

**Bogotá, 1 de junio de 2017**

**Honorable Magistrado**

**LUIS GUILLERMO GUERRERO**

**Magistrado ponente**

**E. S. D.**

**Referencia:** Intervención ciudadana del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad en el proceso de constitucionalidad RDL-008 que revisa el Decreto 589 de 2017 *"Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado"*.

César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Vivian Newman Pont, Mauricio Albarracín Caballero, María Paula Ángel Arango, Ana María Ramírez Mourraille, María Ximena Dávila, Maryluz Barragán González, Ana Jimena Bautista, Daniel Gómez Mazo y Gabriela Eslava Bejarano, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos la siguiente intervención ciudadana dentro del proceso de constitucionalidad RDL-008 que revisa el Decreto 589 de 2017 *"Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado"*.

En la presente intervención, presentamos los argumentos por los cuales estimamos que el Decreto Ley 589 de 2017 es constitucional, pues es respetuoso de los deberes internacionales del Estado colombiano y de los derechos de las víctimas, además de atender a los fines de la paz negociada. Para sustentar esta posición dividiremos nuestro escrito en tres secciones.

En la primera sección, desarrollamos una serie de consideraciones previas sobre la dimensión del fenómeno de la desaparición forzada en Colombia y la naturaleza de la obligación de búsqueda por parte del Estado. Para esto, presentamos los diferentes instrumentos de derecho internacional, que integran el bloque de constitucionalidad y prohíben y sancionan la desaparición forzada, que desarrollan, también, el contenido de la obligación de búsqueda de personas desaparecidas. Explicamos esta obligación a partir de su doble dimensión: como componente del derecho a la verdad que tienen las víctimas y como componente del derecho a la reparación de los familiares y correlativo deber del Estado de satisfacer dicha expectativa. Asimismo, en la primera sección, desarrollamos la dimensión de la desaparición forzada en Colombia. Para esto, exponemos brevemente el desarrollo normativo del derecho colombiano para prohibir y sancionar la desaparición forzada, la problemática generada por la falta de cifras depuradas sobre la desaparición forzada y la situación de incumplimiento de obligaciones por parte del Estado a pesar de la creación del mecanismo de búsqueda urgente y de la Comisión Nacional de Búsqueda.

En la segunda sección, previo a la revisión de constitucionalidad del contenido del Decreto Ley 589 de 2017, presentamos que en nuestro concepto, el Presidente de la República cumplió con los parámetros constitucionales fijados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, que le permiten expedir el decreto ley objeto de revisión. En este sentido, explicamos que el Decreto Ley 589 de 2017 cumple con los requisitos formales (cumplimiento de reglas de competencia orgánica, temporal y motivación del acto) y materiales (satisfacción de los criterios de conexidad y estricta necesidad).

En la tercera sección, defenderemos que el Decreto Ley 589 de 2017 cumple con las reglas constitucionales sustantivas y por lo tanto debe ser declarada exequible. Esta sección está dividida en dos partes. En la primera, presentaremos que la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas fue creada por el Acto Legislativo 01 de 2017 y por tanto no debe ser reglamentada por ley estatutaria.

En la segunda parte de la tercera sección, expondremos que el Título III del Decreto Ley 589 de 2017 regula la forma en que la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas podrá acceder a la información pública para cumplir las funciones que le han sido otorgadas constitucionalmente. Frente a esta regulación, precisamos que el contenido del artículo 12 del Decreto Ley 589 de 2017, el cual debe ser interpretado en el entendido de que la inoponibilidad de **toda** reserva y clasificación de información se impone como la regla general de acceso a la información para la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas. Concretamente, presentaremos las dos reglas jurídicas diferentes contenidas en ese artículo: i) Que la información sobre violaciones de DDHH o infracciones al DIH no puede ser reservada o clasificada, ateniendo a la exigencia del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014; y ii) Que para el efectivo cumplimiento de su mandato constitucional, a la UBPD le es inoponible **toda** reserva o clasificación de información, incluso si, en principio, no se encuentra relacionada con violaciones a DDHH o infracciones al DIH.

Por último, en la cuarta sección presentaremos las solicitudes derivadas del análisis de constitucionalidad que realizamos a lo largo de la intervención.

