

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

MONOGRAFIA

LA VICTIMA DEL INJUSTO PENAL, SU DERECHO A LA VERDAD Y EL ACCESO
DESDE EL CONTROL CONSTITUCIONAL

JUAN GUILLERMO RESTREPO MAYA

Asesor

Plinio Posada E.

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

2012

La victima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

MONOGRAFIA

LA VICTIMA DEL INJUSTO PENAL, SU DERECHO A LA VERDAD Y EL ACCESO
DESDE EL CONTROL CONSTITUCIONAL

JUAN GUILLERMO RESTREPO MAYA

Trabajo de grado para optar al título de:

Asesor

Plinio Posada

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLIN

2012

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

DEDICATORIA

***“PARA MIS PADRES, REQUISITOS
DE EXITENCIA Y VALIDEZ
DE CADA UNO DE MIS LOGROS.”***

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

TABLA DE CONTENIDO

[_Toc338133541](#)

RESUMEN.....	7
1. INTRODUCCION Y PRESENTACIÓN DEL TEMA.....	10
2. PROBLEMA JURÍDICO	13
3. JUSTIFICACIÓN	14
4. OBJETIVOS	15
4.1 Objetivo General	15
4.2 Objetivos específicos	15
5. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	16
6. MARCO DE REFERENCIA	18
6.1 Breve reseña histórica	18
6.1.1 La víctima del injusto penal desde la teoría del delito.....	26
6.1.2 La víctima en la normatividad penal de la actualidad.....	30
6.1.3 Los Derechos de las Víctimas Desde el Control Constitucional Concentrado	36
6.1.4 Definición de Víctima.....	46
6.2 Marco Constitucional	51
6.2.1 Reconocimiento de calidad de víctima	58
6.2.2 La Víctima del Injusto Penal y el Acceso de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional	63
6.2.3 Carga argumentativa de las decisiones jurídicas.....	64
6.2.4 La reserva y la víctima	67
6.3 Enfoque Jurisprudencial.....	72

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

7. ANALISIS	74
7.1 Resolución al Problema Jurídico.....	74
7.2 Declaración de sentencias	76
8. CONCLUSIONES	93
LISTA DE REFERENCIAS	95
ANEXOS	100

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Cuadros hermenéuticos de las sentencias.	76
Tabla 2. Cuadros hermenéuticos de las sentencias 2.	87
Tabla 3. Cuadros hermenéuticos de las sentencias 3.	91

LISTA DE ANEXOS

Anexo A.	100
Anexo B.	111

RESUMEN

El presente trabajo consiste en realizar un estudio investigativo de tipo monográfico y documental que permite visualizar de manera precisa el marco legal que cobija a las víctimas en el ordenamiento jurídico colombiano y el alcance de sus actuaciones procesales, para un mejor esclarecimiento del conflicto que se gesta frente a la reserva legal de la fiscalía.

El estudio de este caso permite determinar de una manera práctica la forma en que pueden materializarse los derechos de las víctimas en el mundo fenoménico, por tanto, y además por ser la discusión dogmática tema para autores de trayectoria, se dedicará la mayor parte del escrito al aspecto puramente procesal del asunto, haciendo sólo indispensables y aclaradores las referencias dogmáticas que se tengan al respecto.

Por consiguiente, con esta monografía, se dará a la tarea de reivindicar los derechos del sujeto pasivo del delito, de las víctimas directas e indirectas, y de la sociedad que reclama presencia y reconocimiento ante hechos que atentan contra su contenido físico. Para finalmente arribar a un fin práctico del escrito y disertar sobre la reserva de la Fiscalía y el derecho de la víctima a conocer los elementos materiales probatorios y diligencias que haya adelantado el despacho acusador.

PALABRAS CLAVE: delito, víctima, derecho, verdad, control constitucional, doctrina, acceso

1. INTRODUCCION Y PRESENTACIÓN DEL TEMA

“El presente caso de la Masacre de Mapiripán revela el triste destino de los victimados, inclusive - más allá de los determinados en la presente Sentencia - de los que quedan olvidados ante la indiferencia del mundo brutalizado de nuestros días. Por todo lado hay un silencio sepulcral de los inocentes (...) No se combate el terror con el terror, sino en el marco del Derecho. Los que acuden al uso de la fuerza bruta se brutalizan ellos mismos, creando una espiral de violencia generalizada que termina por victimar los inocentes (...)” (Corte Interamericana de derechos humanos. 2005).

El delito es un fenómeno social-jurídico complejo. Su impacto sobre el mundo fenoménico y sobre la materialidad y mentalidad de las víctimas, directas e indirectas, así como de la sociedad en general, prevalece sobre las demás repercusiones materiales de los fenómenos jurídicos de toda índole. Precisamente, por tratarse de un tema de un grado trascendental para la existencia humana, la investigación social y jurídica se ha ocupado ampliamente de discurrir a lo largo de cada esquema que se inventa para explicar ante nuestra lógica el hecho crimonoso. La sociología se ha ocupado del aspecto comportamental desde una perspectiva científica del humano como ser determinante de sus relaciones. Mientras que la investigación jurídica o doctrina ha plasmado categorías conceptuales para enmarcar al delito de acuerdo con los requerimientos puramente naturales en aras de juzgarlo y condenarlo. Así, conocemos como si se tratase del abecedario los tres pilares de la concepción jurídica de un hecho criminal o delito, tipicidad, antijurídica y culpabilidad.

Al respecto de las categorías, su contenido, orden conceptual e interpretación, la doctrina ha ido avanzando, dejando de lado consideraciones que se sustraen de la metafísica, y aterrizando las figuras a procesos complejos, fuera de consideraciones puramente causalistas y superando los claustros de la responsabilidad objetiva. De igual manera, toda una escuela de pensamiento se ha erigido a partir del sujeto activo del delito,

aquel que material o intelectualmente da vida al tipo, quebrantando la norma formal y materialmente y haciéndolo de una manera que permita imputársele la conducta activa u omisiva.

La criminología, la política criminal, la doctrina sobre el derecho penal procesal y sustancial, todas han llenado compendios investigativos amplios y llenan bibliotecas con innumerables tomos y ediciones. Lamentablemente, la víctima del delito ha sido continuamente ignorada por todos estos avances metodológicos, conceptuales y prácticos, y si bien se ha tenido claro que en el delito coexisten necesariamente un sujeto pasivo y un sujeto activo, se ha dejado completamente de lado que aquel sujeto pasivo del delito ostenta una connotación adicional, es una víctima del delito. La víctimas ha sido, entonces, la gran ausente al momento de la elaboración de las normas penales de fondo y de forma, ya que, todo parece hacerse en función del presunto sujeto activo del delito.

Por tanto, y por razones que se expondrán más concretamente a continuación, fue dejada de lado de la persecución penal, y relegado al ámbito procesal donde prestará alguna ayuda para que el verdugo lograra su cometido. Se habla entonces, de una re-victimización, dado que la víctima sufre un calvario en el proceso penal, en la medida en que pasa a ser un simple espectador que se limita a ver pasar las sucesivas etapas de un procedimiento que le es ajeno pero que inicia desde su dolor.

Como dicotomía académica deberá entenderse de presente que el estudio de la víctima pueda darse desde dos ópticas distintas: un punto de vista procesal, desde el cual se determine de acuerdo con las fuentes del derecho las actuaciones procesales que le competen. Un punto de vista dogmático en su vinculación con la teoría del delito. Creándose una categoría emergente en la dogmática penal alrededor de la víctima, concepto ajeno a la denominada victimología.

Abordar procesalmente el tema permite determinar de una manera a práctica, la forma en que pueden materializarse los derecho de las victimas en el mundo fenoménico por tanto, y además por ser la discusión dogmática tema para autores de trayectoria, se dedicará la mayor parte del escrito al aspecto puramente procesal del asunto, haciendo solo indispensables y aclaradores referencias dogmáticas al respecto. De acuerdo con esto, en

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

este corto pero sustancioso escrito de monografía, se dará a la tarea de reivindicar los derechos del sujeto pasivo del delito, de las víctimas directas e indirectas, y de la sociedad que reclama presencia y reconocimiento ante hechos que atentan contra su contenido físico. Para finalmente arribar a un fin práctico del escrito y disertar sobre la reserva de la fiscalía y el derecho de la víctima a conocer los elementos materiales probatorios y diligencias que haya adelantado el despacho acusador. En este país, donde las realidades desbordan el derecho a simple vista, que la víctima pueda constituirse en verdadero impulso procesal puede convertirse en el punto de quiebre de la rampante impunidad.

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Qué grado de autonomía reconoce la jurisprudencia constitucional a las autoridades, para limitar válidamente, a través de la denominada reserva, los derechos a la información, acceso a la justicia, debido proceso, verdad y justicia material y procesal en relación con el acceso al expediente por parte de la víctima durante la etapa pre-procesal de indagación?

2. JUSTIFICACIÓN

El estado socio económico y la situación de orden público que ha vivido y vive la nación ha permeado de una u otra manera todas las personas, entidades y actividades del territorio, así mismo, el desarrollo de la guerra fratricida y el incesante crecimiento desmesurado de la pobreza significa la aparición de conductas que estructuran tipos penales en el mundo fenoménico. Aquellos delitos siempre traen como consecuencia la victimización directa del sujeto pasivo del delito o quienes manifiesten ser víctimas indirectas del mismo. Esta connotación de víctima, fruto de avances legales y jurisprudenciales, ha dotado aquellos sujetos de derechos tales como verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. La satisfacción de los citados derechos es paso obligado para progresar hacia la inclusión, el desarrollo y la paz.

El papel clave que ha venido a tomar la víctima directa o indirecta de un injusto penal en el desarrollo y desenlace del proceso de juzgamiento, requiere desde un punto de víctima empírico-académico un análisis no solo normativo, sino también principialístico, teórico y teleológico, de cara a dejar claridad acerca de los alcances procesales y en general jurídicos de la víctima del hecho criminoso típico.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo General

Realizar un estudio investigativo de tipo monográfico y documental que permita visualizar de manera precisa el marco legal que cobija a las víctimas en el ordenamiento jurídico colombiano y el alcance de sus actuaciones procesales, para un mejor esclarecimiento del conflicto que se gesta frente a la reserva legal de la fiscalía.

4.2 Objetivos específicos

- ✓ Analizar la norma, constitucional, orgánica y reglamentaria, desde el derecho comparado continental, y desde la doctrina, de la presente disertación.
- ✓ Estructurar la posición que ostenta la víctima en el ordenamiento para luego detenerse en la reserva y judicial.
- ✓ Determinar el estado actual de la línea divisoria entre los derechos de las víctimas y la reserva legal con la que cuentan los fiscales delegados y en general la fiscalía general de la nación.

5. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La metodología de investigación aplicada en este trabajo corresponde a un proceso de investigación científica que se inserta en el marco jurídico del derecho, cuyos resultados obtenidos constituyen un aporte al tema jurisprudencial. En tal sentido se aplican los métodos y técnicas de investigación y su teleología, en consecuencia para su precedente análisis y establecimiento de los resultados. (Ponce de León, 1.999). UNAM. (1999). *Técnicas de investigación jurídica*. La metodología de investigación científica del derecho. Facultad de Derecho. Cuarta Edición. Guadalajara México,

Para la aplicación de los métodos y técnicas requiere de un conducto general integrado por los pasos del método científico en el cual se abordan objetivos generales y específicos para no perderse en la tarea indagatoria. El método de investigación se circunscribe a fines generales, que en materia de investigación del derecho conducen a la realización y aplicación correcta de la justicia y la seguridad jurídica para el bien de los ciudadanos, el desarrollo del derecho como ciencia , teniendo como marco regulatorio la jurisprudencia, para la búsqueda de la verdad y la paz en armonía social, que le dan sentido trascendente a la acción de investigar a partir de la valoración crítica de la diversidad de métodos y técnicas existentes.

La investigación se enfoca bajo un análisis cualitativo del cual se apropia para fragmentar, conceptualizar e integrar los datos para formar una teoría que puede aplicarse en el campo del derecho. De igual modo, se apoya en la teoría fundamentada, cuyas proposiciones teóricas son derivadas de distintos datos fenomenológicos recopilados de manera sistemática y analizada por medio del proceso de investigación realizada. La investigación cualitativa centra su objeto del conocimiento y finalidad en la práctica, parten de ella y vuelven a ella para cambiarla. Su fin no es verificar hipótesis, sino dinamizar procesos para transformar la realidad (Torres, 1995: 129). En el mismo sentido proponen

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

una transformación de las condiciones y circunstancias que impiden la realización plena y autónoma de sujetos sociales. El tipo de estudio es de carácter documental, basado en la búsqueda de datos para ubicar fuentes fidedignas y aseveraciones que permitan acercarse al tema que se investiga.

6. MARCO DE REFERENCIA

6.1 Breve reseña histórica

Venganza Privada. “(...) la intervención de la comunidad mediante la violencia es un hecho primitivo que va desde la familia al partido, ya que toda la comunidad se ha apoderado siempre del poder físico para salvaguardar los intereses de sus miembros” (Yacobucci Guillermo, 2000: 41)

Durante la era primitiva, previa a la organización de las comunidades en ciudades-estados o imperios, no puede hablarse de la existencia de un derecho penal, pero sí existía la venganza. Autores como Jiménez de Asúa coinciden en que la venganza debió ser la primera manifestación de la justicia penal, teniendo la pena un sentido individualista, venganza que, ya sea individual o realizada por un grupo contra otro, no puede considerarse como una auténtica forma de norma y consecuencia propiamente penal, ya que ostenta un carácter puramente personal o familiar, resultando el resto de la comunidad indiferente a ella.

Sólo cuando la comunidad se pronuncia a favor del vengador, se pone de su parte y le ayuda, reconociendo la legitimidad de su reacción, es cuando ya se puede hablar de la venganza como pena. En virtud del muy conocido principio “ojo por ojo, diente por diente”, o principio talional, no podía responderse a la ofensa con un mal superior al inferido a la víctima. Esta ley, pues, a pesar de que no siempre es bien comprendida, pretendía restringir y moderar el derecho de las víctimas y no justificar la venganza.

Fue la Composición, calificada como el “primer progreso en área punitiva”, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia el derecho de venganza mediante el pago de una cantidad. “La enardecida venganza de sangre entre las tribus, se concilia, la reconciliación, basada sobre la reparación en metálico a la tribu ofendida,

negociada primero, se convierte después en obligatoria. Así nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: el sistema de composición”

Esta ley se encontraba escrita en el código Hammurabi, 1927 a 2000 años antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana.

La aplicación de ésta ley creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lascivas, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

La composición nace con el fin de evitar inconvenientes surgidos por la aplicación del Talión. Mediante ésta se buscaba reparar el daño con una suma de dinero negociable, como precio de la sangre. Con esta ley el agresor estaba obligado por ley a reparar los daños por medio de recursos monetarios y el agredido estaba en obligación de aceptar la indemnización, con el fin de renunciar a la venganza.

Para el caso vale citar el escrito del autor Vicente Gaviria, cuando afirma;

“(...) bajo el reinado del compositio, mecanismo de solución de conflictos mediante el ajuste o convenio, armonizado con un sistema de justicia privada como forma principal como forma principal de persecución penal, permitía obtener en forma rápida y adecuada resarcimiento del perjuicio ocasionado con la conducta dañina” (VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDONO, "LA VICTIMA DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL" . En: Colombia Derecho Penal Y Criminología ISSN: 0121-0483 ed: Departamento de Publicaciones v.1 fasc.53 p.29 - 42 ,1995

Esta transformación de la pena en una reparación pecuniaria y privada, fue la fuente de los delitos privados que existían en muchas legislaciones, como la romana y más tarde los pueblos germánicos. Hasta este punto histórico, las conductas dañinas involucraban en primer nivel a la víctima y al agresor, necesariamente, dado que la justicia obraba tan solo en atención al daño ocasionado por el hecho y siendo imperativo resarcir a quien sufría el detrimento.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Ius Puniendi. “De la reacción social concretada en el castigo se pasa, pues, a la pena con carácter de respuesta pública frente a determinados comportamientos. Solo en esta última instancia se puede hablar de una función penal o punitiva en el sentido actual de ius puniendi (...)” (Gorra, Daniel Gustavo. 2005: 8)

La venganza privada desaparece poco a poco, bajo las influencias de las ideas del cristianismo y a un mayor y creciente poder público el cual brindaba mejores garantías al individuo; asegurando por medio de la persecución pública la defensa de la sociedad y a la vez de satisfacer los deseos de venganza de los ofendidos.

- Al respecto, el autor Julio Maier expresó con claridad lo ocurrido durante este contexto histórico. *“La víctima fue desalojada de este pedestal abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos(...)”*(Julio B Maier. La Víctima y el Sistema Penal. Buenos Aires. Ad Hoc. 1992)

La autoridad captura el encargo de sancionar las ofensas a la norma; éstas no la son solamente contra la víctima de la conducta, sino que como esa autoridad se presentaba con calidad de representante de la divinidad, se las estimaba dirigidas contra ella, es por eso por lo que los actos menos graves eran considerados como perturbadores del orden público y religioso y como tales castigados con penas rigurosas.

Vale la pena además anotar que es este el punto de quiebre crítico donde el derecho penal deja de ser un sistema que equilibra el mundo material después de una conducta ofensiva y se convierte en el sistema de control social por excelencia de los estados. La creación de tipos que protegiesen bienes jurídicos de corte religioso y estatal permitía que los poderes convirtieran en ofensa el desequilibrio de su *statu quo*. Hasta el punto que hoy en día la primera de las consideraciones de las características básicas del ordenamiento penal es que se trata de un control social que ejerce el Estado sobre su población. Desde

que el sistema penal actual sustituyó la venganza privada por una intervención pública del Estado, la víctima ha padeció una exclusión casi total del proceso. (Gorra, Daniel Gustavo. 2009: 7)

- Para citar una vez más al profesor Maier; “(...) *ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como un instrumento de coerción- el más intenso- en manos del estado, que le utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja eterna a él (...)*”(Julio B Maier. La Víctima y el Sistema Penal. Buenos Aires. Ad Hoc. 1992)
- Al respecto tuvo que ver los aportes de la criminología positivista de Garofalo y Ferri, quienes establecieron el concepto del *derecho penal de autor*. (El delito como interacción entre el autor y la víctima en el espectro social. Parma Carlos ,”La víctima en el proceso pena”, Ed. Astrera, 2003)

Aquellos aportes dogmáticos apuntalaron en el soberano la concentración total del poder político de legislar, juzgar y administrar.

Durante épocas inquisitorias, los sistemas de persecución pública de ofensas, perfeccionaron mecanismos no solo punitivos, sino acciones de confiscación de los bienes del enjuiciado. Es así como los poderes de occidente se fundaron sobre la apropiación del poder judicial, lo que le permitía, entre otros, mecanismo de confiscación y punición. Así, el soberano se entendía ofendido con las conductas típicas, así el daño lo sufriera un tercero, el modelo de solución de conflictos fue remplazado por el de decisión, decisión que provenía de una autoridad que usualmente se legitimaba con una deidad. Los imputados y las víctimas pasan a ser meros objetos de indagación y de prueba de verdades procesales, siempre bajo el yugo del poder del ente de persecución pública. “*Él es quien perseguirá y juzgará. El es el dueño del proceso*”. (Gorra, Daniel Gustavo. 2009: 9)

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

“(…) cuando su esencia muto de lesión a un ser humano a ofensa al señor, se desprendió de la lesión misma y se fue subjetivando como enemistad con el soberano. La investigación de la lesión al prójimo fue perdiendo sentido, porque no se procuraba reparación sino neutralización del enemigo del soberano” (Zaffaroni E., Raul, Alagia, Alejandro & Slokar. 2002: 233-235)

Por tanto la dogmática abordaba al ofendido con el delito solo desde la capacidad que tuviera este de aportar información para esclarecer los hechos y punir la conducta.

Continúa siendo pertinente citar Maier;

- *“En tal sentido, la reparación perdió vigencia, relegándose al ámbito privado, pues el derecho penal no incluyó entre sus fines ni a la víctima ni a la indemnización de perjuicios, al paso que el procedimiento penal le reservó al ofendido un papel despreciable, cual era el de ser instrumento del cual se podría extraer el conocimiento suficiente para la condena del imputado, teniéndole, entonces, como un objeto de prueba, lo cual determinó una expropiación de los derechos del ofendido y sin que siquiera la idea de protección de bienes jurídicos (...) le otorgara a la víctima algún papel importante en la actuación penal.” (Julio B Maier. La Víctima y el Sistema Penal. Buenos Aires. Ad Hoc. 1992)*

Como podemos apreciar no es que la dogmática haya ignorado por completo la existencia de una víctima en cada hecho criminal, pues sería imposible no notar un elemento tan evidente como es el daño que ocasiona la conducta del sujeto activo sobre el sujeto pasivo o sus bienes jurídicos.

