- allegar certificaciones o documentos interesantes a su causa.

Y, si la defensa advierte que esa tarea resulta difícil o engorrosa, cabe señalar que en procura de hacer material y efectivo el principio de igualdad

de armas propio del sistema adversarial, evidente como es que la Fiscalía posee logística, autoridad y personal en ocasiones por fuera del alcance de su contraparte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y esta Sala, han ofrecido herramientas adecuadas y suficientes para un dicho cometido.

Así, en lo que toca con la certificación expedida a la defensa para poder adelantar su tarea investigativa y de acopio de evidencias, la Corte Constitucional en la sentencia C-536 de 2008, extendió esa capacidad certificadora a entidades diferentes de la Fiscalía, bajo las siguientes consideraciones:

“De las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que dada la finalidad constitucional del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, el cual busca mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, la defensa debe estar en posibilidad de ejercer las facultades que le han sido otorgadas por la misma ley para el recaudo, solicitud y contradicción de pruebas, tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juicio, y ello sin ninguna limitante por parte de su contraparte, esto es, del ente acusador, sino con las limitantes propias del Estado de Derecho respecto de la afectación de terceros y la afectación de derechos fundamentales, control que le corresponde ejercer a un juez de la República, en la etapa de investigación al juez de control de garantías y en la etapa de juicio al juez de conocimiento.

“Así mismo, concluye esta Sala que el principio de igualdad de armas tiene aplicación también en relación con la posibilidad para el imputado y su defensa de escoger la entidad de carácter técnico científico que deba conceptuar respecto del material probatorio recaudado por el imputado y su defensor durante la etapa de investigación, y no estar sujeto a una entidad que depende de su contraparte, esto es, del ente acusador.

(...)

“Para efectos del presente estudio de constitucionalidad es especialmente relevante el tema de la actividad probatoria del imputado dentro de la investigación previa, respecto de lo cual esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, y con ello la igualdad de armas, en relación con la actividad probatoria que se desarrolla dentro de la etapa preliminar por parte del imputado y su defensor.

“En este orden de ideas, esta Corte en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la importancia de garantizar el derecho de defensa del imputado en general y específicamente durante la etapa de investigación previa en relación con el material probatorio a ser recabado¹. En este sentido esta Corporación ha sostenido que la investigación previa es una etapa

¹ Ver Sentencia C-1291 del 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-033 del 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, ambas sobre disposiciones de la Ley 600 del 2000.

preprocesal en donde el Estado debe determinar si una conducta ha ocurrido, si está tipificada en la ley penal, si se configura una causal de ausencia de responsabilidad y si la acción penal es procedente, así como la identificación del autor o autores del hecho, etapa durante la cual, dentro del marco del actual sistema acusatorio, no sólo el ente acusador sino también el imputado y la defensa tienen el derecho y la facultad de recaudar el material probatorio que permitan esclarecer estos interrogantes penales. Por las razones anteriores, la etapa de investigación previa reviste especial importancia tanto para el sistema punitivo como para el imputado, razón por la cual durante esta etapa debe protegerse y garantizarse plenamente el derecho de defensa y sus principios, entre ellos la igualdad de armas.

(...)

“Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

(...)

“Ahora bien, en aras de garantizar los derechos fundamentales del imputado o su defensor dentro de la etapa de investigación dentro del proceso penal y en materia probatoria, esta Sala considera que no puede ser en forma exclusiva la Fiscalía quien tenga la facultad de otorgar la constancia de que trata la disposición sub examine, por cuanto como ya se anotó, al ser la Fiscalía la contraparte dentro del proceso penal y al ser el otorgamiento de la constancia sobre la calidad de imputado o defensor una facultad exclusiva de esta autoridad, se vulnera la igualdad de armas y el equilibrio entre las partes dentro del proceso penal, y de contera el derecho de defensa. Por esta razón, la Sala encuentra que en armonía con el principio constitucional de igualdad de armas y el derecho de defensa, la constancia en cuestión debe poder ser expedida por cualquier autoridad que pueda dar fe, expedir constancia o certificar la calidad de imputado o defensor de que trata la norma. Así el imputado o defensor, deben poder obtener dicha constancia del juez de control de garantías, del mismo fiscal, si así lo deciden libremente y lo consideran conveniente, o de otras autoridades, como por ejemplo, de la Defensoría.

“En este sentido, dentro del marco constitucional expuesto en la parte considerativa de este aparte y en armonía con el paradigma penal acusatorio estudiado, considera la Corte que en aras de preservar el principio de igualdad y al mismo tiempo los derechos fundamentales que puedan resultar

afectados a raíz de la actividad probatoria del imputado o su defensor, se encuentra ajustada a la constitución la exigencia de constancia respecto de la calidad de imputado o defensor, pero que al mismo tiempo pueden ser varias las autoridades competentes, desde el punto de vista constitucional, para emitir la constancia de que trata la segunda parte del artículo 268 de la Ley 906 del 2004, ya que no puede ser sólo el Fiscal, en forma exclusiva, el que en su calidad de contraparte del imputado y su defensor, tenga la competencia para expedir dicha constancia. Así pueden expedir tal constancia, a título de ejemplo, el juez de control de garantías, a quien por lo demás el Constituyente derivado le ha confiado la guarda de los derechos y las libertades dentro de la etapa de investigación durante el proceso penal, o también la Defensoría, quien puede expedir constancia tanto respecto de sus defensores públicos o de oficio, como también respecto de los defensores de los imputados o del propio imputado, o cualquier otra autoridad competente para ello, o también la misma Fiscalía”.

Atinente al aspecto específico de las certificaciones o elementos probatorios obligados de aportar o facilitar por las autoridades públicas a la defensa, la Sala ha dicho²:

“Entonces, si ya no cabe duda de que al juez de control de garantías le compete directamente velar por la materialización del principio de igualdad de armas en la etapa previa y la fase investigativa del proceso; y si además se ha dejado especificado que las funciones del funcionario en cuestión no se limitan a aquellas audiencias o diligencias expresamente consagradas en la Ley 906 de 2004, deviene necesaria conclusión la absoluta competencia de los jueces de control de garantías para intimar de los funcionarios públicos permitan a la defensa realizar sin cortapisas diferentes a las que imponen la Constitución y la ley, su tarea de recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e informes.

Y, si no se discute que el juez de control de garantías tiene el deber, en caso de así solicitarlo la defensa o el procesado, de certificar que en contra de este último se adelanta una investigación penal, no se entiende por qué, dentro de ese mismo objeto funcional, que tiene como teleología la protección del principio de igualdad de armas, no puede ordenar a los funcionarios públicos que permitan o faciliten la tarea legítima del profesional del derecho.

Acorde con lo anotado, para la Corte no admite hesitación, que la función del juez de control de garantías es propia del objeto que fuera materia de solicitud de la defensa, razón por la cual, para que quede claro, esa jurisdicción posee plena competencia funcional para pronunciarse de fondo.”

No se entiende cómo, acorde con lo anotado en precedencia, la defensa arguye que no estaba en posibilidad de obtener del Consejo Superior de la Judicatura o del Juzgado 71 Civil Municipal de Bogotá, los informes necesarios para soportar su teoría del caso, hallándose claro, conforme lo

² Auto del 1 de diciembre de 2010, radicado 35432

argumentado en la audiencia preparatoria, que ni siquiera solicitó esas certificaciones».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 125-2 y 158