

Honorable
Magistrado
Jaime Andrés Velasco Muñoz
Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal
E. S. D.

Ref. Intervención en acción de tutela
Accionada: Fiscalía Tercera delegada ante la Corte Suprema de Justicia
Radicado: XXX-XXX-XXX
Accionante: XXX XXX XXX

Wolfgang Kaleck, identificado como aparece al pie de mi firma, integrante del Centro Europeo por los Derechos Humanos y Constitucionales (ECCHR, por sus siglas en inglés), organización no gubernamental de derechos humanos, por medio del presente escrito presentamos escrito de *intervención* en el trámite de la tutela instaurada en contra de la Fiscalía Tercera delegada ante la Corte Suprema de Justicia, ante la negativa de esta de emitir copias a los representantes de las víctimas en la investigación penal que el despacho adelanta en contra del General (r) Mario Montoya Uribe por su responsabilidad en la práctica del Ejército Nacional de presentar a personas civiles como muertos en combate.

I. Razones por las cuales se deben tutelar los derechos de la accionante

Los derechos de la accionante deben ser tutelados toda vez que la negación de emisión de copias por parte de la Fiscalía supone un obstáculo de acceso a la información que desconoce la prohibición o inoponibilidad de reserva en casos de graves violaciones de derechos humanos contenida en el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014, así como la jurisprudencia de las altas cortes respecto a la participación de las víctimas en el proceso penal y su derecho a acceder a la emisión de copias de los documentos contentivos en el expediente penal, lo que genera una vulneración de los derechos al debido proceso (C.P. art. 29), al acceso a la administración de justicia (C.P. art. 229), al acceso a la información pública (C.P. art. 74) y a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición (C.P.P. art. 11).

Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han reiterado que en el marco de un proceso penal, las víctimas tienen derecho a participar en aras de proteger sus intereses y garantizar sus derechos al debido proceso y acceso a la

justicia, una expresión de este derecho de participación es la potestad que tienen las víctimas de conocer los actos de investigación en las fases pre procesales de la actuación penal, tales como la indagación preliminar y la investigación llevadas a cabo por la Fiscalía, asimismo, el cual se encuentra íntimamente ligado a la permisión de solicitar la expedición de copias de los elementos probatorios y documentos contentivos en la carpeta de investigación. En palabras de la Corte Constitucional:

*“En el esquema procesal penal con tendencia acusatoria, diseñado en el Acto Legislativo No. 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, a tono con la nueva visión mundial impulsada por las modernas teorías que se ocupan del tema, la víctima ostenta un sitial privilegiado¹. Consecuente con ello, el numeral 7º del artículo 250 de la Constitución Política le asigna la condición de interviniente, frente a lo cual la Corte Constitucional ha señalado que se trata de un interviniente especial, **pues 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. Pero, la efectividad de esa participación sólo se posibilita si a las víctimas se les garantiza cabalmente el derecho de acceso a la justicia².*

*El derecho de acceso a la justicia comprende así la garantía de la víctima de intervenir en el proceso desde sus mismos inicios, porque la interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que **la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación**. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a la víctima las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efecto de que puedan contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos”³ (negritas propias).*

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia señala que el Código de Procedimiento Penal autoriza la expedición de copias de las actuaciones dentro de la etapa de indagación o investigación preliminar para garantizar plenamente los derechos de las víctimas.

“Obsérvese cómo el párrafo del mencionado artículo 146 (C.P.P), tras asignar a la Fiscalía General de la Nación la obligación de conservación y archivo de los registros durante la actuación previa a la formulación de la imputación y, a partir de ella, al secretario de las audiencias, en forma categórica señala: “En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de agosto de 2007, Rad.28040.

² Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006.

expedición de copias de los registros” (subraya la Sala).