Como podemos ver, la parte civil y la víctima no son de ninguna manera figuras novedosas, y no podrían serlo, hay que son parte elemental e indispensable del delito y sus consecuencias materiales, en la legislación nacional, desde 1837 se hace referencia normativa a ellas. Sin embargo, las figuras parecen no haber decantado en su temático completamente, pareciendo incluso hoy que partiéramos de cero cuando abordamos el estudio de aquellas. Autores incluso hablan de una involución de la figura de víctima, lo

que nos da una buena idea de cuál es el camino académico que nos espera. De modo que para finalizar de manera adecuada este corto recorrido histórico, nos serviremos más que todo enunciar la normatividad nacional derogada que de alguna manera legisló sobre la víctima del delito, la parte civil y el tercero civilmente responsable.

Evolución Normativa de los Derechos de las Víctimas del Injusto Penal en Colombia

Para la nación Granadina, la codificación de la normatividad penal surge en el mandato presidencial el general Francisco de Paula Santander, el cual ya había fijado como objetivo de su permanencia en el cargo público la expedición de un compendio normativo del derecho penal.

- *“Fue sancionado el 27 de Junio de 1837, constituyéndose en el primer código penal de la republica”* (Bernardo Bernate Ochoa. El código penal colombiano de 1890. En www.urosario.edu.co/jurisprudencia).

Corría el año de 1858 cuando la corriente conservadora de la época crea mediante el otorgamiento de una nueva constitución la llamada Confederación Granadina. El resultado del sistema federal que se aprobó en aquel entonces trajo como consecuencia que cada estado expidiera su normatividad. Sin necesidad de entrar a disertar sobre cada ley penal aprobada en los estados granadinos, basta decir que el código penal del estado soberano de Cundinamarca sancionado en 1858, el cual retomaba el código penal de 1837, se convirtió en el código penal para los Estados Unidos de Colombia, el mismo que más tarde mediante ley 57 de 1887 sería adoptado como el código penal de la República de Colombia.

Ya en aquellos despertares normativos se regulaba sobre la indemnización de perjuicios, en los términos que nos explica el autor Colombiano.

“(…) En el código penal del estado soberano de Cundinamarca se regula en relación con el tema de la indemnización de perjuicios a quien hubiere sufrido daño ocasionado por el delito.” (Bernardo Bernate Ochoa. El código penal colombiano de 1890. En www.urosario.edu.co/jurisprudencia).

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

El artículo 70 del código adoptado mediante ley 57 de 1887 establecía:

Artículo 70: En todo delito de que resulten daños y perjuicios contra el estado o contra los particulares, se deberá condenar los autores, a los cómplices y a los auxiliadores de mancomún y solidariamente, sin perjuicio de que pueda agravarse a unos más que a otros, como queda expresado en el artículo 68, al resarcimiento de todos los perjuicios que hayan resultado.

Allí la figura del sujeto pasivo, como persona afectada por el delito, es todavía puramente patrimonial, pues el aspecto de reproche sobre la conducta seguía en poder del Estado, mientras que la víctima limita su derecho en el proceso al reconocimiento del carácter patrimonial y avaluable de su pérdida. Quedando entonces el aspecto realmente valioso del daño aún en poder del estado, y sintiéndose la víctima como a quien se le hurta y se le paga.

Por otro lado, el artículo 85 establecía que:

“La demanda civil por resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios, no interrumpe la prescripción de la pena en que se haya incurrido”.

Era además evidente que al acontecer de un hecho que materialice un tipo, los resultados usualmente se acompañan de un desvalor patrimonial, el cual puede nacer en cabeza, ya sea del sujeto activo, o de otro interviniente en el hecho el cual de acuerdo con una conducta activa u omisiva, pueda tener responsabilidad civil con la víctimas directa o indirecta del delito. Si bien ya se aceptaba normativamente que el delito ocasiona un daño no solo a la comunidad y el ordenamiento, si no también a la víctima, esto no obstó para que el establecimiento se apropiara una vez más del carácter moral de esta pena y ejerciera a través de ella el control social del derecho penal. La prevención general y especial, así como los fines de la pena, nunca dejaron de ser parte ni la de la pena intramural, ni de la indemnización de perjuicios, ni de ninguna otra medida alternativa.

Para no discurrir demasiado en ámbitos ajenos al objeto de este escrito, concluiremos con otra reflexión del Maier, la cual demuestra ser precisa y diciente para lo que veníamos anotando previamente.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

- *“La indemnización de perjuicios ocasionados a la víctima, antes que cumplir una función reparatoria o de compensación, se constituía en herramientas de punición, es decir, era una indemnización punitiva y como tal terminaba siendo una tercera vía sancionatoria, al lado de las penas y las medidas de seguridad”* (Julio B Maier. La Víctima y el Sistema Penal. Buenos Aires. Ad Hoc. 1992)

El Código de Procedimiento Penal de 1938, en su artículo 24, trajo nuevos avances de carácter procesal, al permitir ejercer la acción civil dentro del mismo proceso pena. Pero el verdadero avance fue la denominación de interviniente que otorgó al Ministerio Público, al procesado, a los apoderados, defensores y parte civil (víctima). Es menester aclarar que la misma denominación de parte civil muestra el sesgo conceptual y jurídico del ordenamiento al limitar la intervención de la víctima a un carácter patrimonial, económico y de desvalor material. Adicionalmente, en el artículo 123, abrió por primera vez las puertas a la intervención procesal de la víctima en el proceso al permitirle solicitar y aportar pruebas para el esclarecimiento de los hechos así como solicitar embargo y secuestro de bienes del o los sujetos activos.

Si bien en 1971 se expidió un código de procedimiento penal, este en esencia recogió la misma regulación de 1938, en cuanto a las víctimas se trata, por supuesto.

Entre los avances normativos más recientes, antes de la expedición de la ley 975 de 2005 (Justicia y Paz) y la 1448 de 2011 (Ley de Víctimas), además de los otros elementos normativos que enunciaremos más adelante, lo gestionó el código penal de 1980 o Decreto 100 de 1980 y finalmente el código de procedimiento penal de 1987 o Decreto 050 de 1987. Entre aquellas novedades estaba la obligación de resarcir perjuicios causados por el hecho punible en forma solidaria por parte de los implicados, incluidos los terceros civilmente responsables¹.

¹ ARTICULO 105. QUIENES DEBEN INDEMNIZAR. <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000> Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar.

6.1.1 La víctima del injusto penal desde la teoría del delito

La criminología tradicional centraba su estudio en el delincuente, por tanto la víctima del injusto penal no era más que un objeto que no aportaba nada para la explicación del suceso, excepto si acaso la declaración que hiciera si fuere posible. No, obstante, la criminología moderna, de corte sociológico, se desplaza a la conducta delictiva como el centro de su análisis, junto con la víctima y el control social. La criminología olvidó a la víctima porque quizá la sociedad se identifica con quien realiza la conducta prohibida.

En la dogmática penal se empezó a analizar con detalle las situaciones donde el comportamiento y circunstancias de la víctima, excluyen la acción punitiva o la tipicidad de la misma. De aquella manera, la teoría del delito elaboró una suerte de elemento de exclusión de la configuración del delito, que parte de la víctima del injusto penal. Aquel rol pasivo de la víctima en el proceso penal que le convoca, y el rol de elemento excluyente que le acuñó la doctrina, ocasionó que la víctima sin duda se viera explotada por el *ius puniendi* y por la dogmática penal. Entre otros factores, porque la llamada parte civil del proceso siempre fue una figura abiertamente discriminatoria, pues limitaba los derechos de las víctimas al aspecto económico del asunto, dejando de lado partes vitales de los derechos e intereses de las mismas como la verdad, la justicia y la garantía de no repetición.

Ferri, rescató la temática así fuera de una manera técnicamente impropia, el citado autor, contempló una pena integral, la cual comprendía la reparación de los daños, indemnización que aun era perseguida oficialmente sin ninguna consideración a la víctima. No obstante, el positivismo criminológico sentó bases en elaboración científica de una teoría de la víctima, ya que delincuente y víctima son los dos coprotagonistas del suceso criminal. La criminología entonces dispone ya de un meollo de conocimientos de cuestiones como: aptitudes y propensiones de los sujetos para convertirse en víctima, tipología victimaria, relaciones entre delincuente y víctima, grados de coparticipación o corresponsabilidad de la víctima en el delito, influencias sociales en el proceso de victimización, daños y reparación, comportamiento de la víctima como agente informal del

control penal. Conceptos aportados por la psicología, sociología y la antropología, todas componentes del positivismo criminológico.

De acuerdo con García-Pablos de Molina, “...protagonismo, neutralización y redescubrimiento” (García, Pablos de Molina. 1996: 38) son los tres estadios del estatus de la víctima a lo largo de la historia. Protagonismo, en la medida en que en los albores de la civilización, era la víctima o sus familiares ofendidos, quienes de manera directa tenían vocación de hacer justicia vindicativa. Neutralización, dado que la toma del poder que hace el estado de todas las formas de gobierno y opresión, incluye la toma del *ius puniendi* para el soberano, y que este, investido del poder divino, está legitimado para tomarse el poder punitivo de manos de los ofendidos. Ciertamente, se trata de una manifestación más del poder político del soberano. Se produce entonces, un gran cambio con respecto del papel que juegan las víctimas en todo el proceso judicial, pasan a ser meros testigos, si acaso, presidiéndose de la opinión de aquellas al momento de dictar sentencia condenatoria o absolutoria. El estado, entonces, se apropia indebidamente del dolor, de la voz y del desagravio de las víctimas, y se convierte en el amo y señor de todo el proceso penal y penitenciario. (Gorra, Daniel Gustavo. 2009: 7)

Finalmente, la doctrina penal, a través de la denominada victimo-dogmática, *redescubrió* de alguna manera, el papel que cumplen las víctimas en la investigación, procesamiento y punición de conductas típicas, antijurídicas y culpables. En tanto que, poco a poco se ha venido privilegiando su participación en la causa penal y en la determinación de la pena para el individuo condenado en juicio. Si bien, hoy en día la perspectiva victimo lógica no prima en la criminología moderna, cada vez más son los juristas que comprenden, de una vez y por todas, el rol activo, necesario y vinculante que juegan las víctimas en el procesamiento de conducta punibles. Así, en palabras de Elías Neuman, “(...) *la victimología es una suerte de criminología al revés*”

EL redescubrimiento de la víctima del injusto penal es atribuirle a los aportes de Von Hentif y Mendelsohn y su teoría del interaccionismo, demostrando que la víctima es todo menos un sujeto pasivo dentro del delito, y que de hecho interactúa con el autor del hecho. La víctima es capaz de influir en la estructura, dinámica y prevención de delito. En aquel

estudio científico de la víctima del año 1945, el profesor BENJAMIN MENDELSON, uso por primera vez el término victimología. (Beristain, Antonio. 1994: 245). No obstante no fue sino hasta el año 1979, en el cual se celebró en Múnster (Alemania) el primer simposio internacional de victimología, que nace oficialmente la victimología como dogmática científica multidisciplinaria.

La doctrina alemana, extensa y acertada en la elaboración de ideas y conceptos a favor de las ciencias jurídicas, a través de autores como ROXIN y JAKBOS, propios de la Teoría de la Imputación Objetiva, precisan de que manera una víctima puede influir no solo en el resultado típico sino la exclusión del mismo.

- En la medida que *“la producción del resultado lesivo se origina a partir de la infracción de los deberes de autoprotección del agraviado, se origina la exclusión del tipo objetivo, pues si bien el resultado lesivo resulta indeseable para el derecho, el comportamiento del acusado se encuentra dentro de los niveles de riesgo socialmente permitidos.”* (ROXIN CLAUDIUS, La imputación objetiva en el derecho penal, primera edición, Lima 1997).

Sin duda, si el comportamiento del titular del bien jurídico tutelado expone sobremedida el mismo al daño, entonces a favor de quien realiza la acción considerada como causa, y no circunstancia meramente acompañante, obraría en la exclusión del tipo, ya que su conducta, como bien lo expone la teoría de imputación objetiva, se encuentra adecuada a los lineamientos del conjunto de rangos de circunstancias llamado riesgo permitido. Es bastante claro que el rol que desempeña el sujeto pasivo del potencial delito es determinante a la hora de aplicar el procedimiento penal legalista, pues con la conducta del mismo se afecta la tipicidad o no de la conducta, y claro por consiguiente, la punibilidad o no de la misma.

“(...) puede que la configuración de un contacto social compete no solo al autor, sino también a la víctima (...)”

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

Podríamos decir, que se dan ciertos casos en los cuales la víctima sostiene el dominio del hecho hasta el punto cero del acto transgresivo. Cuando la determinación de la conducta, compete no solo al autor sino también a su víctima, mal haría el derecho penal requerirle por la misma. Lo anterior, obviamente sin perjuicio, de la normatividad de la jurisdicción soberana donde se aplique. En todo caso, se trata de supuestos en los cuales la víctima puede todavía ejercer un mínimo de protección de sus propios bienes jurídicos, y aunque si lo hiciera evitaría el resultado lesivo, decide no hacerlo y enfrentar las consecuencias. Nótese que en estos casos existe una estrecha relación con la teoría de la participación.

“El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que a continuación cumpla con sus deberes. En este caso la confianza se dirige a que el autor realizara su comportamiento de modo correcto. (...) En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quine haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes no ocasiona daño alguno” (Jakobs, Gunter. 1996: 34)

El concepto de riesgo permitido, limita entonces con los derechos de los ciudadanos como potenciales víctimas, pues mientras que el potencial autor se limite a sí mismo con el riesgo permitido, la lesión que, una vez determinadas las causas y circunstancias acompañantes, pueda causar a la víctima no le será imputable. La conducta de la víctima tendrá nexo de causalidad con el resultado lesivo en mayor o menor medida mientras se desplaza al interior y exterior del riesgo permitido. La complejidad del asunto surge en la evaluación objetiva de las conductas para adecuarlas dentro de los límites del riesgo permitido. Sin embargo, esta teoría de la escuela alemana, a mi juicio, no perjudica de manera ostensible los derechos que pudiesen llegarse a radicar en cabeza de los titulares de los bienes jurídicos lesionados, como víctima del injusto penal

Algo similar sucede cuando procesalmente la norma establece atenuantes y agravantes como espectros del grado de reproche. En la medida que X o Y circunstancias hayan

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

acompañado la comisión del tipo, dichas circunstancias serán tenida en cuenta por la administración de justicia, no para determinar la comisión del tipo, sino para graduar el reproche que derecho penal le tiene a la conducta precisada. Graduación que se traduce en aumento o disminución de la pena, de acuerdo a los parámetros normativos. Para el tema con nos convoca, en la medida en que la víctima haya sufrido un detrimento mayor de sus bienes jurídicos tutelados, y que su “*dolor*” fuese mayor dado una circunstancia X o Y en la comisión del injusto, el sujeto activo deberá ser penado con mayor severidad, pues el reproche que se le hace a su conducta es mayor.

6.1.2 La víctima en la normatividad penal de la actualidad

La Carta Política de 1991 trajo consigo la obligación de proferir un nuevo compendio normativo acorde con la constitucionalización de los derechos de las víctimas y los nuevos lineamientos constitucionales del artículo 250, en cuanto a los procedimientos y principios penales y el ente denominado Fiscalía General de la Nación. Desde este compendio normativo que tiene fundamento las previsiones políticas de la carta, es que el proceso penal, como aquella diligencia administrativa y judicial adelantada por una autoridad, debe tener como su eje central el respeto y el resarcimiento de la dignidad y/o patrimonio de la víctima del delito. Entendí, que Colombia ahora se establece como un estado social derecho, en el cual la función del estado está orientada a la protección de legislador primario, en todos y cada una de las instancias de la administración pública, la administración de justicia y la ejecución de las políticas públicas.

Ley 600 De 2000. La regulación de los nuevos códigos penal y de procedimiento penal del año 2000 en esencia recogieron todos los avances que en materia de doctrina y jurisprudencia se venían dando en torno a la víctima y la protección de sus derechos. Así, la ley contempló participación de la víctima en todos los estadios procesales, así como mecanismos para lograr la efectiva protección del derecho constitucional de las víctimas al

restablecimiento del derecho. El Doctor, Vicente Gaviria, hace un recuento pormenorizado de los mecanismos introducidos por esta nueva legislación que vale la pena citar textualmente.

“1. Posibilidad de embargar y secuestrar bienes de los penalmente responsables (autores y partícipes), lo cual podría ocurrir a partir del momento en que se imponga medida de aseguramiento personal;

2. Posibilidad de embargar y secuestrar bienes del denominado tercero civilmente responsable, lo cual podría ocurrir a partir del momento en que la resolución de acusación queda ejecutoriada;

3. Posibilidad de embargar bienes del penalmente responsable y del llamado tercero civilmente responsable, incluso antes de existir medida de aseguramiento personal o resolución de acusación ejecutoriada, según el caso, como acontece con la denominada entrega provisional, la cual se ordena, en tratándose de delitos culposos, respecto de vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y demás objetos que tengan libre comercio cuando constituyeren instrumentos o efectos con los cuales se haya cometido la conducta;

4. Prohibición de enajenar bienes sujetos a registros dentro del año siguiente a la vinculación;

5. Posibilidad de ordenar la cancelación de títulos y registros de propiedad, o títulos y registros de gravamen, respecto de bienes sujetos a registro;

6. Posibilidad de ordenar la suspensión e incluso terminación de actuaciones judiciales que se estuvieren adelantando teniendo como base las calidades jurídicas derivadas de títulos de propiedad o gravamen de bienes sujetos a registro obtenidos fraudulentamente;

7. Derecho a tener la posibilidad de que se permita la vinculación al proceso, mediante el llamamiento en garantía, a la compañía de seguros que hubiere amparado a alguna de las personas que de conformidad con la ley sustancial están llamadas a indemnizar;

8. Derecho a que, en la sentencia condenatoria, estando demostrado el daño y la responsabilidad civil del llamado a responder civilmente, sea éste autor o partícipe del delito o tercero civilmente responsable, o incluso llamado en garantía, se profiera

sentencia condenatoria declarando la responsabilidad civil e imponiendo la obligación de indemnizar los perjuicios que se hubieren demostrado, sean materiales, morales o incluso a la vida en relación;

- *9. Posibilidad de que la acción penal respecto de un amplio catálogo de delitos se extinga a condición de que exista indemnización integral de los perjuicios o incluso conciliación, la cual no ha de suponer necesariamente un pago de los perjuicios.”*
(Gaviria Vicente Emilio, Estado Actual de los Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia)

La ley 600 de 2000. Establecía la posibilidad de la acción popular de daños, previendo que los crímenes cometidos por ciertos sectores armados, e incluso por agentes del estado, tenía víctimas múltiples, que se veían afectadas en mayor o menor medida como resultado de los mismos hechos

El artículo 45 estableció que:

Titulares. La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquéllas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de una lesión directa a bienes jurídicos colectivos

- Esta acción ha sido empleada incluso por una ONG en casos de lucha contra la corrupción. (Estudios ocasionales Cijus. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.)

Ley 906 De 2004. El código procesal vigente, si bien incluyó novedades en cuanto a los derechos de las víctimas del injusto penal, parece ser, olvido algunos de los avances normativos de su código antecesor. Además, el nuevo código procesal penal no modificó de

manera sustancial la fundamentación desde la teoría de delito que ya contenida sus antecedentes normativos. Por tanto, las modificaciones fueron en su mayoría procedimentales y no sustanciales.

ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;*
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;*
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;*
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;*
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;*
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;*
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;*
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;*
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;*
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.*

El nuevo código procesal penal fue demandado por inconstitucionalidad en repetidas ocasiones por no incluir a la víctima del injusto dentro de los actos procesal mas importante

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

de curso penal, por tanto, la inclusión de la víctima al interior del proceso a resultado de una cuidadosa y rigurosa jurisprudencia constitucional que ha ordenado incluir a la víctima dentro del proceso penal con facultades que le permitan actuar en pro de sus interés y no solo como el convidado de piedra. En el presente trabajo, solo recorreremos algunos de dichos pronunciamientos de la Corte Constitucional, ya que limitaremos nuestra aproximación al tema que nos convoca.

Ley 975 De 2005 (Ley De Justicia Y Paz). Artículo 1: La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la ley 782 de 2002. (Ley 975 de 2005)

Erigiéndose como un progreso legislativo en materia de derecho de las víctimas del injusto, aunque plagada de inconveniencias, la ley 975 sentó un muy necesitado avance legislativo y permitió no solo las desmovilizaciones de grupos paramilitares², sino que vindicó los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por estas estructuras. Además, previó una etapa pre procesal creada con el solo propósito de garantizar el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad, así, durante la versión libre del jefe paramilitar que se acogiere a la ley la víctima y la sociedad podrían conocer los por menores de los delitos, así como quienes hicieron parte de ellos y que autoridades estatales pudieron haber estado involucradas. El gobierno de aquel entonces, adelantaba un proceso de desmovilización con el grupo de extrema derecha auto denominado A. U. C. Las coyunturas políticas exigían una reforma normativa, que permitiese por vía de la justicia transicional el desmonte de la estructura paramilitar. Si bien la mayoría del personal de estas bandas violentas volvió a

No obstante, recientemente se ha evidenciado que si bien se desmontó la estructura política de las llamadas auto defensas unidas de Colombia, mucho de los combatientes y jefes continuaron en la ilegalidad y las actividades de tráfico de estupefacientes, extorsión, reclutamiento de niños, entre otros delitos.

delinquir una vez otorgados los beneficios jurídicos, si hubo un logro material el cual fue la desaparición de la estructura burocrática y económica de un grupo violento político.