## Contenido

1. DESAPARICIÓN FORZADA: OBLIGACIÓN DE BÚSQUEDA Y DIMENSIÓN DEL FENÓMENO EN COLOMBIA.....	4
1.1 Desaparición forzada: gravedad de la conducta y obligación de búsqueda a nivel internacional.....	4
1.2. Dimensión de la desaparición forzada en Colombia.....	6
2. EL DECRETO LEY 589 de 2017 CUMPLE CON LOS REQUISITOS MATERIALES Y FORMALES ESTABLECIDOS PARA LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL PRESIDENTE SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2016 Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	8
3. EL DECRETO LEY 589 DE 2017 CUMPLE CON LAS REGLAS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVAS POR LO TANTO DEBE SER DECLARADA EXEQUIBLE.....	11
3.1 La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas fue creada por el Acto Legislativo 01 de 2017 y por tanto no debe ser reglamentada por ley estatutaria.....	11
3.2 El acceso a la información por parte de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas es constitucional por ser un elemento esencial para el desarrollo de sus funciones y obligaciones.....	13
3.2.1. El artículo 12 del Título III del DL 589/17 establece la inoponibilidad de cualquier tipo de reservas y clasificaciones de información como regla general de acceso para la UBPD.....	16
3.2.2 Expresiones que violan principios y reglas jurídicas fundamentales para el acceso a la información pública.....	34
4. SOLICITUDES.....	41

## **1. DESAPARICIÓN FORZADA: OBLIGACIÓN DE BÚSQUEDA Y DIMENSIÓN DEL FENÓMENO EN COLOMBIA**

### **1.1 Desaparición forzada: gravedad de la conducta y obligación de búsqueda a nivel internacional**

La desaparición forzada es una de las más graves y crueles violaciones de derechos humanos, que produce una privación arbitraria de la libertad, pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido/a, y deja en un estado de completa indefensión a las víctimas, acarreado otros delitos conexos<sup>1</sup>. Así estamos ante una conducta que entraña una violación múltiple, compleja y continua<sup>2</sup> de derechos humanos<sup>3</sup>, de allí que se considere como una violación pluriofensiva<sup>4</sup>. La desaparición forzada es considerada como un crimen atroz, que cuando se produce como parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado, puede llegar a constituirse en un crimen de lesa humanidad<sup>5</sup>.

La desaparición forzada se encuentra sancionada y prohibida por el derecho internacional. Así se contempla en diversos instrumentos que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad: la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (1992), la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (1994), y la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (2006). Instrumentos internacionales que consagran obligaciones impuestas a los Estados, entre las que se encuentran: investigar y sancionar a sus responsables; prevenir que ocurran nuevos casos de desaparición forzada y reparar a las víctimas. De hecho la prohibición de la desaparición forzada y la obligación de sancionar a los responsables, es una norma que de acuerdo con la Corte Interamericana de DDHH hace parte del *ius cogens*<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> En el caso de las mujeres son frecuentes los delitos de violencia sexual. Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2011.

<sup>2</sup> Mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

<sup>3</sup> Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 163; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 147; Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 142.

<sup>4</sup> El Centro de Memoria Histórica ha caracterizado la desaparición forzada de la siguiente manera: “La jurisprudencia y la doctrina internacionales han señalado reiteradamente que la desaparición forzada constituye una violación de los derechos a la seguridad de la persona, a la protección de la ley, a no ser privado arbitrariamente de su libertad, al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, un elemento que caracteriza a la desaparición forzada es que esta práctica sustrae al individuo de la protección de la ley. Esto significa, como nos lo indica la realidad, que este delito trae como consecuencia suspender el goce de todos los derechos del desaparecido y colocarlo en una situación de indefensión total a la merced de sus victimarios” Centro Nacional de Memoria Histórica. *Huellas y rostros de la desaparición forzada (1970-2010)*. Tomo II. Bogotá. P. 20.

<sup>5</sup> Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, art. 5.

<sup>6</sup> Corte I.D.H., Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrafo 84. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Párrafo 75 y 99

Ahora bien, para efectos de esta intervención, es importante hacer énfasis en la obligación de búsqueda de las personas desaparecidas. Esta obligación tiene un doble carácter, de una parte, es un componente del derecho a la verdad que tienen las víctimas, derecho que consiste en continuar con su búsqueda efectiva y localización inmediata, o de sus restos mortales, ya sea a través de la investigación penal o mediante otro procedimiento adecuado y efectivo<sup>7</sup>. Y de otra parte es un componente del derecho a la reparación, concretamente del componente de satisfacción. La aspiración de los familiares de las víctimas de identificar el paradero de los desaparecidos y, eventualmente de conocer donde se encuentran sus restos, recibirlos y sepultarlos de acuerdo a sus creencias, cerrando así el proceso de duelo constituye una medida de reparación y, por lo tanto, genera el deber correlativo para el Estado de satisfacer esa expectativa<sup>8</sup>

La obligación de búsqueda ha estado consagrada en los principales instrumentos internacionales en la materia. En la Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1978), ya se solicitaba a los gobiernos que en el caso de informes de desapariciones forzadas o involuntarias dedicasen los recursos adecuados a la búsqueda de esas personas. En la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) en su artículo XII se establece la cooperación recíproca entre países para la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores. Esta obligación se amplía en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006) en su artículo 15, en el que se dispone: “*Los Estados Partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación, la identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos*”. En el mismo sentido y a nivel interno, dicho tratado también dispuso en su artículo 24.3, que cada Estado debería adoptar “*todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos*”.