*De acuerdo con la comentada disposición, por tanto, **toda actuación adelantada por la fiscalía o por los jueces, si en el primer caso reviste carácter investigativo que pueda ser necesaria en los procedimientos formales, debe ser registrada en medio técnico idóneo y los intervinientes tienen derecho a la expedición de copia de los respectivos registros, derecho que, por supuesto, opera también para las víctimas en su condición de intervinientes especiales, según quedó visto atrás.***

*Como se aprecia, **la Ley 906 de 2004, en vez de prohibir la expedición de copia de las actuaciones, autoriza ese proceder, así el proceso se encuentre en la etapa de indagación o investigación preliminar.***

*La Sala no evidencia que con la autorización de permitir a las víctimas acceder, mediante la obtención de copia, a los registros de las actuaciones adelantadas durante la fase de indagación o investigación preliminar se resquebraje la estructura del sistema penal acusatorio. **Antes bien, ello posibilita el goce pleno de los derechos de dicho interviniente, al conocer de primera mano los elementos probatorios recaudados por la fiscalía, con lo cual podrá contribuir al aporte de otros que solidifiquen la eventual formulación de la imputación y de la acusación”⁴.***

Así las cosas, coincidimos con los accionantes en que en el momento en que la Fiscalía Tercera delegada ante la Corte Suprema negó la expedición de copias del expediente contra el General (r) Mario Montoya Uribe vulneró los derechos de la víctima a la participación, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al acceso a la información pública y a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

II. Requisito de Subsidiariedad

Por otro lado, es importante mencionar dos razones por las cuales procede la acción de tutela. En primer lugar, nos encontramos ante un caso particular en donde existen víctimas víctimas de graves violaciones de derechos humanos, quienes son sujetos de especial protección constitucional y, por consiguiente, el juez de tutela debe analizar el cumplimiento de este requisito de manera más laxa y aplicar la presunción de inidoneidad de los mecanismos ordinarios de los que pueda disponer la víctima⁵.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Penal de Tutelas. Sentencias del 29 de marzo de 2012. MP. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 59477 y Sentencia del 12 de diciembre de 2006, Rad. 28584.

⁵ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-087 de 2018, Sentencia T- 471 de 2017, Sentencia T-622 de 2016, Sentencia T-662 de 2013, entre otras.

En segundo lugar, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Decisión Penal de Tutelas la tutela es la acción procedente y más idónea para el acceso a copias en el trámite de un proceso penal. Así pues, la Corte establece que ante la negación por parte de la Fiscalía de la petición de la víctima para acceder al expediente penal, a la información sobre los actos de investigación en la fase de indagación preliminar y a la expedición de copias y registros, la víctima no necesita acudir al Juez de control de garantías, ni congestionar el aparato judicial por otras vías, toda vez que la vía prevista y reconocida es la acción de tutela.

“4.3. Sobre el tema, distintos pronunciamientos de tutela se han emitido⁶, en los que se ha mantenido la posición en el sentido que la víctima puede acudir a la acción de tutela en aquellos eventos en los cuales el ente acusador le niegue la expedición y entrega de copias de los elementos obrantes en la indagación preliminar, y ello es así en la medida que, si bien existe la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías a fin de ventilar la controversia en cuestión, a juicio de la Sala la misma no reviste una complejidad que así lo amerite, de manera que no encuentra ninguna justificación obligar a la víctima a solicitar la realización de una audiencia para tal efecto, con la eventual carga de interponer los recursos de ley en caso de que se resuelva desfavorablemente su petición, así como poner en marcha el aparato judicial para ello, distrayéndolo y produciendo congestión para conocer de otros asuntos de mayor importancia. (...)

5. Por dicha razón y según lo anunciado en un comienzo, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se tutelaré el derecho al debido proceso en cabeza de María Eugenia de Fátima Vásquez Ramírez”⁷ (negrillas propias).

En suma, la tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para que la víctima pueda garantizar sus derechos, debido a que la regla jurisprudencial de la Corte Suprema establece que en el caso específico de negación de copias a las víctimas, en el marco del proceso penal, la acción procedente es la tutela, y en caso de existir otros mecanismos ordinarios el juez de tutela debe aplicar la presunción de inidoneidad por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional.