Para que el paso académico para este punto contextualice de manera adecuada, procedemos a citar a al Profesor Luis Ricardo Gómez Pinto, y su artículo acerca de la Ley de Justicia y Paz.

“Los individuos de los grupos paramilitares y otros desmovilizados que se han venido comprometiendo con la reparación, en presencia de la Ley 975, obtienen un aumento en su beneficio individual porque una vez aceptado el sometimiento a la ley sus derechos se ven restringidos en una menor proporción a la que se esperaba del modelo criminal tradicional. Pero la compensación, al tratarse de un incentivo como lo veía la *Corte*⁶⁸, en términos de eficiencia de un tercer sujeto (víctima), puede ser real o no. Esto por cuanto el individuo reparado en su daño puede, subjetivamente, verse mejorado en su utilidad o no, dependiendo del criterio que adopte cada uno de los afectados ante las condiciones en que se haya desplegado la conducta, ya que como bien lo refiere la ley, se trata de delitos de gran impacto social cuya reparación integral comprende un proceso de difícil compensación para las víctimas, sobre todo cuando aún existen fuertes rezagos de impunidad. Así, puede concluirse que los efectos de eficiencia a los que induce la ley, representados en la sanción óptima, resultan efectivos en torno a evitar la repetición de las conductas y la reparación de las víctimas pero de forma hipotética.”

Ley 1448 De 2011 (Ley De Víctima Y Restitución De Tierras). Con la entrada en vigencia de la ley de víctimas, el desarrollo legislativo nacional, en torno a la protección de las víctimas del injusto penal, alcanzo un hito histórico. De hecho, el gobierno presidido por el gobierno del Doctor Juan Manuel Santos, introdujo potentes novedades conceptuales, interpretativas y políticas, que permitieron desarrollar instrumentos eficaces de protección jurídica, muy al contrario de lo que sucedida con el anterior gobierno.

Sin entrar demasiado en el tema, ya que es demasiado extenso, diremos que se trata de la pieza normativa mas importante para vindicar los derecho de las víctimas en nuestro país, y que contempla unas medidas restaurativas que de darse puede ayudar a solucionar el conflictos social en el que vive inmerso la nación.

6.1.3 Los Derechos de las Víctimas Desde el Control Constitucional Concentrado

Bajo el mandato constitucional de la Carta Política de 1991, el avance jurisprudencial fue enorme, y hoy la víctima debe gran parte de su empoderamiento a las numerosas sentencias de control constitucional que de manera de legislador positivo, fue construyendo la corte a través de pronunciamiento judiciales. Llegando incluso a al declaratorio de inexecutable de disposiciones que resultaran de cualquier manera excluyentes a los derechos de las víctimas, ya fuera que se eliminara el aparte normativo o se condicionara su permanencia en el ordenamiento a la efectiva participación bajo los mismos términos de la víctima del delito. De tal manera que la víctima ha logrado hoy día su papel protagónico en el proceso penal de la mano de la constitucionalización de sus derechos, y la posterior guarda que hacen de estos la corte constitucional. Sin embargo, los pronunciamientos de la alta corte no han escapado de contradicciones de facto y contradicciones analíticas.

La diferencia esencial entre la concepción de víctima actual y aquella que se tuviese en la década de los noventa (90), es que antes se miraba a la víctima aun como la parte civil del proceso, aun cuando sus derechos fueran mucho más allá que simplemente la satisfacción económica, el cambio sustancial se produce cuando a la víctima se le permite acceder al proceso no solo para hacer valer sus derechos económicos sino mas bien para qué derechos como la verdad y la justicia se hicieron valer.

Ha sido lamentable que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de sus fiscales delegados, hayan sido tan pobres para con la víctima del delito, que este tenga la necesidad de recurrir a otro profesional del derecho que haga valer sus intereses y sus derechos a la verdad, justicia, y reparación; y es a todas luces lamentable, ya que no debería haber una necesidad material de esa asistencia para reducir los márgenes altísimos de impunidad que ocupan la preocupación de los profesionales del derecho responsables de la nación. El cambio es sustancial, el proceso penal deja de ser potestad exclusiva del estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, el ciudadano privado, la persona individual reconquista de manos del soberano la potestad punitiva, reviven los derechos

privados y quedan vencidas aquellas ansias represivas públicas que heredamos de nuestro pasado inquisitivo y religioso.

Para los fines académicos del presente escrito es menester anotar con brevedad las sentencias que marcaron hito en el derecho de las víctimas, pero solo pasaremos a profundizar en el análisis de aquellas que tengan que ver con el objeto específico del presente escrito, toda vez, que sobre la línea jurisprudencial de las altas cortes acerca de las víctimas de delito ya existen numerosos escritos³.

La Corte Constitucional ha construido una sólida y consistente jurisprudencia sobre el alcance constitucional de los derechos de las víctimas y perjudicados con las conductas punibles. Realizando una revisión de las sentencias de la Corte constitucional sobre el derecho de las víctimas y siguiendo un orden cronológico, podemos mencionar las siguientes: sentencia C-293 de 1995, proferida con ocasión de la revisión de constitucionalidad del artículo 45 del Decreto 2700 de 1991 (oportunidad para la constitución de parte civil en el proceso penal), la Corte dejó sentada la tesis acerca de la superación de la concepción meramente económica de la parte civil en el proceso penal. Esta doctrina fue reiterada en la C- 163 de 2000, sobre los artículos 47.7 (requisitos de la demanda de parte civil); 50 (rechazo de la demanda); y 55 parcial (sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios) del Decreto 2700 de 1991.

En la sentencia C-1149 de 2001 sobre los artículos 107, 108.3 y 305 (parcial) de la Ley 522 de 1999 (Código penal Militar), la Corte extendió la doctrina constitucional sobre los derechos de las víctimas, particularmente a conocer la verdad y a que se haga justicia, a los procesos de competencia de la justicia penal militar. Siguiendo esta misma tendencia la sentencia C- 178 de 2002, declaró la inexecutable de los artículos 578 y 579 (parcial) de la Ley 522 de 1999, “por la cual se expide el código penal militar”. En la sentencia T-1267 de 2001, se reiteró la doctrina sobre la superación de la concepción puramente patrimonial de los derechos de las víctimas, y el derecho a la participación activa en todo el proceso que de tal concepción se deriva.

³ Entre ellos el del autor colombiano Vicenta Gaviria Londoño

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

La sentencia C- 228 de 2002 profundiza en la re conceptualización de la parte civil a partir de la Constitución de 1991, realizando un completo estudio de los derechos de las víctimas y los perjudicados con el delito, señalando que éstos tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria, que es la forma tradicional en que se ha resarcido a la víctima de un delito. Desarrolla los derechos a la verdad y a la justicia a la luz de los principios de la Constitución, y del derecho internacional, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva; se apoya igualmente en una referencia al derecho comparado. En esta decisión se declara exequible el inciso 1° del artículo 137 de la Ley 600 de 2002, en el sentido que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia. En la sentencia C-578 de 2002, revisión de la Ley 742 de 2002, “por medio de la cual se crea el Estatuto de La Corte Penal Internacional”, se destacan la efectividad de los derechos de las víctimas y el propósito de evitar la impunidad, como razones políticas para declarar la exequibilidad de la Ley.

En la sentencia C-805 de 2002, al revisar la constitucionalidad del artículo 392 de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró el alcance de los derechos de las víctimas en sus dimensiones de verdad, justicia y reparación integral. En la sentencia C- 875 de 2002, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 45 (parcial), 48 (parcial) y 137 (parcial) de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró la finalidad de la parte civil en los términos establecidos en la sentencia C-228 de 2002, poniendo énfasis en que el interés de las víctimas y los perjudicados en participar en el proceso penal, trasciende el campo meramente subjetivo o individual. La sentencia C- 916 de 2002, al efectuar el estudio de constitucionalidad del artículo 97 (indemnización por daños) de la Ley 599 de 2000, examinó la responsabilidad civil derivada del hecho punible, con énfasis en las nuevas estrategias que se han desarrollado en el derecho comparado para garantizar el resarcimiento de los perjuicios que van desde el reconocimiento de la posibilidad de buscar la reparación de los daños a través del mismo proceso penal en países en que no estaba permitido, hasta la creación de fondos públicos y sistemas de aseguramiento del riesgo de daño proveniente de los delitos violentos.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

En la sentencia T- 556 de 2002, la Corte reiteró la doctrina de los derechos de las víctimas en el proceso, con énfasis en la posibilidad de acceso a la justicia, y la protección de este derecho por vía de tutela cuando resulte vulnerado o amenazado. En la sentencia C- 04 de 2003, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del numeral 3° (parcial) del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 sobre la procedencia de la acción de revisión. En esta sentencia se pone el énfasis en las obligaciones correlativas de investigación seria que corresponden al Estado, frente a los derechos de las víctimas no sólo a ser reparadas, sino a saber qué ocurrió y a que se haga justicia; deber que adquiere particular relevancia cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos. En la sentencia C- 451 de 2003, a propósito del estudio de constitucionalidad del artículo 323 de la Ley 600 de 2000, la Corte declaró el derecho de las víctimas a participar con plenas garantías en la fase de investigación previa.

En la sentencia C- 570 de 2003 la Corte realizó un estudio sobre las especiales prerrogativas que se derivan de la constitución de parte civil dentro del proceso penal, en contraste con la reclamación mediante acciones de la jurisdicción civil; prerrogativas que se derivan del plexo de derechos que a las víctimas de los delitos se han reconocido en el ámbito penal (a saber la verdad, a que se haga justicia y a la reparación integral). La sentencia C-775 de 2003 estudió la constitucionalidad del artículo 21 de la ley 600 de 2000 sobre restablecimiento del derecho. Reiterando la doctrina sobre la trilogía de derechos de que son titulares las víctimas: verdad, justicia y reparación, destacó su valor como bienes cardinales de una sociedad que persiga un orden justo, y la interdependencia que existe entre ellos, de manera que “no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia”.

En la sentencia C- 899 de 2003 se efectuó el estudio de constitucionalidad sobre los artículos 38 (parcial), 42, 48 (parcial), 52 (parcial), 55, 57 (parcial) de la Ley 600 de 2000. En esta sentencia se destacó la relevancia de la explícita consagración del derecho de acceso a la administración de justicia (229) en la nueva conceptualización de los derechos de las víctimas, en particular de su derecho al proceso penal.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

En la sentencia T- 694 de 2000, la Corte enfatizó en que los derechos de participación y de acceso a la administración de justicia, le confieren a la parte civil derechos y obligaciones similares a las de los demás sujetos procesales, lo cual implica, entre otras cosas “solicitar las pruebas que considere conducentes para el esclarecimiento de la verdad o para demostrar la responsabilidad del sindicado, así como el derecho a recurrir las decisiones que afecten sus intereses”.

En las sentencias C-014 de 2004 y C-114 de 2004, la Corte hizo extensivo el concepto de víctima y el alcance constitucional de sus derechos a los afectados por las faltas disciplinarias. En la sentencia C-998 de 2004, la Corte ratificó la legitimidad de la parte civil (Art. 205 de la Ley 600 de 2000) para instaurar demanda de casación contra sentencia absolutoria. En las sentencias C-1154 de 2005 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) y C-1177 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad de algunas normas de la ley 600 de 2000, sobre archivo de diligencias (Art.79), e inadmisión de denuncia (Art. 69), condicionando la constitucionalidad a que tales decisiones fueran notificadas a las víctimas y al denunciante, respectivamente, a fin de preservar sus derechos.

En la sentencia C- 591 de 2005, se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 600 de 2004, se destacó en esta sentencia la relevancia de los derechos de las víctimas dentro del modelo procesal con tendencia acusatoria instaurado mediante el acto legislativo. 03 de 2002.

En la sentencia C-979 de 2005 a propósito de la demanda contra los artículos 78, 192.4, 327, 330 y 527 de la Ley 906 de 2004, la Corte realizó un pronunciamiento sobre la protección de las víctimas y los esquemas de justicia distributiva establecidos en el sistema procesal de tendencia acusatoria. En la sentencia C-047 de 2006, se estudió la constitucionalidad de los artículos 176 (parcial) y 177 (parcial) de la Ley 906 de 2004, la Corte reiteró la doctrina referida a la tensión entre el derecho al non bis in ídem y el debido proceso contenido en la sentencia C-04 de 2003 y C-979 de 2005, señalando que “en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem.

En necesario destacar la sentencia 454 de 2006 donde la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Jorge Córdoba, reitera los amplios derechos de la víctimas, donde se precisa que no son solo meros intervinientes, sino sujetos procesales con todos sus derechos para intervenir el proceso penal, derechos como los tiene el procesado, el fiscal y el ministerio público.

De manera que para ilustrar al lector de este avance, es ineludible citar apartes de la sentencia C-228 de 2002, la cual ha venido sido reiterada en numerosas sentencias⁴, y la cual de veras marco un hito en el avance jurisprudencial del derecho de las víctimas de delito.

De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica – fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: “1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves

⁴ Entre otras la C-209 del 21 de marzo de 2007

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

violaciones de los Derechos Humanos.” (Cepeda Espinosa, Manuel José & Montealegre Lynett, Eduardo. 2002)⁵

Los fundamentos lógicos, jurídicos y morales de aquella primera conclusión se desprenden básicamente de aquel pronunciamiento de la corte interamericana en el caso Barrios Altos, en el cual, valga la pena recordar, un destacamento militar bajo órdenes del ex presidente Peruano Alberto Fujimori, se toma una zona tradicional y popular de la ciudad de Lima y cometen la masacre que más tarde sería condenado por la Corte Interamericana, la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los estados partes que les nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

Velásquez Rodríguez” (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988 y “*Barrios Altos*” (fundamento 43), sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sin embargo, en aras de no desviarnos del tema, continuaremos con la cita de esta importante sentencia.

“(…) “2. *El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.*

5 Sentencia C-228 de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett,

con aclaración de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería), en donde la Corte Constitucional precisó el alcance constitucional de los derechos de las víctimas en el proceso penal y resolvió lo siguiente:

“Primero. Declarar exequible, en relación con los cargos estudiados, el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia en los términos de la presente sentencia. Así mismo, declarar exequibles, en relación con los cargos estudiados, los incisos segundo y tercero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, salvo la expresión ‘en forma prevalente y desplazar la constituida por las entidades mencionadas’, contenida en el inciso segundo, que se declara inexecutable. Segundo. Declarar exequible el artículo 30 de la Ley 600 de 2000, en relación con los cargos estudiados, en el entendido de que las víctimas o los perjudicados, una vez se hayan constituido en parte civil, pueden acceder directamente al expediente.

Tercero. Declarar exequible el artículo 47 de la Ley 600 de 2000, en relación con los cargos estudiados, salvo la expresión ‘a partir de la resolución de apertura de instrucción’ que se declara inexecutable”.

“3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.” (Sentencia C-228 de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett)

Disertar acerca de la justicia, su significado y trascendencia social y jurídicamente será seguramente un sobresalto, vale para el caso anotar que la justicia como derecho de la víctima del delito se traduce necesariamente en mecanismos procesales efectivos que permitan a la víctima intervenir en el proceso penal a plenitud. De manera que ineludiblemente entre el derecho de las víctimas a la justicia y el debido proceso se determinan una conexidad conceptual y jurídica que no puede ser eludida por la administración de justicia nacional. El derecho a la justicia será solo en la medida en que los beneficiarios sea cobijado por la totalidad de los componentes del debido proceso, contradicción, publicidad, posibilidad de aportar pruebas y controvertir judicialmente a través de recursos los autos y sentencias de los jueces de la república, en los términos, claro está, de una regulación comprensiva y garantista de los derechos de todos los sujetos en el proceso penal

“Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo

– porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público – pero no se ha establecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quién es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil – aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad

– ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que

haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso.”

Quedo por tanto claro, de acuerdo a los avances jurisprudenciales en la materia, que la calidad de víctima se adquiere en tanto exista un daño real, no necesariamente de contenido económico, concreto y específico, que legitime la participación de la víctimas en el proceso penal. En tanto aquel daño exista, la víctima podrá por vía de mecanismos pretender obtener cualquiera de los derechos o todos juntos. Incluso, cuando ya se haya cubierto el daño patrimonial del daño, la víctima podrá aun pretender la satisfacción de sus derecho a la justicia ya la verdad, La determinación de a quien le competen aquellas potestades procesal debe también filtrarse de acuerdo al tipo infringido, el bien jurídico protegido y el nivel de afectación del bien jurídico tutelado, debe tenerse más que simplemente el aspecto económico cuantitativo del daño. Es por esto que la sentencia C-228 de 2002 construye el concepto de intervención procesal de la víctima, pues nunca antes se había creado mecanismo alguno que permitiera llevar al mundo material los derechos de las víctimas, ni legislativa ni prácticamente.

En la sentencia C-580 de 2002, la Corte dijo que el derecho de las víctimas del injusto penal de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se haya identificado e individualizado a los presuntos responsables.

Dijo la Corte:

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

“Esta ampliación de la potestad configurativa del legislador se traduce específicamente en la facultad para extender el término de prescripción. En primer lugar, por el interés en erradicar la impunidad, para lo cual es necesario que la sociedad y los afectados conozcan la verdad, que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia. En segundo lugar, por el derecho de las víctimas a recibir una reparación por los daños. En tercer lugar, debido a la dificultad que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurren en tales conductas. (...)

En la sentencia C-875 de 2002,¹¹ teniendo en cuenta los derechos de las víctimas, esta Corporación consideró que no resultaba razonable excluir a la parte civil del amparo de pobreza e impedir de esta forma su constitución a través de abogado.

Dijo entonces la Corte:

“(...) no resulta razonable excluir del otorgamiento del amparo de pobreza a la parte civil, así no actúe como actor popular, cuando por sus condiciones económicas o sociales, y conforme a las normas que regulan la materia, éste carezca de los medios necesarios para contratar un abogado. En esa medida, se declarará

la exequibilidad de la expresión “El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil”, contenida en el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, condicionada a que se entienda que la parte civil que no pretende intervenir como actor popular, no está excluida del amparo de pobreza. Como consecuencia de ello, las víctimas y los perjudicados por el delito tendrán derecho al amparo de pobreza dentro de los términos del Código de Procedimiento Civil, sin que para ello sea necesario que su intervención dentro del proceso sea en calidad de actores populares.”

6.1.4 Definición de Víctima

“Por víctima no solo debe entender su concepción (individual), sino que el concepto debe comprender, también, a las asociaciones intermedias cuyo objeto es la protección del bien jurídico atacado por la infracción.” (Ilanud. 1991: 130). Víctima, en primer término es todo ser viviente sacrificado o destinado al sacrificio. El término víctima es susceptible de ser usado ante tres situaciones, la guerra, los desastres naturales y los delitos.

En la guerra, se le dice víctima a la persona física, ya sea militar o no, que muere o es herido en el desarrollo de una batalla o acción de guerra, diferenciándose entre heridos y fallecidos.

Un desastre natural, definiéndolo de modo puramente enunciativo, es aquel suceso material de origen natural que afecta en masa y su grado de afectación supera parámetros definidos por autoridades que los determinen.

En el derecho penal, una víctima es una persona natural o jurídica, la cual directa o indirectamente sufre un daño provocado por la comisión de un delito. Entendiéndose daño como la afectación a los bienes jurídicos tutelados por la ley, por tanto debemos referirnos entonces a la víctima del injusto penal. Nos referimos a la víctima del injusto penal, cuando tal aclaración parecería innecesaria, pero el término es más amplio y no solo reduce al derecho penal.

La definición de la Organización de Naciones Unidas de 1986 reza, “*aquella persona que ha sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material, o un menoscabo importante en sus derechos), como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del derecho internacional.*”

La Ley 782 de 2002, en su artículo seis (6), establece:

“*Para efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates,*

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos de la ley 387 de 1997.

Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.”