III. Contraargumentos a las argumentos presentados por la Fiscalía

Finalmente, en relación con los argumentos presentados por la Fiscalía para negar la expedición de copias contentivos en la respuesta del derecho de petición, se presentarán los contraargumentos a cada uno.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas, fallos del 29 de marzo de 2012, Rdo 59477; 17 de mayo de 2012, Rdo 60010; 16 de enero de 2013, Rdo 64294, 13 de noviembre de 2014, Rdo 76469, entre otros.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas, fallo del 24 de junio del 2015. Rdo. 80093. MP. Luis Guillermo Salazar Otero.

Frente al argumento de información reservada se advierte que la Fiscalía no determina cuál es la causal de reserva, pues sólo menciona que sus funcionarios han firmado actas de reserva con el Ejército Nacional, más no señala de manera explícita si se trata de la causal de “seguridad nacional”. Asimismo, se reitera que la reserva es inoperante cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad⁸, por consiguiente, la Fiscalía debe permitir a las víctimas acceder al expediente y a la expedición de copias así haya firmado actas de reserva con el Ejército Nacional, pues no existe una reserva “parcial”. Ahora bien, es importante aclarar por qué no procede el procedimiento especial del artículo 27 de la Ley 1712 de 2014 sino que únicamente la tutela, esto en tanto este artículo aplica cuando la reserva es permitida legalmente por la causal de “seguridad nacional” y en el presente caso cualquier tipo de reserva es inoperante. Pero, aún bajo el supuesto de que proceda, el juez de tutela deberá presumir que este mecanismo es inidóneo por cuanto se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Con relación al argumento de que la negación de emisión de copias responde a la garantía de los derechos de las víctimas que no cuentan con un representante, la Fiscalía no presenta una fundamentación clara de cuáles son los derechos concretos de las víctimas que se vulneraría a la hora de emitir copias de las carpetas de investigación y dicha restricción es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas comparecientes al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, a la verdad, justicia y reparación. Toda vez que impide el acceso real al expediente para las víctimas que se encuentran fuera de la capital de Bogotá y dificulta enormemente el acceso a las que residen en la capital. En este sentido, se considera que la entidad accionada puede tomar una medida proporcional y razonable para salvaguardar los derechos de las víctimas no comparecientes, como entregar a las accionantes una versión pública del expediente que sólo se mantenga en reserva la parte indispensable de información que pueda vulnerar de forma concreta los derechos de las mencionadas víctimas a la luz del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014. De igual forma, es importante señalar que los representantes de víctimas no tienen un acceso permanente al expediente, lo cual dificulta la elaboración de una versión pública del documento, por ende la Fiscalía es quién debe realizar la versión pública de estas carpetas investigativas.

IV. Observaciones finales sobre los estándares internacionales en materia de acceso a la información en caso de graves violaciones a los derechos humanos.

El derecho a la verdad ha surgido como concepto legal a nivel nacional, regional e internacional que se relaciona con la obligación del Estado de garantizar el acceso a

⁸ Artículo 21 de la Ley 1712 de 2014, Corte Constitucional, sentencia C-017 de 2018, MP. Diana Fajardo Rivera.

la información a las víctimas, a sus familias, incluso a la sociedad en su conjunto, acerca de las circunstancias en que se cometieron *graves violaciones a los derechos humanos*.⁹ Precisamente, los organismos internacionales y regionales encargados de promover y proteger los derechos humanos reconocen el “carácter inalienable y autónomo” del derecho a la verdad sobre graves violaciones a los derechos humanos - en particular desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas - y graves infracciones al derecho internacional humanitario.¹⁰ Este derecho – que tiene dimensión tanto individual como colectiva - está íntimamente ligado con el deber del Estado de investigar y sancionar tales conductas y de garantizar recursos y reparaciones efectivos.¹¹ Por ejemplo, en su sentencia *Association 21 décembre c. Roumanie*, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido expresamente el derecho a la verdad y destacado “la importancia del derecho de las víctimas y de sus familias a conocer la verdad acerca de las circunstancias y eventos en que se cometió la *violación masiva de derechos tan fundamentales como el derecho a la vida*, lo que implica el derecho a una investigación judicial efectiva y un eventual derecho a la reparación”.¹² (énfasis añadido)

Indubablemente, debido a los objetivos especiales que los juicios penales por crímenes internacionales deben contribuir a cumplir respecto de los estándares internacionales de los derechos de las víctimas, la importancia del derecho a la verdad ha adquirido una nueva dimensión, que va más allá del concepto de verdad “judicial” o “legal” entendida como mera búsqueda de la culpabilidad o inocencia de individuos particulares.¹³ Como ya se ha mencionado minuciosamente, estos objetivos comprenden la construcción de una paz estable y duradera en el contexto del proceso de reconciliación nacional, luchar contra la impunidad de los responsables, reducir el riesgo de futuras graves violaciones, contribuir al restablecimiento del Estado de Derecho y la reafirmación del principio de legalidad.¹⁴ En procesos de transición de una situación de conflicto armado a una de paz, como es el caso de Colombia, las víctimas y sus familiares tienen derecho a conocer la información sobre las circunstancias y los motivos que llevaron - mediante violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos - a la perpetración de esos crímenes para facilitar el proceso de reconciliación y reconstruir una identidad colectiva. Esto requiere una interpretación y una superación del pasado, a través de procedimientos penales que aborden un fenómeno de macrocriminalidad para tejer una nueva comprensión de la

⁹ Énfasis añadido.

¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Study on the right to the truth, 8 de febrero 2006, E/CN.4/2006/91, párr. 33; Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 68/165. Right to the truth, 18 de diciembre 2013, A/RES/68/165.

¹¹ Ibid.

¹² Corte EDH, *Association 21 décembre c. Roumanie*, n° 33810/07 y 18817/08, 28 de noviembre 2011, párr. 144. (traducción no oficial)

¹³ Yasmin Naqvi, *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, International Review of the Red Cross, Volume 88 Number 862 June 2006, p. 246. Dermot Groome, *The Right to Truth in the Fight against Impunity*, 29 Berkeley J. Int'l Law. 175 (2011).

¹⁴ Ibid.

estructura social, como parte del proceso de creación de una memoria histórica, lo cual es fundamental para consolidar un país más estable, unido y en paz.

Dada la importancia fundamental del derecho a la verdad para luchar contra la impunidad de las violaciones masivas y flagrantes a los derechos humanos y para evitar su repetición futura, la Corte Constitucional Colombiana,¹⁵ la jurisprudencia del Sistema Interamericano,¹⁶ la Corte Europea de Derechos Humanos y los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas han reconocido su dimensión colectiva.¹⁷ Además, la inoponibilidad de la reserva frente a documentos y información relacionada con graves violaciones de derechos humanos es un estándar nacional, interamericano e internacional.¹⁸ Diversos pronunciamientos del Sistema Interamericano,¹⁹ incluso la jurisprudencia constitucional colombiana,²⁰ han señalado que en casos de graves violaciones a los derechos humanos, no opera la reserva de