Las víctimas de la violencia política, adquieren entonces el derecho que les concede la ley 782 de 2002, y no los precisos y taxativos términos de esta ley, aquellas víctimas podrán acceder a reparaciones de parte del estado. Sin embargo, da la sensación de excluir sin razón suficiente a las demás víctimas del injusto penal, o, las víctimas de injusto penal genérico. Sin embargo, incluye un amplio rango de víctimas pero limita su ámbito de aplicación a los que denomina conflicto armado interno. Habrán múltiples situaciones en las cuales un hecho no será claro en cuanto a su pertenencia a las hostilidades entre grupos armados organizados al margen de ley. La inclusión de los desplazados jugó en papel clave en el reconocimiento jurídico de este lamentable hecho.

En el marco de esta normatividad, es menester entonces remitirnos al artículo 1 de la Ley 387 de 1997.

“ARTICULO 1o. DEL DESPLAZADO. Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alterar drásticamente el orden público.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará lo que se entiende por condición de desplazado.”

Sobre la citada normatividad se pronuncia la Corte Constitucional en sentido favorable, al declarar la exequibilidad por medio de Sentencia C-372-09 de 27 de Mayo de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nelson Pinilla Pinilla

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Posteriormente en la normatividad penal nacional, se ha legislado privativamente en cuanto a la víctima del injusto penal, normas como la Ley 975 de 2005 y 1448 de 2011 definen a la víctima del injusto tan solo para efectos del articulado que subsiguiente, lo cual normalmente reduce los efectos legales a víctimas de cierto tipo de delitos y durante transcurso cronológicos limitados. El artículo quinto de la denominada ley de justicia y paz define víctima el relación con sus términos.

“Artículo 5. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.”

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

El control constitucional concentrado ejercido por la Corte Constitucional de la Republica de Colombia ha ido precisando y condicionando la aplicación directa de la Ley 975 de 2005. Sin entrara demasiado en profundidad acerca de la jurisprudencia constitucional acerca del tema, vale la pena anotar,

“(…)el inciso 2o. declarado exequible, por los cargos examinados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370-06 de 18 de mayo de 2006, Magistrados Ponentes Drs. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, 'en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.’” (Ley 975 de 2005).

Nota. La jurisprudencia constitucional acerca del tema viene siendo reiterada en sentencias C-650-06, C-575-06, C-531-06 y C-455-06 entre otras.

En cuanto a la Ley 1448 de 2011, fue aquella norma que definió con claridad los efectos a aplicar a víctimas diferenciales dentro del sistema penal nacional. Estableció, como la Ley 975 de 2005, parámetros limitativos como tipos penales y límites cronológicos, pero también definió víctima de una manera genérica. Lo más adecuado entonces remitirnos a la cartilla de la ley de víctima de restitución de tierras.

“ARTÍCULO 3o. VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

PARÁGRAFO 1o. Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.

Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.

PARÁGRAFO 3o. Para los efectos de la definición contenida en el presente artículo, no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común.

PARÁGRAFO 4o. Las personas que hayan sido víctimas por hechos ocurridos antes del 1o de enero de 1985 tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.

PARÁGRAFO 5o. La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular de lo establecido por el artículo tercero (3o) común a los Convenios de Ginebra de 1949. El ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales, no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley.” (Republica de Colombia. Ley 1441 de 2011)

El párrafo tercero llama especialmente la atención, ya que es explícito cuando excluye a víctimas de delincuencia común, creando, a nuestro humilde modo de ver, dos grupos diferenciados de personas que acceden a un derecho de una manera distinta, estableciéndose por tanto una desigualdad constitucional. Vale aclarar, que se trata de una apreciación puramente subjetiva y que solo pretende dilucidar una posible solución distinta que permitiera que las víctimas de injusto penales comunes puedan acceder a los mismos derechos que tienen quienes se ven cobijados por la definición de víctima de las normativas penales recientes. Por otro lado, no parece ser posible lograr por medio del control constitucional que el término se permita ampliarse, dado, que la potestad de libre configuración de legislado, sería probablemente, uno de los factores que permitirían esta regulación penal un poco excluyente.

6.2 Marco Constitucional

“Una de las mayores críticas que desde siempre se han escuchado en contra de la justicia penal, la constituye el hecho de decidir los procesos excluyendo a las víctimas, soslayando, de contera, los intereses de estas.” (Whanda Fernández León, Procedimiento Penal Constitucional, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999)

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

El artículo 250 de la constitucional, al regular el marco de la Fiscalía General de la Nación, consagra como uno de sus deberes “(...) velar por la protección de las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso”.

Artículo 11 C.P.P “La Fiscalía General de la Nación dentro de la actuación penal proveerá la protección y asistencia de las víctimas y demás intervinientes en el proceso que lo requieran, para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación judicial plena y libre”

Desde una perspectiva de las altas cortes, los fundamentos constitucionales de los derechos de la víctimas del injusto penal, son;

“En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia constitucional al interpretar armónicamente los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta, ha ido decantando una protección amplia de los derechos de las víctimas del delito y precisando el alcance de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, dentro de una concepción que recoge los avances del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.”⁶

Sin duda, en este análisis que hace la corte en sentencia del dos mil siete (2007), en momentos que reiteraba la jurisprudencia y unificaba conceptos, se deduce que el marco constitucional del derecho de las víctimas del delito son los artículos 1⁷, 2⁸, 15⁹, 21¹⁰, 93¹¹, 229¹² y 250¹³ de la carta política.

6 Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, Corte Constitucional, MP Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá

7 ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

8 ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

9 Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

10 ARTICULO 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección

11 ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

12 ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

13 ARTICULO 250. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

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

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

Constitucionalmente, cuando a una víctima del injusto penal se le niega por parte de un fiscal delegado, la expedición de copias e información completa sobre el proceso, se vulneran los derecho de petición (art. 23), derecho a ser informado de una manera veraz e imparcial (art. 20) y el derecho

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. 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.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

(Subrayado fuera del texto)

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

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Parágrafo 2°. Adicionado por el art. 2, Acto Legislativo 006 de 2011. Con el siguiente texto: Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

de toda persona acceder a la administración de justicia, el cual, según jurisprudencia constitucional¹⁴, es un derecho fundamental y por consiguiente tutelable.

Bloque de Constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. (Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz)

Este concepto debe entenderse como el conjunto de normas, principios y tratados que aunque no aparecen en la constitución como tal son utilizados para ejercer el control constitucional de las leyes. Según la sentencia C- 255 de 1995 "El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma distintos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu

Ahora bien, en la sentencia C-582 de 1999 la Corte Constitucional define el bloque de constitucionalidad como "El control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter "supra legal" que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de constitucionalidad. Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se

14 Ver Sentencia T-06/1992 de Mayo de 1992. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T-597

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a utilizar la Corte Constitucional sólo a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo. (Sentencia C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón)

Desde la perspectiva de la víctima del injusto penal, la regulación de sus derechos debe siempre pasar por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 1º de la Convención Interamericana que estableció:

“Incluso si en el supuesto de que las circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieron aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean responsables de delito de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, donde se encuentran sus restos, representan una justa expectativa que el estado debe satisfacer con los medios a su alcance”. (Convención Interamericana de Derecho Humanos)

De igual manera, el Artículo 32 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, estableció:

“En la aplicación de la presente sección, las actividades de las Altas partes contratantes, de las partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los convenios y en el presente protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familiares de conocer la suerte de sus miembros”

Constitucionalmente, se adaptó el tratado mediante sentencia del 28 de Octubre de 1992, la alta corte en ese entonces consideró;

“En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo

congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens”

En síntesis la corte señaló:

“De ahí que el contenido normativo del Protocolo I, el cual se nutre de esos mismos valores y principios, coincida con el contenido axiológico y normativo de la Constitución Colombiana.”

Finalmente, ante la Organización Internacional de Naciones Unidas, se establecieron un conjunto de principios para prevenir e investigar ejecuciones extrajudiciales, allí se estableció que:

“(…) los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas.”

De aquel pronunciamiento compartido podemos sin duda determinar que los derechos humanos incluyen la posibilidad de que los familiares conozcan el proceso, su indagación y lo que contiene esta.

6.3 Marco Normativo

La regulación de las víctimas del delito en el ámbito de legislación nacional se compone de los siguientes compendios normativos.

1. Ley 418 de 1997 (Ayuda Humanitaria)
2. Ley 387 de 1997 (Desplazamiento Forzado)
3. Ley 975 de 2005 (Justicia y Paz)
4. Ley 1142 de 2007
5. Ley 1257 de 2008
6. Ley 1448 de 2011
7. Decreto 176 de 2008 (Comisión de Restitución de Inmuebles)
8. Decreto 1290 de 2008 (Reparación administrativa)

9. Resolución 0-2296 de 2007
10. Decreto 3570 de 2007
11. Decreto 176 de 2008
12. Decreto 880 de 2008

6.2.1 Reconocimiento de calidad de víctima

El reconocimiento que hace el gobierno de la calidad de víctima, según la regulación de la ley 1448, surge desde el momento en que esta se inscriba en el registro único de víctima, procedimiento que realiza las oficinas del ministerio público, ya fuere personerías, defensorías del pueblo y sus oficinas con delegados. La decisión de inclusión de la persona en el registro único de víctimas la toma la unidad nación de atención a víctimas en un plazo de sesenta (60) días. Aunque, si la declaración es rechazada la persona puede ampliar los hechos en aras de que se acepte su inclusión. De esta proceso se excluyen los desplazados, quienes deben orientarse a través de la oficina de desplazados del municipio o su delegado, y aquellos que hayan optados por la reparación administrativa, de acuerdo a lo regulado en Decreto 1290 de 2008.

No obstante, jurisprudencia constitucional que será debidamente abordada a continuación, a dispuesto que no se necesita ostentar la calidad de víctima para acceder al expediente con el que cuenta el fiscal suscrito al caso, ya que tan solo deberá acreditarse un interés en las resultas, ya sea como querellante legítimo o como víctima indirecta del injusto penal, la fiscalía o juzgado no podrán entonces oponer reserva alguna a los peticiones que haga la víctima o perjudicado aun en la etapa de indagación, en donde técnicamente aun no existe proceso penal o conflicto entre el estado y el particular indiciado.

Concepto de Verdad. *“Para investigar la verdad es preciso dudar, en cuanto sea posible, de todas las cosas”* René Descartes.

La verdad, es una de esos entes culturales egológicos que presentan una innumerable cantidad de definiciones, interpretaciones, conceptualización y hasta toda una escuela de pensamiento. Obviamente, este escrito no será el escenario para continuar tan arduas e interesantes discusiones, sin embargo si es del caso anotar, así sea de modo simplemente enunciativo, grandes obras literarias que han aportado a evolucionar nuestro modo de entender la verdad.

- Kripke, Saul (1975). «Outline of a Theory of Truth». *Journal of Philosophy* **72** (19)
- Kripke, S. (2005). *El nombrar y la necesidad*. México. UNAM. ISBN 970-32-2512-8.
- Lyotard, J.F. (1984). *La condición posmoderna*. Madrid. Ediciones cátedra. ISBN 84-376-0466-4.
- Nietzsche, Friedrich. Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. Madrid: Tecnos.
- Rorty, Richard (1996). *Consecuencias del pragmatismo*. Madrid: Tecnos. ISBN 84-309-2780-8.
- Sartre, Jean-Paul (1996). *Verdad y existencia*. Trad. de Alicia Puleo; revisión de la traducción, notas y títulos en los márgenes de Celia Amorós. Barcelona: Paidós ICE/UAB.
- Field, Hartry (2001). *Truth and the Absence of Fact*. EEUU: Oxford University Press.
- Grover, Dorothy (1992). *The Prosentential Theory of Truth*. Princeton: Princeton University Press.
- Habermas, Jürgen (2003). *Truth and Justification*. MIT Press.

Con sabias razones nos abstuvimos de citar tan elocuentes textos en la bibliografía, pues su contenido no hace parte integral de este trabajo, sin embargo enunciar al lector el concepto tan amplio al que nos enfrentamos parecer ser obligación. Por otro lado, no sobra afirmar que sobre la verdad se ha escrito tanto más que no podríamos siquiera mencionarlo, por lo que, aquel repaso a mil pies sobre el estudio del mencionado concepto, bastara

El concepto de verdad es un concepto elusivo, se escapa tras la subjetividad de quien aprecia la realidad y termina huyendo tras la percepción del mundo material de cada persona individual. Además, el concepto ha ido evolucionado a través de la historia,

pasando por percepciones naturales, divinas, y finalmente aterrizando en el razonamiento lógico, donde si bien logro permanecer, lo escapo a las críticas de grandes pensadores como Nietzsche, Sartre, entre otros. Hoy, parece haberse trasladado el concepto de verdad hacia la filtración de la razón por la emoción, parecer ser que nunca habrá una percepción plenamente objetiva de los hechos, más que cuando se hacen con medio técnicos las capturas de la realidad, como en fotos y videos, estos debe pasar en todo caso por la percepción subjetiva de sujetos.

“La verdad y el proceso, una mirada lógica y metodológica para pensar en formas que puedan articular sistemas procesales capaces de dar cuenta no solo de lo heredado a la modernidad, sino como posibilidad de reinventar sistemas, que puedan ir más allá de una racionalidad de occidente, para superar la violencia, el caos, el desorden, las injusticias y demás referentes que hace de Colombia el paraíso terrenal (...)” (Fundamentos sobre verdad justicia y Reparación, Jorge Eduardo Carranza Pina, Leyer, Bogotá)

El concepto de verdad, y el derecho a verdad de la víctima del delito estructuran el escrito de aquí en adelante. Para lograr un acercamiento al mundo practico, centraremos los discernimientos académicos al derecho a la verdad contrapuesto a la reserva legal de la fiscalía y el carácter reservado o no de las diligencias y elementos materiales probatorios, que consten en el expediente del despacho.

Sin que esto signifique aceptar el PRAGMATISMO, ilustra esta definición de William James: "Las ideas verdaderas son aquellas que podemos asimilar, hacer válidas, corroborar y verificar; ideas falsas son las que no. Esta es la diferencia práctica que supone para nosotros tener ideas verdaderas; esto es por lo tanto el significado de la verdad, pues esto es todo cuanto se sabe de la verdad" (William James, La concepción pragmática de la verdad, pag. 127, en www.ebooks/file988475)

La Ley 975 de 2005 fue fundamental en el concepto de verdad, ahora, es extensa la normatividad y la jurisprudencia al respecto, por lo que solamente haremos referencias con el ánimo de adelantar el proceso académico del escrito. Debe anotarse que en procura de este derecho a la verdad para efectos de la ley de justicia y paz, se creó una etapa pre procesal que se inicia con las diligencias de versión libre y confesión que rinde el

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

postulado, adaptándose de esta manera el proceso penal a una coyuntura política, en las cuales las desmovilizaciones de las denominadas *Autodefensas Unidas de Colombia*, o A.U.C. La reconstrucción de la verdad y el enfrentamiento que haga la comunidad con esta es la que debe marcar la pauta para procesos penales de delitos de toda tipo de índole. No en cuanto a crear deformación al proceso penal para incluir coyunturas concomitantes a los hechos, sino más bien reformando e incluyendo a los derechos de la víctima en toda la potestad inquisitiva y punitiva del estado. Debe serlo así, por que en la actualidad, donde se hace claro para quienes habitamos este planeta, que no existen más que nosotros, que el estado es una creación ficticia de administración social, que nuestros derechos imperan sobre estos entes fictos, y que los fines prácticos de la norma debe ser principales y no accesorios a la potestades legales conferidas. Ahora, estos suena obviamente extremadamente abstracto, pero su aplicación práctica nos era posible nunca si por lo menos no se enuncia así sea de manera apresurada, y en poco temeraria.

La Resolución 0-4773 de 2007, *“por el cual se establecen directrices para el procedimiento de acreditación sumaria de víctimas o testigos intervinientes”* dispuso:

“(...) la unidad nacional de fiscalía para la justicia y la paz, en razón de la competencia que le atribuyen los artículos 15 y 16 de la Ley 975 de 2005, debe adelantar las diligencias tendientes al esclarecimiento de la verdad (...)”

(Resolución 0-4773 de 2007, Fiscalía General de la Nación, Considerando, Diciembre 03 de 2007)

Además, el estado cobra un rol como el llamado a recolectar por medio de sus órganos la información que permite a las víctimas acceder a la verdad no solo procesal sino la material, por medio de las verdades materiales colectivas se constituye la llamada memoria colectiva, que no es más que el derecho a la verdad material que tiene la sociedad en general. Claro ha sido que la Fiscalía General de la Nación, a los jueces de la república e incluso a la misma dogmática criolla se le ha pasado por alto los quiebres de la historia, y cada vez más relatos de hechos de terror con los que convivimos pasan al olvido. ¿Será que el proceso penal es ontológicamente ajeno a la verdad que no sea procesal?

No obstante, la jurisprudencia de las altas cortes de la nación se han propuesto por medio de controles de constitucionalidad y casación reivindicar de alguna manera este derecho a la verdad, que en la norma había quedado plasmado de manera ambigua, pues no se dilucidaban mecanismos efectivos para llegar a la verdad material desde una perspectiva *ex ante* e *inter partes*.

“acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer que fue lo que realmente sucedió en su caso.”¹⁵

La sentencia C-370 de 2006, sentencia de constitucionalidad, ligo ineludiblemente el derecho a la verdad con la dignidad humana, en el entendido que la privación a la víctima de la verdad implica la flagrante violencia a sus dignidad; lo que en términos prácticos lo que hace es ligar este derecho con un derecho fundamental como la dignidad humana, haciéndolo por tanto directamente tutelable.

*“(...) el derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quienes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investigue seriamente y se sancionen por el estado, y a que se prevenga la impunidad.”*¹⁶

“La participación de las víctimas o perjudicados en el proceso penal no se justifica solamente por la perspectiva de lograr un bien patrimonial como reparación, sino, además, y especialmente, por el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad. Contribuir en la definición de la verdad y en el rechazo a la falsedad, es tan importante como lograr lo válido, lo útil, lo interesante. El orden social justo conlleva el asegurar "la justicia, la igualdad, el conocimiento" (Preámbulo de la Carta). Una madre tiene justificación cuando exige que se le aclare la causa del fallecimiento de su hijo, especialmente si no aparecen razones o motivos para un suicidio.

En resumen, la validez y la búsqueda de la verdad son objetos de la justicia, constituyen elementos consustanciales al derecho de acceso a la justicia, porque para plantear un argumento válido (en este caso concreto, dilucidar si al soldado lo mataron o

15 Sentencia C-370 de 2006, Corte Constitucional, Bogotá,

16 Sentencia C-370 de 2006, Corte Constitucional, Bogotá,

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

se suicidó) hay que partir de premisas verdaderas y llegar a una conclusión verdadera. La inquietud que plantean los enigmas jurídicos es inherente a la existencia humana y es oficio del juzgador tratar de averiguarlos para absolver o condenar, para reparar o no reparar. El Juez o Fiscal será más eficiente si cuenta con una colaboración seria de los familiares del occiso.”(Sentencia T-275 de 1994, La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá)

No solamente la víctima cuenta con esta legitimidad para acceder a la verdad, la sociedad en general como víctima comunitaria de los hechos criminales tiene derecho a conocer la verdad de lo sucedido con sus conciudadanos, con sus bienes jurídicos públicos tutelados por la ley penal. El derecho a la verdad, entonces, no es de ninguna manera restringido a un sujeto particular, sino que más bien debe estar siempre relacionado con su carácter universal, la posibilidad de acceder a la verdad por parte de la generalidad de la población está íntimamente relacionado con el fin mismo de un estado en cualquier de sus formas y el del derecho penal. Precisamente, uno de los avances desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional en cuanto a las víctimas es entender que al universo de la verdad por hechos criminales no solamente tiene entrada el estado y el sindicado, sino también la víctima, como directo afectado y legitimado para ejercer un reproche al autor o autores de los hechos típicos.

6.2.2 La Víctima del Injusto Penal y el Acceso de la Jurisprudencia de la Corte
Constitucional

La jurisprudencia, entendida en un sentido amplio y basándose en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, en la Ley 153 de 1887 y normas posteriores, se entiende como un criterio auxiliar del ordenamiento jurídico manado de las decisiones que los jueces toman en las sentencias frente a la solución de un asunto específico. Sin embargo este

concepto, además de ser demasiado amplio, conlleva a una serie de errores de apreciación sobre el trabajo y la función de los jueces y sobre la solidez del ordenamiento jurídico, llevando incluso a la idea de inseguridad jurídica.

Es por eso que es necesario determinar, en un sentido menos laxo, la definición de jurisprudencia como tal, entendiendo esta, en un sentido formal, como el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado en las sentencias de los Tribunales Judiciales Superiores.

6.2.3 Carga argumentativa de las decisiones jurídicas

Antes de abordar de manera sistemática el tema central del presente escrito, se hace evidente que primero requerimos dilucidar con pertinencia el por qué este tipo de derechos se sustraen de decisiones judiciales interpretativas, y como por tanto aquellas decisiones judiciales están cargadas con una mayor obligación de legitimidad, pues los efectos son más amplios. Las líneas jurisprudenciales T, así sus efectos sean tan solo inter partes, van creando derroteros conceptuales a partir del juicio de pertenencia constitucional de cualquier tipo de manifestación de acción pública y su precedente revocatoria o ratificación, de manera que las altas cortes van sentando precedente a la hora de interpretar normas y aplicar su contenido material. El discurso jurídico es quien está llamado a satisfacer las motivaciones de los fallos, elaborando marcos decisorios reglados por principios y valores que se compartan como se comparte la pretensión de validez de la norma. Al respecto Habermas concluyó:

“(...) las declaraciones de intención circulan en la comunicación como voluntades normativamente autorizadas, como promesas, declaraciones, ordenes, etc. Este trasfondo normativo sirve como una reserva de razones compartidas. (Arturo Dorado, Nestor Raul & Cuchumbe Holguin Nelson Jair. 2002: 115-116)

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Por tanto el operado de justicia, deberá al momento de validar con argumentos sus fallos, recurrir no solo a la lógica formal sino a la teoría de la argumentación. Robert Alexy, “(...) *en sus consideraciones más relevantes, pueden apreciarse los presupuestos teóricos que configuran modelos racionales que sirven como guía para la toma de decisiones jurídicas*” (Arturo Dorado, Nestor Raul & Cuchumbe Holguin Nelson Jair. 2002: 115-116). Así, entendemos que las providencias judiciales que pongan fin a un conflicto dependen de la posición adoptada por quien la profiere, quien es en últimas quien determina el tipo de enunciado normativo afirmado o sentencia fallada. Para la teoría de la argumentación jurídica, el meollo del asunto recae en las valoraciones, su necesidad, relación con los métodos de interpretación jurídica y fundamentación.

Recordemos que la aplicación básica de la norma en el mundo material pasaba siempre por la abstracción lógica- formal, de modo que a los supuestos de hechos se les contrasta con la realidad, caso en el cual si encajaba, un simple silogismo resolvía el problema lógico. Así:

“La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente”.

Las decisiones jurídicas por tanto, las toman los operadores jurídicos a partir de argumentas, que según el esquema tradicional, se legitiman a través de la comprobación fáctica del hecho y la aplicación de las normas en vigencia y su contraste con el supuesto de hecho que se contempla. Por tanto la decisiones judicial, valida a través de la inferencia de normas en vigencia y enunciados empíricos, y la posterior deducción lógica al respecto, es tan solo un resultado frio de consecuencias lógicas que no valora el mundo material en el cual embarca sus intenciones. Por tanto, la decisión judicial no solo debe ser fruto de una deducción lógica fría, sino que deben justificarse de acuerdo a su nivel de afectación sobre quienes sufren la coerción estatal. Como bien lo entendió Alexy las decisiones jurídicas desbordan el ámbito lógico-descriptivo, deben por tanto tener en cuenta condiciones tales como:

“(1) la ambigüedad del lenguaje, (2) la posibilidad de conflicto entre las normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya

regulación no existe una norma ya vigente, (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.” (Robert, Alexy. 1997: 24)

Pero la fundamentación de las decisiones judiciales conlleva un problema de subjetividad, pues no puede permitirse un conjunto de reglas arbitrarias de valoración, ya que desdibujarían por completo el espíritu de la norma y el reflejo formal del hecho. La respuesta, según la propone Alexy, es comprender el conjunto de procedimientos que valida la fundamentación de las decisiones judiciales por fuera del ámbito lógico-formal. Lo que enmarca conceptualmente Alexy es una serie de sistemas basados en valores fundamentados en la axiología, y un sistema que propenda en sí por fin compartido, no necesariamente racional, o sea una perspectiva de sistema axiológico-teleológico. Es decir, el juez participa de una actividad que es tanto científica como social, por tanto para su fallo debe tener en cuenta no solo el sistema silogico clásico, sino que deberá interpretar el contexto como una variable más de interpretación de la norma, de acuerdo a los valores intrínsecos y fines del ordenamiento, estado y administración de justicia. Una vez más, Alexy lo sintetiza con habilidad:

“(…) el derecho es una técnica para resolver (…) cierto tipo de problemas y para ello han de utilizarse- además de las normas vigentes- una serie de procedimientos conceptuales y de técnicas de argumentación características; que en el fondo de cada caso jurídicos que no sea puramente rutinario suele esconderse una cuestión moral y/o política de envergadura.”

Llegamos entonces a un punto álgido para nuestro tema, nótese cuando Alexy anota que las decisiones judiciales de cada caso incluyen una decisión política y social que no tendría sentido si se abstraiera del contexto social-material en el cual pervive. Por tanto son imperativas las valoraciones particulares, dejando aquella premisa antigua de la ceguera de la ley sin fundamento, ya que no puede la ley ciegamente, considerar al momento de administrar justicia, el fallo desde una perspectiva normativa-teleológica. En últimas, lo que afirmamos es que un fallador, deberá al momento de determinar la decisión, recurrir no solo a la lógica formal sino también a la teoría de la argumentación para justificar efectivamente una decisión jurídica que ponga fin a un conflicto intersubjetivo de intereses.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

Es de acuerdo al grado de legitimidad de las sentencias, que emana del trabajo argumentativo, que se puede lograr avance conceptual en protección de bienes jurídicos tutelados, de acuerdo a lo reglado en la procedibilidad de la acción de tutela según el caso. Pero lo cierto es que mal podría una sentencia judicial contraria disposiciones legales o administrativas sin un grado de legitimidad y argumentación que permite pretender validez del enunciado normativo ante la totalidad de los con ciudadanos.

Para no desviarnos demasiado del tema, diremos que se hace indispensable valorar los pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional teniendo muy presente la carga de argumentación jurídica que acompaña a las mismas. De esta manera, podremos comprender de una manera más acertada, como las precisiones interpretativas lingüísticas y jurídicas conllevan al cambio en el mundo material focalizándose en la protección de bienes jurídicos a los cuales el *statu quo* no favorece.

6.2.4 La reserva y la víctima

“La información, las evidencias y los elementos materiales probatorios recopilados por la Fiscalía en la etapa de indagación penal no están cobijadas por la reserva sumarial.”(CSJ, S. Laboral, Sent. 32375, jun. 7/11, M. P. Luis Gabriel Miranda)

Para abordar en un orden lógico el tema de los derechos de las víctimas de delito frente a la reserva legal sobre el expediente, es preciso determinar que constituye reserva legal, primero frente a las normas que la consagran y luego desde la doctrina y la jurisprudencia que la interpretan.

La reserva es un instrumento jurídico creado por la ley, es una excepción al principios de publicidad, y por tanto su consagración debe ser taxativa y su interpretación restrictiva. Se creó con el fin de proteger bienes jurídicos tutelados como la presunción de inocencia, el derecho a la intimidad, el debido proceso, la seguridad nacional y el secreto industrial.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

Si bien en nuestro ordenamiento la regla general es que las actuaciones judiciales y administrativas son públicas, el legislador ha considerado que hay cierto tipo de elementos, diligencias y conocimientos que deben permanecer de carácter privativo para quienes hagan uso legal y constitucional de ellos. Así, se considero por ejemplo reservado el desarrollo de las operaciones militares en el territorio nacional, así mismo, es reservada la potestad investigativa de la fiscalía general de la nación, en tanto que el resultado de sus pesquisas se deberá mantener secreto para la población en general, lógicamente, ya que si se planteara la publicidad de la investigación esto obstruiría la capacidad del establecimiento de lograr responsabilidades penales. Sin embargo, a partir de la constitucional del 1991, y el elevamiento de derechos a la información, a la verdad y al ajusticia, la corte constitucional ha venido creando un sistemática y coherente doctrina jurídica acerca de la reserva, dejando claro su contenido y sus alcances cuando de limitar el derecho a la información se trata. Para el caso, abordábamos la reserva desde un nicho preciso, requerimos saber primero cual es la calidad que ostenta la víctima del in justo dentro del proceso penal, para así luego determinar si de acuerdo a esta calidad, la reserva con la que cuneta la fiscalía le es oponible en la etapa pre procesal de indagación. Si bien el acceso que tuviere la víctima es equivalente durante todas las etapas procesales, no ha precedió trascendente dejar claro cuáles son los alcances de la reserva en la etapa de indagación, pues es en este estadio procesal que muchas de las causas penales terminan en archivo, ya sea que no se cuente con elementos materiales probatorios suficientes para llegar a una imputación, o que lamentablemente se trate de uno más de los casos de impunidad provocada que asolan al territorio nacional.

El fundamento legal se halla en los artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985, “por la cual se ordena publicidad de los actos y documentos oficiales.”

“Artículo 21. La Administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes. Si la persona interesada insistiere en su solicitud, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos

decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente.

“Ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Se interrumpirá este término en el caso de que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente.”

“Artículo 24. Las normas consignadas en los artículos anteriores serán aplicables a las solicitudes que formulen los particulares para que se les expidan certificaciones sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que estas mismas tengan conocimiento.”

Allí se establece un recurso de insistencia ante la autoridad que oponga reserva. Ya había mencionado que por ser la publicidad la regla general, siempre que una autoridad oponga la reserva deberá motivar por escrito su decisión y citar las normas que autoricen su conducta. Sin embargo, previendo la ley 57 el mecanismo de insistencia, lo que habría que preguntarnos es cuando procede la tutela como mecanismo para garantizar derechos como el de petición e información, y cuando, por el contrario, no es procedente la acción de tutela por haber mecanismo idónea distinto para el mismo fin, ya que como vale recordar, la tutela es un instrumento jurídico de protección de derechos fundamentales de carácter subsidiario.

Aquí arribamos al meollo del presente escrito, creo que debemos legitimar el alcance y estudio teleológico de la presente monografía hasta el punto que quepa admitir su pertenencia académica. Nos parece, que actualmente no le es posible a la víctima del injusto penal acceder con plenas garantías al proceso penal. Los obstáculos se causan por variados móviles, que van desde la condición económica y social de la víctima, hasta las interpretaciones restrictivas de los operadores de justicia, en cuanto a los alcances de los derechos de las víctimas.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

Es por eso que nos ha parecido trascendente dejar sentado de una vez y por todos que la reserva de la fiscalía ante los intervinientes procesales es inocua, aquella reserva ha desaparecido, de acuerdo a la línea jurisprudencial que maneja la alta corte constitucional, y al valor y la vinculación en derecho que hoy en día tiene la jurisprudencia como fuente de derecho. No permitírsele a la víctima del injusto acceder con plenitud a todos los elementos materiales probatorios, diligencias y demás folios que componen el aspecto material de la investigación resulta flagrantemente violatorio del derecho a la información, la verdad y a la justicia. Por eso consideramos esencial este aparte del escrito, pues se debe sentar bases definitivas acerca de los derechos precisos de las víctimas del injusto ante el fiscal, ya que será determinante en el momento en que, los honorables suscritos fiscales se nieguen de una manera arbitraria a permitir el pleno acceso de la víctima del injusto penal a todos los aspectos, folios y diligencias que adelante la fiscalía general de la nación en cuando a la investigación que se adelante al respecto.

Para lograr una mayor legitimación hemos acompañado en los anexos del presente escrito de monografía una copia de la respuesta de un fiscal a un representante de víctima, allí el fiscal niega el acceso de la víctima al expediente y aduce que el descubrimiento probatorio es el momento procesal en que la víctima puede conocer los elementos con los que cuenta el ente acusador. Nos parece relevante poner de relieve como en el mundo material conductas como la del fiscal 09 Seccional de la ciudad de Medellín, el cual niega la expedición de copias a la víctima, negando así el acceso de la víctima al proceso y vulnerando el derecho a la información, a la verdad, la justicia y la reparación. Cabe contextualizar, que el caso en cuestión se trata de dos menores asesinadas en pasados días en la ciudad, es decir, su negativa afecta las más vulnerables víctimas, que para el caso, son sujetos de especial protección constitucional. Por eso nos ha parecido adelantar el presente trabajo, por eso es que es importante resaltar los pronunciamientos de las altas cortes, porque parece haber una brecha entre la vanguardia jurídica en las altas cortes y lo que sucede en el grueso de la administración de justicia

Ver Anexos

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

La justicia y a la reparación de las víctimas pueden verse menguados, obstruidos, si se detiene la posibilidad de acceder al expediente desde el comienzo de la investigación, y contribuir de allí con el aporte de pruebas, información sobre los hechos y construcción de la teoría del caso que será debatida en juicio.

La reserva de la fiscalía general de la nación sobre sus diligencias, folios y elementos se enmarca, para los temas penales, en los artíu

Básicamente, la reserva existe para salvaguardar principios como la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad. No obstante, esta reserva no es absoluta, y se ve limitada por leyes como la 57 de 1985, que establece parámetro de publicidad para las actuaciones administrativas.

La publicidad en todo acto del estado hace parte del control que hacen los ciudadanos a su leviatán, toda vez que de darse actuaciones ocultas no podría la ciudadanía hacer un efectivo control acerca de la legalidad, moralidad y pertinencia de las actuaciones de la administración pública. Por tanto, derechos como el de la información se han convertido en indispensables a la hora de conformar un sistema democrático omnicompreensivo e incluyente. Conocer de primera fuente hechos que afectan libertades individuales y colectivas es base para una organización estatal responsable y legítima. Por tanto la existencia de la reserva legal es evidente, pero en Colombia opera una reserva restringida, y las restringen leyes como la ley 57 de 1985, el principio de publicidad de las actuaciones administrativas y los demás pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. Ni la Constitución ni la ley les asignan carácter reservado a estas actuaciones y en una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que ha ampliado los derechos de los procesados a recibir información sobre las investigaciones penales que los afectan.

6.3 Enfoque Jurisprudencial

Inicialmente, podemos entender como línea jurisprudencial la clasificación de Fallos sobre un mismo tema jurídico, de manera sistemática y teniendo en cuenta el facto, es decir un hecho similar alrededor de un mismo punto de derecho. Esto quiere decir varios fallos sobre un mismo tema.

Para entender más sobre este tema debemos explicar cómo se ve en nuestro ordenamiento jurídico que es la línea jurisprudencial, estableciendo que “Una línea jurisprudencial es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas”

Entendiendo esto, las líneas pretenden resolver problemas judiciales y dar soporte a los jueces en casos de vacíos y oscuridad de la ley para sus fallos, a fin de brindar mayor seguridad jurídica y evitar la producción de sentencias incongruentes por mínima, extra y ultra petita; no obstante los diferentes criterios de interpretación normativa.

Siguiendo al jurista y autor Diego López,

“La metodología de línea de jurisprudencia, por tanto, si ha de tener algún éxito practico, debe tratar de identificar las sentencias hito agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos.” (López Medina, Diego Eduardo. 2001: 69)

Por tanto, en el caso que nos convoca lo pertinente sería adelantar una narración de las interrelaciones entre los pronunciamientos relevantes de la Corte Constitucional acerca de los comportamientos de fiscales y víctimas, frente a los derechos constitucionales de verdad, justicia, derecho a la información, debido proceso y acceso a la justicia. Dejando claro si se considera que el concepto de reserva es aplicable y predicable en los casos en que víctimas del injusto penal pretendan acceder al expediente donde consten las diligencias y elementos materiales probatorios con lo que contase la fiscalía, o si por el contrario es definitivo que la víctima hace parte integral del proceso penal a la luz de la Constitución de 1991, las leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 975 de 2005, 1448 de 2011, sus demás decretos reglamentarios y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de

la Corte Suprema de Justicia. Dejando claro que dada la relativa novedad jurídica de los hechos y derechos narrados, no será posible ni prudente adelantar una línea jurisprudencial densa. Para el presente escrito bastara entonces un somero recorrido por la sentencia hito, y su primer nicho de constitucionalidad. Esto será suficiente para dejar claro cuál es la posición dogmática que sostiene la corte constitucional a lo largo del periodo que comprende la Constitución Política de 1991.

Un escenario constitucional es una zona de choques de intereses donde la corte puede desplegar el análisis de la constitución para encontrar balances que maximicen la protección de derechos en conflictos dentro de esa zona de choque. Este escenario constitucional se encuentra encabezado por un problema jurídico el cual el operador jurídico debe intentar resolver, según ciertas técnicas enfocadas a la identificación de la Ratio Decidendi (razón o parte motiva de la decisión) la cual establece los argumentos jurídicos y razonables para llegar a la decisión. Por otro dentro de estos escenarios constitucionales existen muchas sentencias que se han pronunciado acerca del patrón fáctico que constituye el conflicto

Es así menester reiterar que no pretendemos la elaboración exhaustiva y rigurosa de la línea jurisprudencial que convoca el tema, ya que el escenario no es el apropiado y pretender elaborarla con menos rigurosidad de la requerida, creo desdibujaría al intención del presente escrito de monografía, por tanto, si bien nos guiaremos por los estándares básico para al elaboración de la línea jurisprudenciales, no pretendemos que esta sea una línea exhaustiva y rigurosa, valga la redundancias, si no que tan solo, estas criterios nos serán para dejar mayor claridad ala acercarnos a la apreciación constitucional del problema jurídico.

7. ANALISIS

7.1 Resolución al Problema Jurídico

¿Qué grado de autonomía reconoce la jurisprudencia constitucional a la rama judicial, para limitar válidamente, a través de la denominada reserva, los derechos a la información, acceso a la justicia, debido proceso, verdad y justicia material y procesal en relación con el acceso al expediente por parte de la víctima durante la etapa pre-procesal de indagación?

Nótese que en la delimitación el problema jurídico, se hace precisión en cuanto al sujeto a quien presuntamente se le transgreden sus derecho constitucionales, para el caso será la víctima del injusto penal, y se diferencia de un conciudadano no víctima, en los derechos a la verdad, justicia y reparación que le nacen con la comisión del delito en contra de sus bienes jurídicos tutelados. También se precisa con diligencia, que se trata de acceso al expediente, en el cual por mandato legal, deben constar todas las diligencias y elementos materiales probatorios que conociere el despacho del fiscal hasta ese entonces. Por último, se precisa que para el caso investigamos el acceso al expediente en el estadio pre-procesal de indagación, aun cuando técnicamente no hay causa penal, pero no por esto será privativo de la fiscalía el conocimiento de la investigación.

Con lo anterior claro, procedemos de manera cronológica, a narrar los pronunciamientos relevantes para el tema de la corte constitucional en sus sentencias de revisión de tutelas.

Sentencia fundadora de línea T-275/94, ya que por su cercanía con la promulgación de la Constitución Política de 1991 comienza un derrotero conceptual que hasta hoy día sigue el alto tribunal en sus pronunciamientos.

T-506/2000, T-1126/2003, T-1025/2007, T-920/2008 y T-436/2009

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

La sentencia T-511/2010 será nuestra sentencia arquidemica de modo académico, contiene la mayor cantidad de información relevante al problema jurídico específico que pretendemos abordar.

Una vez más, bajo la guía del jurista Eduardo López,

“El punto arquidemico es simplemente una sentencia con la que el investigador tratara de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias.”(Lopez Medina, Diego Eduardo. 2001: 70). En primer término, enumeraremos las sentencias que hacen parte del presente análisis y la que constituye punto arquidemico de la línea.

Considerando que el presente escrito no pretende un análisis exhaustivo de la línea jurisprudencia acerca del tema limitaremos nuestro análisis al *primer nicho de constitucionalidad*, ya que consideramos que sin ir más allá logramos recoger de una manera simple pero efectiva las precisiones de la Corte Constitucional y sus efectos materiales.

En cuanto a las razones para la sentencia T-511 de 2010, si determina como arquidemica en razón a que es razonablemente reciente, que además viene siendo reiterada por jurisprudencia posterior, y que además recogió principios, ordeno conceptos y erigió claridad en derechos constitucionales. Además, por que la sentencia no alude genéricamente a un derecho en abstracto, sino que toca directamente del acceso al expediente en cabeza del fiscal que conoce de la investigación, agréguese que para el momento que se impetra el derecho de petición el caso se encontraba en etapa pre-procesal de indagación.

A medida que hemos ido avanzando en el escrito, se han dejado claras cuales son las potestades de la víctima, y como está sin importar que calidad se le dé en el proceso penal, está legitimada constitucionalmente para intervenir hasta el punto de solicitar acceso pleno al expediente sin importar en que etapa procesal se este, incluso se podría durante la etapa de indagación, en la cual aun técnicamente no hay proceso. En el siguiente estudio de jurisprudencia pretendemos validar aquellas posiciones de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Sin más, pasaremos a elaborar, con propósito académico, los cuadros hermenéuticos de las sentencias que constituyen nuestro estudio para luego analizar cómo han sido y hacia donde se dirigen conceptualmente los pronunciamientos de la corte con relación al tema jurídico.

7.2 Declaración de sentencias

Tabla 1. Cuadros hermenéuticos de las sentencias.