¹⁵ “Esto significa que la impunidad de dichas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no sólo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, *sino además porque la comunidad internacional*, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas. Esta Corte ya había resaltado esa diferencia, al estudiar las competencias de la Corte Penal Internacional y el alcance del principio de complementariedad en la lucha contra la impunidad”. (énfasis añadido), Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004/03, MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁶ Corte IDH, *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 22 de febrero 2002, serie C n° 91, párr. 77; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo 2007, serie C n° 163, párr. 195 ; *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, Sentencia del 24 de noviembre 2010, párr. 200; *Masacres a El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, sentencia del 25 octubre 2012, serie C n° 252, párr. 244 et 298; *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, sentencia del 20 de noviembre 2012, párr. 301.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 68/165 «Right to truth», 18 de diciembre 2013, A/RES/68/165 (préambulo); Consejo de Derechos Humanos, Resolución 9/11, «Right to truth», A/HRC/RES/9/11 (préambulo) en el Informe del Consejo de Derechos Humanos, 9a sesión, 24 de septiembre 2008, A/63/53/Add.1, pp. 31-33 ; Consejo de Derechos Humanos, Resolución 12/12 «Right to truth», 12a sesión, 12 de octubre 2009, A/HRC/RES/12/12 (préambulo); Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Study on the right to the truth, 8 de febrero 2006, E/CN.4/2006/91, párr. 36; Principio 2 del Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (informe de la Experta independiente Diane Orentlicher), Consejo Económico y Social, 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/147, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, X. Access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms, 16 de diciembre 2005. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cooperación con Asociación Internacional de Abogados, *2003 Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter 15 - Protection and Redress for Victims of Crime and Human Rights Violations*, 2.3.2 Treatment of victims by the prosecution, p. 761, United Nations Publications 2003.

¹⁸ El 17 de diciembre de 2018 se notificó la respuesta de la Fiscalía al derecho de petición, en la cual niega la expedición de copias de las carpetas de la investigación. Para ello, la Fiscalía argumentó que existen actas firmadas por sus funcionarios en donde se comprometen con el Ejército Nacional a guardar reserva de los elementos materiales probatorios y testimonios del expediente. Se refieren a los documentos reservados, de forma general, como aquellos que describen la estrategia militar del Ejército. Por otra parte, adujo que deben garantizar los derechos de todas las víctimas, incluidas las que no cuentan con un representante y que emitirán copias únicamente frente a los documentos que no tengan el carácter de reservado o confidencial. Finalmente, aseguran que la versión pública de los documentos ha sido efectuada por los representantes de víctimas que han tenido acceso al expediente. (véase la Acción de tutela en representación de **Elena Peña**, párr. 5).

¹⁹ Organización de Los Estados Americanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09 30 de diciembre 2009.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-017 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera; Sentencia C-540 de 2012.

archivos para la entidad que se encuentra investigando casos donde se comprometan los derechos humanos, ni el acceso a dicha información por particulares, máxime si las mismas son víctimas reconocidas al interior de la investigación en curso.

Finalmente, es importante que el juez de tutela tenga en cuenta que estamos ante un caso de naturaleza especial que corresponde a un fenómeno de macrocriminalidad particularmente grave, en el que se cometieron una multiplicidad de homicidios de civiles presentados como integrantes de grupos armados muertos en combate por miembros de las fuerzas militares del Estado. En efecto, para ofrecer verdaderas garantías de no repetición, la transición debe romper con la cultura de impunidad propia de las autoridades del Estado acusada de vulnerar de manera masiva y sistemática derechos humanos, en la que prima el secreto sobre la gestión de la fuerza pública y, en particular, sobre los crímenes cometidos durante el conflicto armado.

V. Dirección de notificación

Se nos puede notificar de la presente en el correo electrónico XXX@ecchr.eu.

VI. Peticiones

En consecuencia, coadyuvamos la acción de tutela de la referencia y le solicitamos respetuosamente a esta Magistratura:

1. **amparar** los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29), derecho al acceso a la administración de justicia (art. 229), derecho al acceso a la información pública (art. 74) y derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición (art. 11) de la Constitución Política de Colombia
2. **ordenar**, con efectos *intercomunis* para todas las víctimas reconocidas en el proceso, a la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia emitir copias a los representantes de las víctimas en la investigación penal que el despacho adelanta en contra del General (r) Mario Montoya Uribe por su presunta responsabilidad en la práctica del Ejército Nacional de presentar a personas civiles como muertos en combate.

XXX

Wolfgang Kaleck