TIPO DE SENTENCIA	T-275 de 1994 Sentencia fundadora de línea
MAGISTRADO PONENTE	ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	Derecho de Petición (art. 23) Derecho a ser informado de una manera veraz e imparcial (art. 20) Derecho de Acceso a la Administración de Justicia (art. 229)
FUNDAMENTOS DE DERECHO NORMAS CITADAS	Artículo 28 del C. de P.P Artículo 43 del C. de P.P Artículo 149 del C. de P. P Artículo 32 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989.
PRECEDENTE- SENTENCIA CITADA	Sentencia T06/1992. MP Eduardo Cifuentes Muñoz Sentencia T-597 de 1992 Organización de los Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velázquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988. Numeral 181. Sentencia C-574, 28 octubre de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Gaceta de la Corte Constitucional Sentencia C-173/93. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Sentencia C-104/93 del 11 de marzo de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

PROBLEMA JURIDICO	¿Qué grado de autonomía reconoce la jurisprudencia a los ministros de defensa, vice ministros y demás personal de la rama ejecutiva, para limitar válidamente, a través de la denominada reserva, los derechos a la información, acceso a la justicia, debido proceso, verdad y justicia material y procesal en relación con el acceso al expediente por parte de la víctima?
RATIO	<p>“No se trata solamente del derecho a ser informada, porque quien recibe la información es sujeto pasivo, sino que, además, debe permitírsele una contribución activa para superar en lo posible cualquier error en la investigación penal.”</p> <p>“(…) al universo de la verdad por los hechos criminales no solamente tiene entrada el Estado y el reo, sino también OTRO: el perjudicado o presuntamente perjudicado.”</p> <p>“Para las víctimas de un presunto hecho delictivo, el acceso a la justicia se materializa en la posibilidad de participar del proceso penal en donde se investiga el ilícito.”</p> <p>“La participación de las víctimas o perjudicado en el proceso penal no se justifica solamente por la perspectiva de lograr un bien patrimonial como reparación, sino, además, y especialmente, por el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad.”</p> <p>“(…) la validez y la búsqueda de la verdad son objetos de la justicia, constituyen elementos consustanciales al derecho de acceso a la justicia, porque para plantear un argumento valido hay que partir de premisas verdaderas y llegar a una conclusión verdadera.”</p> <p>“(…) la participación de familiares y perjudicados en un proceso penal desborda la pretensión puramente reparatoria ya que deriva también de su derecho a conocer que ha sucedido con sus familiares.”</p> <p>“Este derecho de los familiares a conocer la suerte de los suyos, (…), no se agota entonces con la percepción visual del cadáver, ni se limita a una escueta información, ni puede quedarse en una conclusión simplista (…)”</p> <p>“Los derechos humanos incluyen la posibilidad de que los familiares conozcan el curso de la investigación (…)”</p> <p>“El derecho a participar de la búsqueda de la verdad sobre sus familiares también está íntimamente ligado con el respeto a la dignidad, a la honra, a la memoria y la imagen del fallecido.”</p>
RESUELVE	Confirmar la sentencia materia de revisión...
CONCLUSIONES RELEVANTES	<p>La corte comienza a establecer la pertenencia de la víctima del injusto al interior del proceso y en aras de establecer la verdad procesal y material de lo acaecido.</p> <p>Así mismo, dictamina que dicha participación no se satisface con un interés puramente</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

	<p>económico, sino que más bien su derecho está ligado a la verdad y a la justicia.</p> <p>Concluye que de por mandato de tratados internacionales ratificados por Colombia, los derechos de las víctimas a conocer la verdad hacen parte de los derechos fundamentales tutelados por el llamado bloque de constitucionalidad, tanto en sentido lato como sensu Finalmente, y en una verdadera creación de línea, liga el derecho de las víctimas a conocer la verdad con la <u>dignidad humana</u>.</p>
TIPO DE SENTENCIA	T-506 de 2000
MAGISTRADO PONENTE	ALVARO TAFUR GALVIS
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	Derecho de Petición (Art. 23) Derecho a la Información
FUNDAMENTOS DE DERECHO NORMAS CITADAS	Artículo 331 de C de P.P Artículo 21 de Ley 228 de 1995 Artículo 12 Ley 23 de 1991
PRECEDENTE- SENTENCIA CITADA	Sentencia T-998 de 1999. Ver la Sentencia T-085 de 2000.
PROBLEMA JURIDICO	¿Qué grado de autonomía reconoce la jurisprudencia constitucional a la rama judicial, para limitar válidamente, a través de la denominada reserva, los derechos a la información, acceso a la justicia, debido proceso, verdad y justicia material y procesal en relación con el acceso al expediente por parte de un interviniente que aun con cuenta con calidad de sujeto procesal en la etapa pre-procesal?
RATIO	<p>“(…) una reserva legal que deberá ser claramente precisada por la autoridad que la invoca, (…), los asunto sobre los que conocen las autoridades y en torno a los cuales puede cualquier persona recabar información son públicos por regla general; la reserva es excepcional y solamente la ley puede establecerla.”</p> <p>“(…) la reserva legal analizada cobija la expedición de copias dentro de la etapa instructiva del proceso, salvo para los sujetos procesales con el fin de que realicen sus funciones (…)”</p> <p>“la sala, (…), no encuentra motivaciones fundadas para la negativa de las copias solicitadas por el actor.”</p> <p>“Aun cuando este no presentaba la calidad de sujeto procesal cuando elevo la petición, no puede señalarse que constituía un extraño carente de un interés como se pretende hacer ver por el juzgado penal que tramito su petición, toda vez que las resultados del proceso le importaban en su calidad de querellante y promotor del proceso.”</p>
RESUELVE	Confirmar la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de Noviembre de 1999

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Conclusiones Relevantes	<p>La corte reitera que bajo la nueva carta constitucional, a la sombra del principio de publicidad, la regla general es que las actuaciones y información de las autoridades es pública, y que la reserva constituye la excepción.</p> <p>Concluye además que para solicitar la expedición de dichos elementos, no es indispensable contar con la calidad de sujeto procesal, lo cual hace por vía lógica que la calidad de víctima no sea necesaria para petitionar ante la autoridad competente el conocimiento de la información que se requiera. Ya que, el interés jurídico efectivo sobre las resultas del proceso legitima a quien interpone la acción.</p>
TIPO DE SENTENCIA	T-1126 de 2003
MAGISTRADO PONENTE	CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	<p>Derecho de Petición (Art. 23)</p> <p>Derecho a la Información</p> <p>Debido proceso</p> <p>Derecho de Acceso a la Administración de Justicia (art. 229)</p>
FUNDAMENTOS DE DERECHO NORMAS CITADAS	Artículos 13,14, 126, 145, 176, 209, 323 329, 330 de Ley 600 de 2000
PRECEDENTE- SENTENCIA CITADA	<p>Sentencias C-412/93, C-033/03 y C-096/03</p> <p>Sentencia C-412/93 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz</p> <p>Sentencia C-1291/01 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra</p> <p>Sentencia C-033 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett.</p>
PROBLEMA JURIDICO	¿Se desconoce el derecho de defensa cuando un fiscal niega el acceso al expediente al investigado hasta tanto no haya rendido indagatoria o sea vinculado mediante declaratoria de persona ausente, es decir, hasta que formalmente se le considere como sujeto procesal?
RATIO	<p>“En materia penal la investigación previa es considerada como una fase anterior al inicio formal del proceso, esta diseñada para establecer si un hecho punible ocurrió, si la conducta está tipificada en la ley, si la acción ha prescrito, si se configura alguna causal excluyente de la responsabilidad y, en ultimas, si existen los presupuestos mínimos para que sea procedente abrir el debate en toda su dimensión.”</p> <p>“(…) durante esta fase el interés dominante corresponde a la función investigativa del Estado, lo cual explica la naturaleza reservada de las diligencias que se constituye, (...), en garantía para el ejercicio de la función de administrara justicia y evita la fuga o utilización indebida de información y la pérdida de elementos probatorios idóneos para esclarecer los hechos objeto de averiguación.”</p> <p>“Si bien la formalización del conflicto Estado-sindicado se constituye formalmente a</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

	<p>partir de la resolución de apertura de instrucción, esta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa.”</p> <p>“Los partícipes en el proceso penal se han dividido en tre grandes categorías: los sujetos procesales, los sujetos de actos procesales y los demás intervinientes. Dentro de los sujetos procesales, que son aquella personas que intervienen regularmente dentro del trámite del proceso, o bien representando al Estado, o bien a los diferentes interés particulares comprometidos en la definición del mismo.”</p> <p>“El reconocimiento como un interviniente procesal tiene especial relevancia, por cuanto lo convierte en titular de derechos y obligaciones.”</p> <p>“En resumen, la Corte encuentra que si bien es constitucionalmente posible en material penal la reserva de las diligencias que se adelanten durante la etapa de investigación preliminar, el imputado tiene derecho a conocer de la imputación específica y (...) fundamentos probatorios.”</p> <p>“En el marco descrito, el derecho de acceso al expediente se erige como el primer y más eficaz instrumentos del cual puede echar mano (...)”</p>
RESULEVE	Revocar el fallo proferido por el Juzgado 31 Penal del circuito de Bogotá.
CONCLUSIONES RELEVANTES	<p>La Corte considera, que si bien la etapa de instrucción, (ahora indagación) es una etapa pre-procesal donde aun formalmente no existe conflicto penal, en la misma si se van pre-figurando los hechos y circunstancias que conducirían o no a la condena del presunto responsable</p> <p>Acepta la Corte, que durante esta etapa la fiscalía o ente investigador tiene el sartén por el mango, y q por tanto y en aras de preservar la capacidad investigativa, puede operar una excepción al principio de publicidad, el cual es la reserva del expediente.</p> <p>Así mismo, entiende la corte que al interior del procesa penal los intervinientes están facultados para actuar dentro del proceso y proteger el interés que los convierte en intervinientes.</p> <p>Finalmente, considera el alto tribunal, que el acceso al expediente es una facultad inherente al interviniente dentro del proceso penal, y que se erige como presupuesto de la defensa técnica de sus intereses.</p>
TIPO DE SENTENCIA	T-1025 de 2007
MAGISTRADO PONENTE	MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	<p>Derecho de Petición (Art. 23)</p> <p>Derecho a la Información (Art. 74) (Art. 20)</p> <p>Derecho de Acceso a la Justicia (art. 229)</p> <p>Derecho a la Verdad, Justicia y Reparación (art. 13 CADH) (Art. 19.1 PIDCP)</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

<p>FUNDAMENTOS DE DERECHO NORMAS CITADAS</p>	<p>Artículos 12, 21 y 24 de la Ley 57 de 1985 Artículo 27 Ley 594 de 2000</p>
<p>PRECEDENTE- SENTENCIA CITADA</p>	<p>Sentencia T-025 de 2004 T-242 de 1993 T-618 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara) T-821 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) T-473 de 1992, T-695 de 1996, T-074 de 1997 C-491 de 2007 T-705 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño T-464/92, T-473/92, T-306/93, T-605/96, T-074/97, T-424/98, T-842/02] T-605 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía C-491 de 2007 <i>Caso López Álvarez, supra nota 72, párr. 163; Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 77; y Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 108.</i> <i>Caso YATAMA. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 192; y La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</i> Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 34. <i>Caso Palamara Iribarne, supra nota 72, párr. 83; Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 97; y Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 127</i> Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y Surek and Ozdemir v. Turkey, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999 T-609 de 1992, T-066 de 1998 C-087 de 1998 C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

PROBLEMA JURIDICO	¿Tienen los ciudadanos el derecho de conocer los nombre, códigos, unidades a las que estas adscritos y líneas de mando de los miembros de la Fuerza Pública que participan en determinadas acciones militares o se encuentran en ciertos lugares a determinadas fechas y horas?
RATIO	<p>“(…) los artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985, (…), establecen un recurso de insistencia (…)”</p> <p>“(…) podría pensarse que el actor debió impugnar ante el Tribunal Contencioso Administrativo, (…), antes de acudir a la acción de tutela”</p> <p>“(…) una cosa seria la vulneración al derecho de petición por no resolver material y oportunamente una solicitud, y otra, que esta se responda negativamente alegando el carácter reservado de la documentación solicitada.”</p> <p>“(…) el recurso judicial contemplado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 se aplica solamente para aquellos casos en los que la respuesta negativa de la administración para brindar información solicitada está fundada en el argumento de que ella es reservada y se indican las normas legales pertinentes.”</p> <p>“(…) la entidad demandada se opuso a la pretensión elevada sin que mediara disposición legal o constitucional alguna (…), la respuestas de la administración constituye una vía de hecho que desborda el margen de competencia atribuido a la autoridad judicial de lo contencioso administrativo, y abre las puertas a la actuación del juez de tutela como garante de los derechos fundamentales.”</p> <p>i.) La norma general es que las personas tienen derecho a acceder a la información que reposa en las instituciones del Estado. Ello significa que las normas que limiten el acceso a información deben ser interpretadas de manera restrictiva y que toda limitación debe ser motivada;</p> <p>ii.) En armonía con lo establecido en el art. 74 de la Constitución, los límites al acceso a la información bajo control del Estado deben ser fijados a través de la ley;</p> <p>iii.) Los límites fijados en la ley para el acceso a la información pública deben ser precisos y claros en lo referido al tipo de información que puede ser reservada y a la autoridad que puede tomar esa determinación;</p> <p>iv.) Desde la perspectiva constitucional, los límites al acceso a la información bajo control del Estado sólo son válidos si persiguen la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos, tales como la seguridad y defensa nacionales, los derechos de terceros, la eficacia de las investigaciones estatales y los secretos comerciales e industriales. En todo caso, las restricciones concretas deben estar en armonía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y pueden ser objeto de examen por parte de los jueces;</p> <p>v.) La determinación de mantener en reserva o secreto un documento público opera</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

<p>sobre el contenido del mismo, pero no sobre su existencia;</p> <p>vi.) En el caso de los procesos judiciales sometidos a reserva, ésta se levanta una vez terminado el proceso. Solamente podrá continuar operando la reserva respecto de la información que puede comprometer seriamente derechos fundamentales o bienes constitucionales;</p> <p>vii.) La ley no puede asignarle el carácter de información reservada a documentos o datos que, por decisión constitucional, tienen un destino público;</p> <p>viii.) En todo caso, la reserva debe ser temporal. El plazo que se fije debe ser razonable y proporcional al bien jurídico que se persigue proteger a través de la reserva;</p> <p>ix.) Durante la vigencia del período de reserva de la información, los documentos y datos deben ser debidamente custodiados y mantenidos, con el fin de permitir su publicidad posterior;</p> <p>x.) El deber de reserva se aplica a los servidores públicos. Este deber no cobija a los periodistas y, en principio, la reserva no autoriza al Estado para impedir la publicación de la información por parte de la prensa;</p> <p>xi.) La reserva de la información bajo control del Estado se aplica a las peticiones ciudadanas. Ella no puede extenderse a los controles intra e interorgánicos de la Administración y el Estado; y</p> <p>xii.) En el caso de las informaciones relativas a la defensa y la seguridad nacionales, que era el tema que ocupaba a la Corte en esa ocasión, se admite la reserva de la información, pero siempre y cuando se ajuste a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”</p> <p>“La Corte Interamericana reitera en su providencia que ya ha establecido que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho a buscar y a recibir información”</p> <p>“(…) tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte interamericana de Derechos Humanos manifiestan que la regla general es la del acceso general a la información que reposa en el Estado – principio de la máxima divulgación-, como condición fundamental para la existencia del Estado democrático, respetuoso de los derechos de las personas.”</p> <p>“(…) se admite que alguna información quede en secreto, de acuerdo con lo que determine la ley, (…), empero, la determinación debe ser motivada debe respetar los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, (…), las excepciones a la regla del acceso deben interpretarse siempre en forma restrictiva.”</p> <p>“(…) examen de proporcionalidad, (…), implica observar si esa medida es necesaria para lograr un fin que, más que legítimo, es imperioso, y si los beneficios logrados con ella en materia de protección de un derecho constitucional están en una relación de</p>
--

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

	<p>proporcionalidad estricta con los derechos y bienes constitucionales que afectan.”</p> <p><u>“(…) una afectación extrema del derecho de acceder a la información, con lo cual obstaculiza también la realización del derecho de las víctimas a lograr la verdad, la justicia y la reparación, y una garantía de no repetición de los hechos que los afectan, (…), independientemente de si son inocentes los agentes de la fuerza pública cuyos nombre se solicitan, las víctimas tiene el derecho de indagar sobre las circunstancias y los presuntos autores de los delitos y ellos significa que pueden acceder a los nombre de los agentes que ellos consideren que podrían estar implicados”</u> (subrayado fuera de texto original)</p> <p>“(…) la reserva de las investigaciones no se aplica a los nombre de los investigados, sino a la diligencias practicadas. Además, la Corte ha determinado que no constituye una vulneración de los derechos fundamentales de las personas la ubicación de sus nombre en relación con investigaciones que adelantan las autoridades competentes (…)”</p>
RESUELVE	<p>Revocar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 23 de Junio de 2006.</p> <p>Ordenar al Ministro de Defensa suministre la información requerida</p> <p>Ordenar al Ministerio de Defensa y a la Fiscalía General de la Nación informes quinquenales sobre avances en la Comunidad de Paz de Apartado.</p>
Conclusiones Relevantes	<p>Primero establece el alto tribunal, que tratándose de violaciones a derechos fundamentales cuya inminencia legitime la tutela, esta es procedente para controvertir decisiones de las autoridades competentes que denieguen la información. Así mismo, establece que cuando la autoridad competente no oponga la reserva motivada y fundamentada, tal acción constituir vía de hecho y será procedente la tutela para controvertir su decisión. Por tanto en el caso es procedente la tutela y no el mecanismo jurídico de insistencia.</p> <p>Reitera jurisprudencia en cuanto a la publicidad como normal general al interior del ordenamiento, y se fundamenta no solo desde la Carta del 91, sino que en extenso recorre disposiciones aunque hacen parte del bloque de constitucionalidad y que por tanto hacen parte integral del ordenamiento superior. Una vez allí, deja claro cuáles son los presupuestos para la excepción a la regla general, es decir, enumera los requisitos legales y constitucionales de la reserva y la condiciona a su proporcionalidad para el fin que se persigue.</p> <p>Finalmente arriba a los derechos de las víctimas, y deja claro que negarla la información a una víctima que la requiera para hacer efectivos sus derechos a la verdad, justicia y reparación, constituye grave violación a los derechos fundamentales de las víctimas de delito, y que por tanto no puede la reserva en estos casos fundamentarse en la presunción de inocencia de los presuntos implicados.</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

TIPO DE SENTENCIA	T-920 de 2008
MAGISTRADO PONENTE	CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	Derecho de Petición (Art.23) Derecho de Información (Art. 74) (Art. 20) Derecho al Debido Proceso
FUNDAMENTOS DE DERECHO NORMAS CITADAS	Artículos 9 y 17 del decreto 01 de 1984
PRECEDENTE- SENTENCIA CITADA	<p>T-012 de 2005 M.P Manuel José Cepeda Espinosa</p> <p>T-206 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz</p> <p>T-473 de 1992 M.P. Ciro Angarita Baron</p> <p>T-1005 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández</p> <p>T-013 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra</p> <p>T-042 de 2008 M.P Clara Inés Vargas Hernández</p> <p>T-1105 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda</p> <p>T-970 de 2002 M.P. Alejandro Martínez Caballero.</p> <p>T-299 de 1995 M.P Alejandro Martínez Caballero</p> <p>T-192 de 2007, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.</p> <p>T-334 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galíndez</p> <p>T-377 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.</p> <p>T-334 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo</p> <p>T-1099 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis</p> <p>T-881 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil</p> <p>C-836 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra</p> <p>C-412 de 1993 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz</p> <p>C-150 de 1993 M.P.: Fabio Morón Díaz</p> <p>C-412 de 1993 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz</p> <p>C-1194 de 2005</p> <p>C-491 de 2007</p> <p>C-1154 de 2005</p>
PROBLEMA JURIDICO	¿Qué grado de autonomía reconoce la jurisprudencia constitucional a los funcionarios de la rama judiciales para limitar válidamente el derecho a la información de quien aun no cuenta con calidad de imputad?
RATIO	<p>“La Corte Constitucional en sus pronunciamientos, se ha preocupado en desarrollar este postulados, reiterando el carácter fundamental de las peticiones y, (...), las limitaciones que pueden vincularse a su ejercicio.”</p> <p>“El derecho de petición, es un derecho de carácter fundamental que abarca otras</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

<p>prerrogativas constitucionales como el derecho a la información.”</p> <p>“El derecho fundamental de petición no se satisface a través del silencio administrativo negativo, en su lugar, debe entenderse que esta figura constituye prueba de su desconocimiento.”</p> <p>“La carencia de competencia, (...), no exime del deber de dar respuesta (...)”</p> <p>“La Corte, (...), ha establecido que el derecho a solicitar la expedición de copias a un autoridad judicial o administrativa forma parte del núcleo esencial del derecho de petición.”</p> <p>“(…) en lo que se refiere específicamente a la condiciones para acceder a las copias ante una autoridad jurisdiccional, (...), deben distinguirse dos situaciones: la primera se presenta cuando en ejercicio del derecho de petición se requieren asuntos que están vinculados de manera estricta a la función judicial y, la segunda, cuando ella versa sobre aspectos carácter meramente administrativo. – En el primer evento estas solicitudes encuentran sus límites en las reglas de las formas propias de cada juicio, (...). No obstante, (...), cuando las solicitudes son elevadas por los sujetos procesales, a fin de hacer efectivas sus prerrogativas constitucionales estas deben ser examinadas de manera minuciosa ya que la efectividad de la petición tendrá un vinculo estrecho con el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.”</p> <p>“Puede concluirse que cuando se trate de solicitudes de las partes de un proceso judicial en el curso, ambas tiene el carácter de derecho fundamental.”</p> <p>“(…) paralelo a la obtención de copias de una actuación oficial, la Corte también ha tenido la oportunidad de referirse a las limitaciones de este derecho.- Este conjunto de restricción tiene su origen en la reserva aplicable a ciertas informaciones o actuaciones, la cual a su vez es producto de la interpretación sistemática de los artículo 2, 15, 28 y 74 Constitucionales, (...), ciertas actuaciones, documentos y diligencias que no pueden ser objeto de conocimiento público general, por cuanto el libre uso de su contenido podría atentar contra el interés general o el ejercicio de otros derecho fundamentales de los asociados.”</p> <p>“(…) negar el acceso a unos documentos que no han sido objeto de reserva, conlleva la vulneración del derecho de acceso a la información, el derecho de petición e, inclusive, (...), <u>el derecho al debido proceso de los intervinientes y partes de un proceso judicial.</u>”</p> <p>(Subrayado fuera de texto)</p> <p>“(…) la restricción del acceso del público en general a un proceso judicial o alguno de los componentes del expediente debe estar explícitamente definida en la ley. <u>Tal regla, por supuesto, es muchísimo más exigente en lo que se refiere a las partes o intervinientes dentro del proceso, pues respecto de estos el acceso a las piezas procesales constituye uno de los elementos básico para hacer valer los derecho de contradicción y de defensa.</u>”</p> <p>(Subrayado fuera de texto)</p>

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

	<p><u>“En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamientos Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. (...), pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional (...).”</u> (Subrayado fuera del texto)</p> <p>“(...) cuando un indiciado requiera el acceso a las copias de una carpeta en donde se consigne el programa de indagación, es necesario que la fiscalía distinga explícitamente, a partir de la Ley 906, cuales elementos se encuentran cobijados por la reserva y cuáles no (...)”</p>
Resuelve	<p>Revocar, el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Popayan, el 28 de Marzo de 2008, que denegó la acción de tutela presentada, en su lugar Conceder la Tutela del derecho fundamental al debido proceso.</p>
Conclusiones Relevantes	<p>Reitera la alta corporación su jurisprudencia sobre el derecho de petición y su carácter fundamental, así mismo, como se entrelaza con el derecho a la información y a veces con el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Allí, aclara que cuando un derecho de petición es presentado por uno de los sujetos procesales, en aras de preservar un derecho constitucional o legal, en la contestación del derecho de petición están en juego el derecho a la administración de justicia y el debido proceso. Determinando que el acceso a los elementos del proceso resulta determinante cuando se través de sujetos procesal o intervinientes. Posteriormente aclara que no importa la denominación que se le dé a un persona al interior del proceso penal, ya sea que se le denomine interviniente o sujeto proceso, si sus interés, la ley y la jurisprudencia lo autorizan para actuar procesalmente entonces este podría hacerlo.</p> <p>La Corte entonces reitera los derechos de los sujetos procesales e intervinientes ante el juez y los fiscales, y privilegia su posición en aras de garantizar los derechos que le convoquen a la causa penal y aquellos que le reconocen la constitución, la ley y la jurisprudencia.</p>

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional constituye el más importante y diciente en cuanto al tema de la víctima del injusto, su derecho a la verdad y el acceso al expediente. Por tanto en su ratio y conclusiones se encuentra inmerso el meollo del escrito que nos antecede ya.

Tabla 2. Cuadros hermenéuticos de las sentencias 2.

TIPO DE SENTENCIA	T-511 de 2010
-------------------	---------------

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

MAGISTRADO PONENTE	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	Derecho de Petición (art. 23) Derecho de acceso a la Información Pública
FUNDAMENTOS DE DERECHO NORMAS CITADAS	Artículo 18 de la Ley 906 de 2004 Artículo 79 de la Ley 906 de 2004 Ley 80 de 1993 Ley 130 de 1994 Ley 594 de 2000 Ley 850 de 2003 Artículo 42 de Ley 446 de 1998 Artículos 21 y 25 de Ley 57 de 1985
PRECEDENTE- SENTENCIA CITADA	T-249 de 2001 T-1046 de 2004 T-180a de 2010 T-481 de 1992 T-1104 de 2002 T-294 de 1997 T-457 de 1994 T-249 de 2001. T-473 de 1992 C-491 de 2007 T-473 de 1992 T-216 de 2004 T-617 de 1998 T-693 de 1999 T-1322 de 2000 T-074 de 1997 T-1268 de 2001 C-038 de 1996 T-473 de 1992 T-1025 de 2007
PROBLEMA JURIDICO	¿Qué grado de autonomía reconoce la jurisprudencia constitucional a las autoridades judiciales o ejecutivas para limitar válidamente, a través de la reserva, el derecho de petición y de acceso a la información de corporaciones de promoción de derecho humanos, en relación con presencia de patrullas en un sector y a una hora determinada?
RATIO	“En virtud de los hechos y de las actuaciones de las partes involucradas ante descritos, a

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

	<p>la sala de revisión establecer si han resultado vulnerados los derechos fundamentales de petición y de acceso de información de los demandantes.</p> <p>Este derecho de acceso de información también es reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y otros instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales son relevantes para establecer e protegido del derecho . Existen varios instrumentos internacionales de derecho internacional tales como la declaración de Chapultepec, declaración de principios sobre la libertad de expresión de la comisión, los principios de Johannesburgo y los llamados principios de Lima.</p> <p>El acceso a la información en poder del estado se rige por los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia. Estos principios llevan aparejada la obligación estatal de producir información, consérvala y ponerla oficiosamente a disposición el público interesado.</p> <p>A la jurisprudencia de la corte constitucional le corresponde precisar la naturaleza y los alcances del derecho de acceso de información en el ordenamiento jurídico colombiano. La transparencia y publicidad de la actuación de los poderes públicos en un estado de derecho ya que controla un control ciudadano sobre las agencias estatales al obligarlas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos.”</p> <p>“(…) los vínculos existentes entre el derecho de acceso a la información y los principios de transparencia y publicidad que deben caracterizar las actuaciones de los poderes públicos, (…), se convierte por tanto en un instrumento para combatir la corrupción y para hacer efectivo el principio de legalidad, (…). <u>Finalmente se ha convertido en una herramienta esencial para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctima de actuaciones arbitrarias y de violaciones de derecho humanos y para garantizar el derecho a al memoria histórica de la sociedad.</u>” (Subrayado fuera de texto)</p> <p>Los limites del derecho de acceso a la información publica debe estar fijados en la Ley, por lo tanto no son admisibles las reservas que tiene origen en normas que no tengan esa naturaleza, por ejemplo actos administrativos.</p> <p><u>“No son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción de derecho de acceso a la información”</u></p> <p><u>“La ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva (…)”</u></p> <p><u>“(…) se han considerado legítimas las reservas establecidas para garantizar la defensa de los derecho fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionalmente afectos por la publicidad de una información; para garantizar la seguridad y defensa nacional; para asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiarios y con el fin de garantizar secretos</u></p>
--	---

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

	<p><u>comerciales e industriales</u>” (Subrayado fuera del texto)</p> <p>“La reserva puede operar respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia.”</p> <p>“(…) la acción de tutela es procedente para la protección de este derecho, pues de conformidad con la regla sentada es procedente para la protección de este derecho, pues de conformidad con la regla sentada en la sentencia T-1025 de 2007, (…), no invoca una reserva legal o constitucional o motivos de seguridad nacional para denegar la información solicitada, razón por la cual el mecanismo constitucional desplaza el recurso de insistencia previsto en la Ley 57 de 1985”</p> <p>“(…) la información, (…), tiene el carácter público, pues no se encuentra sometida a reserva legal y por el hecho de haber sido aportada como elemento material probatorio dentro de una investigación de carácter penal no pierde tal naturaleza.”</p>
Resuelve	<p>Revocar el fallo de segunda instancia proferido el once (11) de Agosto de 2009 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia</p> <p>Ordenar al Comandante de la Sexta Estación Tunjuelito de la Policía Nacional que en el término de las (48) horas siguientes a la notificación suministre la información solicitada.</p>
Conclusiones Relevantes	<p>La corte comienza una vez más reiterando la importancia del derecho de petición y su carácter constitucional.</p> <p>Pasa entonces al análisis del derecho a la información, citando jurisprudencia reiterativa en el tema así como su regulación en marcos normativos compartidos a través de tratados internacionales. Discurre sobre sus características y finalmente arriba al alcance constitucional de dicho derecho.</p> <p>Concluye que la obtención de la información se ha convertido en un fundamento para el alcance de los derechos constitucionales de las víctimas del injusto, ya que se vuelven determinantes cuando los intereses de la víctima no transitan por el mismo trecho que los del ente acusador</p> <p>Reitera los requisitos de la reserva en cuanto a su carácter taxativo y de interpretación restrictiva, y acuna la posición sostenida en el 2007 cuando afirman que la tutela procede ante autoridades que denieguen el acceso a la información cuando estas no opongan reserva legal fundada.</p>

Esta sentencia la abordamos, así se trate no de una revisada por la Corte Constitucional, sino una sentencia de la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, nos parece que por lo menos un pronunciamiento reciente acerca del tema permite al lector hacer un contraste entre lo que se viene diciendo en la jurisdicción constitucional y en la justicia ordinaria.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Tabla 3. Cuadros hermenéuticos de las sentencias 3.

TIPO DE SENTENCIA	T-50896 de 2010
MAGISTRADO PONENTE	Augusto Ibáñez Guzmán
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	Derecho de Petición (Art. 23) Derecho de acceso a la Justicia
FUNDAMENTOS DE DERECHO NORMAS CITADAS	Artículo 18 de la Ley 906 de 2004 Artículo 79 de la Ley 906 de 2004 344 de la Ley 906 de 2004 Ley 74 de 1968 Ley 16 de 1972
PRECEDENTE- SENTENCIA CITADA	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación Rad. 31780, 15 de julio de 2009 Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación Rad. 31780, 15 de julio de 2009
PROBLEMA JURIDICO	Si la acción de tutela propuesta es procedente para proteger el derecho al debido proceso, el principio de legalidad y favorabilidad que aduce la accionante, presuntamente infringidos por la Fiscalía 26 Seccional de Cauca, al negarse a expedir las copias de la actuación realizada en la fase de indagación e investigación.
RATIO	La Fiscalía brindó a la peticionara una respuesta que respeta el núcleo esencial del derecho de petición, pues tal como lo consideró, no era posible darle curso a la solicitud de copias. 6) En efecto, la indagación tiene como propósito establecer la ocurrencia de los hechos llegados al conocimiento de la fiscalía, determinar si constituyen o no infracción a la ley penal, identificar o cuando menos individualizar a los presuntos autores o partícipes de la conducta punible y asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción punitiva del Estado; caracterizándose esta etapa por ser reservada y con un alto grado de incertidumbre y en la cual si el fiscal al sopesar los resultados obtenidos deduce que mediante las evidencias o los elementos materiales de prueba o la información acopiada no es posible demostrar que la conducta es típica (tipo objetivo) o que nunca existió, tendrá que disponer el archivo de la investigación de acuerdo con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, decisión última que aun no se ha adoptado. Ahora, su condición de víctima no la habilita per se para tener un acceso ilimitado a la

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

	<p>actuación, pues de considerarse tal postura y en aras del principio de igualdad de armas que gobierna el sistema acusatorio, en idéntica forma habría de procederse frente al indiciado, situación que se ofrece insostenible.</p> <p>7) De allí que resulta válida la negativa a expedir las copias, pues como aun no se ha tomado una determinación definitiva que haga tránsito a cosa juzgada, se conserva latente la posibilidad de continuar con la indagación y se mantiene vigente su naturaleza reservada, siendo por ello que no resultó acertada la decisión del a quo al autorizar su expedición.</p>
Resuelve	REVOCAR el fallo impugnado y en su lugar, negar por improcedente el amparo de los derechos fundamentales alegados por Blanca Luz Flórez Gaviria a través de apoderado, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
Conclusiones Relevantes	<p>En este caso, considerado la Corte que era desacertada ya que la Fiscalía cumplió con el acceso en el momento en que fue pertinente. Es de notar la diferencia entre la apreciación del factum que hace la Corte Suprema de Justicia y la que hiciera la Corte Constitucional en hechos muy similares, parece ser que el choque de trenes ha pasado un nivel conceptual donde las interpretaciones de las altas corte se encuentran divididas. En todo caso, en el ratio de las sentencia la Corte Suprema no desconoció los derechos constitucionales de la victimas, solo que no lo encontró vulnerados en el presente caso y por tanto revoco el amparado que ya se había otorgado.</p> <p>Sin embargo es de anotar que por tratarse de una sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia, esta aun se remite para la Corte Constitucional para su eventual revisión.</p>

8. CONCLUSIONES

Acompañamos a su vez al escrito con una copia de jurisprudencia reciente de la sala de casación civil donde se aborda un tema análogo al que tratamos en este escrito. No quisimos extraer de aquella sentencia pedazos ya que consideramos que completa de manera académico el escrito y anexarla como un todo permito al lector una mayor claridad acerca de donde reposa su cabeza la jurisprudencia de las altas cortes con respecto a la intervención de la víctima en el proceso penal. Los anexos entonces serán dos, la comunicación del fiscal que deniega el acceso, la la sentencia se la Corte Suprema de Justicia donde concede el acceso.

Sin pretender alcanzar unas conclusiones objetivas podemos afirmar de acuerdo a lo anterior que:

1. La víctima es un interviniente en el proceso penal.
2. La calidad de sujeto procesal o interviniente no es relevante para determinar las posibilidades procesales de la víctima al interior de la causa penal.
3. La regla general de toda la información de los poderes públicos es que la publicidad, sin embargo la misma es restringible mediante reserva legal.
4. Dicha reserva deberá obedecer a la protección de derechos constitucionales o bienes jurídicos trascendentes para el estado.
5. La reserva legal no es oponible entonces a al víctima pues se trata de un interviniente que se encuentra facultado para conocer del proceso desde el primer día de indagación.
6. El acceso de los intervinientes y sujeto procesal comienza desde el primer día de la indagación.
7. Cuando se trate de petición de información por parte de personas que no sean ni sujeto procesal ni interviniente, deberá determinarse si ostentan interés jurídico en

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

las resultas o el proceso. No puede, en todo caso, alegarse la falta de calidad de víctima o imputado para negar acceso al expediente.

8. El mecanismo constitucional de tutela contra autoridades que denieguen el acceso al expediente es procedente dependiendo de si oponen reserva legal.
9. Si oponen reserva lo procedente será entonces el mecanismo de recurso de insistencia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
10. La reserva legal ante la víctima del delito es por tanto inoperante, tanto para fiscales como para jueces o asistentes judiciales.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Madrid, 1997, p 23
- Antonio Beristain, Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la victimología, Editorial Tirant la Blanch, año 1994, pág. 245 y ss.
- Argumentación Jurídica y análisis jurisprudencial, Nestor Raul Arturo Dorado, Nelson Jair Cuchumbe Holguin, Potifica Universidad Javeriana, 2005, P. 15
- Bernardo Bernate Ochoa. El código penal colombiano de 1890. En (www.urosario.edu.co/jurisprudencia).
- Caso Barrios Altos en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf. Velásquez Rodríguez” (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988
- Caso Barrios Altos en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derecho Humanos, Sentencia del 15 de Septiembre de 2005, Caso de la Masacre de Mapiripan, en http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC0QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec_134_esp.doc&ei=C1RzUMjJMcrHqgGr4oGgCA&usg=AFQjCNEIsQrGa_8tVlwD9CFZnJdeB-kJUg&sig2=fCLNniiKCXf_95liM00zog

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

- Corte Interamericana de Derecho Humanos, Sentencia del 15 de Septiembre de 2005, Caso de la *Masacre de Mapiripan*, en http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC0QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec_134_esp.doc&ei=C1RzUMjJMcrHqgGr4oGgCA&usg=AFQjCNEIsQrGa_8tVlwD9CFZnJdeB-kJUg&sig2=fCLNniiKCXf_95IiM00zog
- CSJ, S. Laboral, Sent. 32375, jun. 7/11, M. P. Luis Gabriel Miranda
- Estado Actual de los derechos de la víctimas en el proceso penal, Vicente Emilio Gaviria Londoño, en catalogo.uexternado.edu.co/, Septiembre de 2009, Bogotá
- Estudios ocasionales Cijus. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.)
- Fundamentos sobre verdad justicia y Reparación, Jorge Eduardo Carranza Pina, Leyer, Bogotá
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. Valencia: Tirant lo Blanch, 19963, p. 38.
- Gaviria Vicente Emilio, Estado Actual de los Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia
- Günter Jakobs, "La imputación objetiva en derecho penal", trad. de Manuel Cancio Melía, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 34.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

- Habermas Jürgen, Verdad y Justificación, 2002, pp 115-116 Citado en Argumentación Jurídica y Análisis Jurisprudencial, Nestor Raul Arturo Dorado y Nelson Jair Cuchumbe Holguin
- Ilanud. “La defensa pública en América Latina, San José de Costa Rica. 1991, pg. 130.”
- Jimenez De Asúa. Lecciones de Derecho Penal. Primera edición. Editora Educación Sudamericana. Buenos Aires, Argentina.
- Julio B Maier. La Víctima y el Sistema Penal. Buenos Aires. Ad Hoc. 1992
- Ley 975 de 2005, en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0975_2005.html
- López Medina, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencia y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Editorial Legis, 2001, p. 69.
- Parma Carlos, “La víctima en el proceso penal”, Ed. Astrera, 2003
- patrimonio público y la moral administrativa, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.)
- Reflexiones sobre la víctima en el proceso penal y frente a la teoría del delito, DANIEL GUSTAVO GORRA, Universidad Católica de Cuyo, San Luis, 2005, P. 8

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

- Resolución 0-4773 de 2007, Fiscalía General de la Nación, Considerando, Diciembre 03 de 2007
- ROXIN CLAUS, La imputación objetiva en el derecho penal, primera edición, lima 1997.
- Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, Corte Constitucional, MP Manuel José Cepeda Espinosa, Bogota
- Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia C-228 de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-370 de 2006, Corte Constitucional, Bogotá,
- Sentencia C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón. “Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución.
- Sentencia T-06/1992 de Mayo de 1992. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T-597
- Sentencia T-275 de 1994, La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

- *Velásquez Rodríguez*” (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988 y “*Barrios Altos*” (fundamento 43), sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Whanda Fernández León, *Procedimiento Penal Constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, Bogota, 1999
- William James, *La concepción pragmática de la verdad*, pag. 127, en www.ebooks/file988475
- Yacobucci Guillermo J. “La deslegitimación de la potestad penal” Ed.Abaco, 2000, pág.41
- Zaffaroni, E. Raul, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal – parte general.-*, Ediar, Buenos Aires 2002, pág. 233 -235.

ANEXOS

Anexo A.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente
EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá D.C., veinticuatro de marzo de dos mil once

(Discutido y aprobado en sesión de veintitrés de marzo de dos mil once)

Ref. : Exp. No. T-11001-02-03-000-2011-00497-00

Se resuelve la demanda de tutela formulada por Iván Velásquez Gómez contra la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

ANTECEDENTES

1. El Promotor de la queja constitucional solicita el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, para que se ordene a la autoridad accionada entregar copias de las entrevistas e interrogatorios realizados dentro de la investigación radicada bajo el N° 110016000102200800240.

Asevera que con ocasión a la publicación en la Revista Semana de un artículo titulado "*complot de los paras*", en el que se relatan acercamientos entre "*Don Berna*" y los funcionarios de la Casa de Nariño, con el propósito de entregar información obtenida ilegalmente con la que se pretendía enlodar el nombre de la Corte Suprema de

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Justicia y en especial a uno de los magistrados auxiliares, la Fiscalía General de Nación -Delegada Décima- inicio indagación preliminar, de la cual posteriormente dispuso su archivo.

Agrega que el 5 de noviembre de 2010, radicó ante esa autoridad un derecho de petición con el objetivo de obtener información sobre las actividades de Policía Judicial, así mismo, para que le compulsaran copias de los interrogatorios y entrevistas recibidos en la labor investigativa; sin embargo, -dijo- la accionada mediante oficio de 20 de enero de 2011 contestó que *"con la expedición de la Ley 906 de 2004, la actuación durante la etapa de indagación es de conocimiento exclusivo de la Fiscalía General de la Nación y cuenta con reserva, toda vez que no se ha dado inicio al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física de conformidad con el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal"*, determinación que tuvo apoyo en el fallo de tutela N° 46.534 de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal que estimó *"la validez de la negativa de las copias, como quiera que aún no se ha tomado determinación definitiva que haga tránsito a cosa juzgada, pues está latente la posibilidad de reabrir la indagación; por ende, sigue vigente la naturaleza reservada, resultando contrario la aplicación del artículo 115 del C. de P. C. dado que el mismo hace referencia a procesos terminados"*.

A juicio del promotor del amparo, la negativa de la autoridad accionada constituye una violación a sus derechos, habida consideración que son abundantes los pronunciamientos de la Corte Constitucional que han reconocido la participación de las víctimas en el proceso penal, como el acceso al expediente desde el inicio de la investigación (C-454 de 2006), el cual no puede ser negado ni siquiera aduciendo razones legales de reserva en la indagación preliminar. Prosigue el interesado afirmado, una interpretación genuina del precedente constitucional citado, conduce a por lo menos dos aspectos

necesarios para conocer las actuaciones antes del descubrimiento de pruebas: la posibilidad efectiva de aportar pruebas o de contribuir en la guía, esclarecimiento o ayuda de la investigación; y que el disenso entre la víctima y la Fiscalía no se podría controvertir sin el conocimiento de elementos materiales y evidencia física con que cuenta aquella. En esa medida, es clara la importancia de obtener copias antes de aquella etapa, pues de lo contrario no se puede refutar la decisión de archivo de la investigación si carece de certeza sobre el alcance de los medios probatorios.

Entonces, aquella determinación afecta grave e irremediamente el derecho fundamental al debido proceso, porque el artículo 11 y 132 del Código de Procedimiento Penal, estructuran los derechos de las víctimas en el proceso penal; además, no se compecede con la interpretación constitucional colombiana de que la investigación no es reservada para los damnificados.

2. La Fiscalía informó que en estricto sentido no ha violado derecho alguno al accionante, pues en la respuesta se efectuó una descripción pormenorizada de todos los actos de investigación realizados, y que la negativa de expedir copias del Interrogatorio de parte del Dr. Edmundo del Castillo y las entrevistas aportadas por algunos testigos, tuvo apoyo en que ello no hace parte de los derechos a las cuales hace referencia tanto la jurisprudencia constitucional como internacional, éstas únicamente aluden a la posibilidad de que la víctima puede recibir información, que fue precisamente lo que se hizo. Además, resulta un despropósito considerar que tal negativa afecte las garantías de quienes precisamente esta autoridad está obligada constitucionalmente a proteger; tampoco afecta la verdad si se tiene en cuenta que ésta sólo emergerá, llegado el caso, cuando se tenga certeza plena de los hechos y la responsabilidad de los investigados, es

decir, agotado el proceso y dictada la sentencia que debe estar en firme para hacer referencia a ella.

Añade que aquellos son solo actos de investigación encaminados a dilucidar el asunto, que en principio no constituyen prueba, ya que no se ha ejercido el derecho de contradicción, motivo por el cual no puede aseverarse que desconocerlos afecta sus derechos, pues ni siquiera fueron suficientes para proseguir la investigación y por ende sobrevino el archivo conforme al artículo 79 de la Ley 906 de 2004; Además, conforme al sistema acusatorio no se puede hablar de conflicto entre la víctima y el ente investigador como si se estuviera en presencia de los presupuestos de la Ley 600 de 2000. Finalmente, aduce que con lo pretendido no se alcanza la verdad, ni la justicia, menos aún el resarcimiento de perjuicios, tampoco la reanudación de la investigación. El derecho a la información y el conocimiento, se limita a saber lo ya informado; en esas condiciones -dijo- resulta inviable lo pedido por vía de tutela.

CONSIDERACIONES

1. En el presente asunto, como se dejó visto, el interesado acusa a la autoridad accionada de vulnerar el debido proceso, al no haberle suministrado copias de las entrevistas e interrogatorios recogidos en la indagación preliminar, porque argumenta que son reservadas y no se está en la etapa de descubrimiento de pruebas, lo cual -dice- no se compadece con los precedentes constitucionales que indican que las víctimas tienen derecho a acceder al expediente desde el inicio de la investigación.

2. Para resolver ha de tenerse presente, que la jurisprudencia de la Sala, ha sido enfática en señalar que el "derecho de petición" no

ostenta un carácter absoluto, puesto que existen eventos particulares en los que la averiguación o la documentación que se deprecia "está afectada con reserva legal que debe ser confidencial". Esos eventos que le impiden a los particulares acceder a la información pública, acorde con el precedente constitucional, e incluido el de esta Corporación, sólo se dan cuando "(…) i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información (sentencia C-491 de 2007), subraya la Corte". (Sentencia de 7 de julio de 2008, Sala de Casación Civil, Exp. 00767-01).

3. En lo relativo al derecho de petición en la modalidad de acceso a la información a que aluden los artículos 23 y 74 de la Carta Política, es decir, "aquel que tiene toda persona no sólo para recibir información, sino para consultar los documentos públicos relacionados con la acción de las autoridades públicas, y también para que se les expida copia de los mismos (Arts. 9o. y 17 del C. C. A.), la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sent. de 9 de

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

agosto de 1996, Exp. No. T-3217) precisó que *"como en pluralidad de oportunidades se ha dicho, el derecho fundamental de petición en su modalidad de acceso a información, éste no es absoluto en la medida que en tratándose de autoridades públicas, brinda la posibilidad de conocer exclusivamente las cuestiones atinentes a su gestión oficial y en cuanto al acceso de documentos, sólo se extiende a los "documentos públicos" (art. 74 C.P.) que no tengan el carácter de reservados, ni a aquellos que hagan relación a la defensa o seguridad nacional (Art. 12 de la Ley 57 de 1985)".*

3. Ahora, debe definirse si los instrumentos recogidos por la Fiscalía en la etapa de la indagación, diferente a la fase investigativa que comprende entre la audiencia de formulación de imputación y la acusación, tienen el carácter de reservados. Ante la ocurrencia de un hecho, con connotaciones delictivas, se legitima la puesta en marcha del aparato judicial para la indagación o investigación de lo ocurrido, el juzgamiento de los presuntos autores o partícipes y la eventual ejecución de las consecuencias de una declaratoria de responsabilidad penal. En el sistema penal acusatorio, la finalidad de la indagación y de la investigación no es exclusivamente la formulación de una acusación, sino esencialmente, la recopilación de evidencias y elementos materiales probatorios que permitan confirmar o descartar la ocurrencia de un delito y sus posibles responsables, es decir, no impone la obligación de acusar en todos los casos, porque es perfectamente posible que sobre la marcha de la indagación o investigación, aclarar de manera convincente las circunstancias que en su momento legitimaron la actividad de la Fiscalía, pero dado que en principio existieron razones que permitían suponer un reato, puede ocurrir que sobrevenga una decisión de archivo de las diligencias o preclusión de la investigación, la cual debe estar en manos del juez quien ejercerá un control previo sobre la legitimación de esos ejercicios. Esa recopilación de información, evidencias y elementos

materiales probatorios recogidos en la indagación, no pueden tener carácter reservado, en la medida que cumplen la función de determinar la existencia o no de una conducta delictuosa que puede conducir al archivo o la investigación propiamente dicha. En esas labores de verificación pueden participar los posibles involucrados como víctimas contingentes o sujetos eventuales, bien para esclarecer los hechos o aportar otros elementos de juicio que conduzcan a una resolución que proteja los derechos de todos. Además, ha de tenerse presente que la Ley 906 de 2004, en esta fase del proceso, no establece ningún tipo de reserva de estas diligencias porque en estricto sentido en esta fase aún no hay proceso como sí sucede en la investigación porque ya está esclarecida la conducta como también quienes son los sujetos procesales.

4. En el caso de estudio, la negativa de las copias al accionante carece de justificación constitucional, por cuanto ni la Constitución o ley establecen ningún tipo de reserva en la fase de indagación, son, además, información, evidencias y elementos materiales que condujeron al archivo de las diligencias, más no a una investigación formal para formulación de cargos. Es decir, por el carácter de información y al ordenarse su archivo, el actor puede tener acceso a ella, mientras ello no lesione derechos de terceros o la intimidad de las personas.

Y aunque en la indagación, como la que hizo la Fiscalía en conjunto con la Policía Judicial, de acuerdo al programa metodológico elaborado por aquella, aún no hay sujetos procesales, es decir, eventuales sindicados, víctimas y demás, el actor constitucional como víctima contingente, tiene derecho a saber la verdad de lo ocurrido como parte de su derecho a la información, máxime cuando las diligencias se archivaron y en cualquier momento ante el apareamiento de nuevos elementos de juicios podrá reabrirse la indagación inclusive

con su colaboración. Por añadidura, el derecho a saber la verdad no sólo opera por la ocurrencia de un hecho delictivo, sino también frente a cualquier otra situación que pueda generar interés para la comunidad, por ejemplo a saber la verdad histórica y la memoria, el deber de recordar, de contribuir a la erradicación de la corrupción y evitar la impunidad en algunos casos; además como medida de preservación, cooperación y consulta de archivos, el restablecimiento de la democracia, contribución a la paz, así como la garantía de no repetición de hechos enderezados al conocimiento de un juez. Sólo así es posible controlar que el Estado -sea el legislador, la administración o la judicatura -, actúen de conformidad con la Constitución y la ley.

Una de las características del derecho a la verdad, con independencia de la ocurrencia o no de un delito, es el derecho a saber, que es tanto individual como colectivo y el correlato de éste derecho corresponde al deber de los Estados de esclarecer y memoria de los hechos. El derecho individual corresponde a las familias de las víctimas que tienen derecho a conocer la verdad; el colectivo, es que cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer también la verdad. En esa medida el accionante, como el colectivo tienen el derecho a saber lo que verdaderamente ocurrió y lo que condujo al archivo de las diligencias.

5. La Sala de Casación Penal en un caso similar expresó que *"como se aprecia, le Ley 906 de 2004; en vez de prohibir la expedición de las copias de las actuaciones, autoriza ese proceder, así el proceso se encuentre en la etapa de indagación o investigación preliminar. Lo no permitido 'son las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice', como lo estipula el inciso primero del pluricitado artículo 146. Tal es el caso de la hipótesis prevista en el artículo 156 ibídem, a cuyo tenor 'las providencias judiciales sólo serán reproducidas a efectos del trámite de*

los recursos" y Agregó la Corte que "el numeral 7 del artículo 250 de la Constitución Nacional asigna a la víctima la condición de interviniente y en el Sistema Penal Acusatorio ostenta un sitial privilegiado¹, en esa medida tiene derecho a participar durante todas las etapas del proceso, en aras de hacer valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. La efectividad de esa participación sólo se posibilita si a los damnificados se les garantiza el derecho de acceder a la justicia, la cual comprende la garantía de intervenir desde sus inicios, pues les asiste un evidente interés en lograr el recaudo de sólidos elementos probatorios para soportar una eventual imputación o acusación, así como para censurar la eventual preclusión de la investigación".

Asimismo, indico que "la anterior facultad de intervención está consagrada como norma rectora en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004² y es ampliada en el párrafo único del artículo 146 de la misma ley, cuando le asigna a la Fiscalía la obligación de conservación y archivo de los registros durante la actuación previa a la formulación de la imputación, y al secretario de las audiencias el deber que "en todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros." Esa autorización de permitir a las víctimas obtener copias, de registros, actuaciones adelantadas o evidencias incorporadas durante la fase de indagación o investigación preliminar "no se afecta la estructura del sistema penal acusatorio, por el contrario hace bien porque posibilita el goce pleno de los derechos de dicho interviniente a conocer de primera mano los elementos probatorios recaudados por la Fiscalía, con la cual podrá contribuir al aporte de otros que consolide la eventual formulación de imputación y acusación" (Sentencia de tutela de 6 de agosto de 2008, Exp. N° 37909).

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional

Anexo B.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

ORDEN DEL FISCAL																			
Dpto: Antioquia Municipio Medellín Fecha 22.08.2012 Hora																			
1. Código Único de la Investigación:																			
0	5	0	0	1	6	0	0	2	0	6	2	0	0	9	8	0	2	4	5
Dpto	Municipio	Entidad	Unidad Receptora	Año				Consecutivo											
2. Descripción del asunto (indique brevemente los motivos de la constancia):																			
<ul style="list-style-type: none">Formulan petición escrita las REPRESENTANTES DE VICTIMAS, la estudiantes de derecho VIVIANA PATRICIA AGUDELO y JAQUELINE PATIÑO ORREGO, la cual se podría resumir, en que estas solicitan tener acceso al contenido de la presente carpeta y obtener igualmente " copias fieles de las actuaciones del ente acusador", por cuanto exponen la representantes no se le puede negar a las victimas el tener acceso al compendio probatorio que la fiscalía a recaudado en esta etapa preliminar. <p>FRENTE A SU SOLICITUD DEBEMOS RESPONDER:</p> <ul style="list-style-type: none">La víctima en este caso tiene el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. Esta tiene variados derechos y garantías, entre ellos, que se investigue el caso objeto de indagación, se establezca la verdad, la justicia y la reparación si a ello hay lugar (Arts. 229 y 250-7 de la Constitución Política y 11 y 132 y 136 del C. de P. Penal). Pero, principalmente, tiene derecho a ser tratado con dignidad, como toda persona.La jurisprudencia en Colombia ha reconocido en los últimos años, el alcance de esos derechos de las víctimas y ha precisado y fortalecido sus derechos en los diferentes momentos de la actuación penal, aún en etapa de indagación¹⁹.Ni la Constitución Política ni el actual Código de Procedimiento Penal, le dan a la víctima el alcance de parte. Tampoco ninguno de tales ordenamientos disponen expresamente que la víctima tenga derecho a obtener copia de toda la carpeta que posea la Fiscalía estando el caso aún en etapa de indagación. Como tampoco existe disposición expresa que ordene que cuando un caso penal se encuentre en etapa de indagación, la Fiscalía esté en la obligación de permitir o dar copia de las evidencias que posea, o elementos materiales probatorios, al indiciado, o al imputado.Si bien puede existir un momento de descubrimiento probatorio, este inicia con el escrito de acusación y se concreta, el inicio del descubrimiento, así lo enuncia la norma (Art. 344 íbidem), dentro de la audiencia de formulación de acusación. Estas disposiciones legales, actualmente vigentes, no diferencian que ese descubrimiento sea exclusivo para la defensa o el imputado, o el Ministerio Público (otro interviniente, que no es parte) o que el momento del inicio del descubrimiento de evidencias sea diferente para la víctima.El inicio del descubrimiento probatorio es igual, para partes e intervinientes, y no es existe razón de orden constitucional, para preferir en ese descubrimiento a la víctima, autorizándole el acceso a toda la carpeta en etapa de indagación y negándosele al indiciado o defensa. O en otro sentido, permitirle ese acceso a la víctima, implicaría tener que hacer ese descubrimiento al indiciado, por no existir base constitucional para autorizarle al primero y negarle al segundo. Permitir ese acceso en etapa de indagación a la víctima, es infringir, el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la Constitución Política). Se dirá que no son iguales (indiciado y víctima), pero a esto																			
¹⁹ Entre otras, sentencias C-209 del 21 de marzo de 2007, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.																			

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

hay que replicar que el destinatario de la persecución penal, quien tiene que defenderse, en esencia, es el indiciado o imputado o acusado y no propiamente la víctima, por esto es por lo que se ha considerado por doctrina y jurisprudencia que las garantías procesales tienen más incidencia para quien tiene que defenderse, de tal forma que no es razonable que quien tiene más necesidad de defenderse sea relegado en la oportunidad de conocer las evidencias o EMP.

- En el caso más reciente de solicitud de Copias, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante fallo de tutela²⁰ ordena que en el caso concreto allí debatido la Fiscalía expida y entregue copias de las evidencias a la víctima. Esta Fiscalía, con sumo respeto frente a tal fallo de tutela, considera que es decisión que produce efectos sólo en ese caso, por no ser decisión de constitucionalidad vinculante. Y si se interpreta ese parágrafo en la forma como lo hace ese fallo de tutela, habría que entender que todos los que intervienen en la actuación (Ministerio Público, indiciado, víctima, tercero que reclama bienes), tienen derecho a copia de todas las actuaciones de la Fiscalía (los "registros" como dice la norma) en casos en etapa de indagación, lo cual resulta irrazonable y desproporcionado en los eventos en los cuales se adelantan actuaciones reservadas con miras precisamente a identificar partícipes y a obtener evidencias para formular imputación y acusación si a ello hay lugar.
- No sería razonable ni proporcional, que frente a investigaciones con interceptaciones telefónicas, con vigilancia a personas o a cosas, o con búsquedas selectivas en bases de datos, en etapa de indagación, con miras a establecer a quién imputar, que en principio tienen control de legalidad posterior en audiencia reservada, estas actuaciones puedan ser de acceso a la víctima y por principio de igualdad, de acceso a indiciados, en esa etapa de indagación, si así se interpreta el Art. 146 como lo hacen los fallos aludidos, ¿luego en que quedaría la misma investigación?. No es razonable que frente a denuncias, o frente a investigaciones por homicidios, en etapa de indagación, eventos en los cuales en ocasiones surgen evidencias incriminatorias en contra de los mismos denunciadores o víctimas (falsas denuncias, o familiares de fallecidos que en principio son víctimas y luego resultan implicados en el homicidio), la Fiscalía tenga que darles copia de las evidencias obtenidas inicialmente. O eventos en los cuales se tienen informes de Policía judicial que solicitan orden de captura en casos en los cuales la víctima es la esposa o compañero del indiciado, ¿que efectividad tendría así la justicia?. Hay que entender que los Arts. 155 Inc. 2° y 237 Inc. 2°, éste modificado por el Art. 68 de la Ley 1453 de 2011, en cuanto ordenan la reserva de ciertas audiencias preliminares cuando no existe imputado, son normas que están totalmente vigentes, éstas posteriores al Art. 146 aludido, se refieren a un asunto especial, se hallan en un mismo código y por ello de aplicación preferente (Art. 10-2 del C. Civil, sustituido por el Art. 45 de la Ley 57 de 1887).
- La Fiscalía no está obligada a entregar copia de **toda la carpeta** que contiene este caso, porque no todo lo contenido es objeto de descubrimiento, ni aún en la acusación, como lo es el programa metodológico, o las órdenes a Policía Judicial, las órdenes que ha emitido el fiscal, u otra información que hace parte del trabajo preparatorio del caso (Art. 345-4-5 del C. de P. Penal)²¹.
- Las copias que solicita la víctima no son necesarias porque si el fin que pretende es procurar que se investigue y establezca la verdad, existe otro medio menos traumático para la eficacia de una indagación penal: la comunicación con el fiscal, que en este caso ha existido, abierta y franca por el fiscal (tanto el actual como el antecesor), el cual le ha informado a las víctimas y a sus representantes algunos aspectos de lo investigado. La Fiscalía en ningún momento ha negado la comunicación con las víctimas, no le ha negado el acceso real a la administración de justicia.

²⁰ Tutela 55.418, fallo del 18 de agosto de 2011, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, M. P. José Luis Barceló Carnacho.

²¹ CSI, Sala de Casación Penal, auto del 17 de noviembre de 2009, Rdo. 32.183, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control constitucional

- En conclusión, al encontrarse esta investigación en su etapa de indagación, no se autoriza la expedición de copias a los representantes de víctimas, como ya se expuso, de dicha decisión se les enterara.

3. Funcionario que emite la orden:

Unidad	01	Especialidad	S	E	C	C	I	O	Código Fiscal	0	0	0	9	
Nombre y apellido del Fiscal:	JESUS AURELIANO GOMEZ JIMENEZ													
Dirección	Edificio José Félix de Restrepo 8° Piso										Oficina:			
Departamento:	ANTIOQUIA					Municipio:	Medellin							
Teléfono:	4443505-ext 6863			Correo electrónico:										

Firma,

JESUS AURELIANO GOMEZ JIMENEZ
Fiscal Seccional 9°

COMUNICACIÓN: En la fecha, que aparece al pie de sus firmas, se comunica la presente decisión.

Viviana Agudelo Gomez

VIVIANA PATRICIA AGUDELO
Representante de Víctimas
Fecha: 05 de septiembre/12

JAQUELINE PATIÑO ORREGO
Representante de Víctimas
Fecha:

Dejo constancia que la respuesta será comunicada a Viviana Agudelo por parte de Viviana Agudelo.

La víctima del injusto penal, su derecho a la verdad y el acceso desde el control
constitucional