Sobre esta materia el sistema interamericano se ha pronunciado de manera recurrente<sup>9</sup>, insistiendo en la obligación de búsqueda inmediata y localización que debe producirse de los

<sup>7</sup> Corte I.D.H. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Párr. 336.

<sup>8</sup> Corte I.D.H. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 258. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 261; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 333; Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 250.

<sup>9</sup> Corte I.D.H. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Párr. 232. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrs. 171 y 172; Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 178; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párr. 185; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párrs. 240 y 241; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 261; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 242; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y

restos mortales de las víctimas. Si éstos se encuentran, el Estado deberá entregarlos a la brevedad posible a sus familiares, previa comprobación genética de filiación. Además, el Estado deberá cubrir los gastos exequiales, de común acuerdo con los familiares de las víctimas fatales.

En todos los casos que la Corte Interamericana ha conocido sobre desaparición forzada en Colombia, siempre ha declarado la responsabilidad del Estado ordenando efectuar la búsqueda de los restos de las víctimas, y en caso de ser posible, devolverlos a sus familiares. Así por ejemplo, el caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia<sup>10</sup> la Corte consideró:

“[...] Es necesario que el Estado efectúe una búsqueda rigurosa por la vía judicial y administrativa pertinente, en la cual realice todos los esfuerzos para determinar, a la mayor brevedad, el paradero de las once víctimas cuyo destino aún se desconoce, la cual deberá realizarse de manera sistemática y contar con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos y, en caso de ser necesario, deberá solicitarse la cooperación de otros Estados.

Para las referidas diligencias se debe establecer una estrategia de comunicación con los familiares y acordar un marco de acción coordinada, para procurar su participación, conocimiento y presencia, conforme a las directrices y protocolos en la materia. Si las víctimas o alguna de ellas se encontrare fallecida, los restos mortales deberán ser entregados a sus familiares, previa comprobación fehaciente de identidad, a la mayor brevedad posible y sin costo alguno para ellos. Además, el Estado deberá cubrir los gastos fúnebres, en su caso, de común acuerdo con los familiares”.

En este mismo sentido y de manera reciente en el informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe anual sobre Colombia, incluyó dentro de sus recomendaciones: “Instar al Estado y a las FARC-EP a garantizar [...] la búsqueda de personas desaparecidas”<sup>11</sup>.

## **1.2. Dimensión de la desaparición forzada en Colombia**

Sobre la gravedad de este delito en Colombia, desde la década de los ochenta se registra en el país los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, quien ya advertía su preocupación por la dimensión de este delito en nuestro país. En Colombia la práctica de este delito, que además de causarle grave sufrimiento a la víctima directa, recae sobre sus familiares, se registra desde la década del setenta, la cual ha sido ejecutada por distintos actores armados. No obstante, de acuerdo con el Centro de Memoria Histórica esta ha sido una práctica fundamentalmente ejercida por cuerpos de seguridad del Estado, como una estrategia contrainsurgente<sup>12</sup>. Ahora, ello no significa que este tipo de delitos

---

Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 260, párrs. 259 y 260; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 334; Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrs. 249 a 252.

<sup>10</sup> Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Párr. 564

<sup>11</sup> Consejo de Derechos Humanos, 34.º período de sesiones. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. P. 24. A/HRC/34/3/Add.3. P. 19.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

sea cometido exclusivamente por actores estatales, pues otros actores armados ilegales en el marco del conflicto como las guerrillas también realizaron desapariciones forzadas.

Pese a la temprana advertencia de la comunidad internacional, hoy no se cuenta con una cifra depurada sobre la dimensión de la desaparición forzada en Colombia, entre otras razones por el subregistro existente por ausencia de denuncias. Otra razón es que los casos fueron tramitados a través de la jurisdicción penal militar, por la tipificación realizada por los operadores jurídicos como conductas diversas a la desaparición forzada y por el proceso aún incompleto de depuración y cruce de las bases de datos existentes. Así, de acuerdo con información del Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres – SIRDEC, al 29 de mayo de 2017<sup>13</sup> se registraron un total de 25.604 como presuntas víctimas de desaparición forzada. A su vez, de acuerdo con el Registro Único de Víctimas con corte al 1 de mayo de 2017, se encontraban registradas 46.760 víctimas directas de desaparición forzada. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, en noviembre de 2015, reportaban 90.663 casos tramitados por desaparición forzada en vigencia de las Leyes 600/00 y 906/04, siendo los casos con mayor número de investigaciones: Antioquia, Meta, Cesar y Valle del Cauca.

El desarrollo normativo dirigido a prohibir, y sancionar la desaparición forzada, y garantizar las diversas obligaciones del Estado en la materia ha sido desarrollada aproximadamente en 18 normas entre leyes, decretos y directrices<sup>14</sup>. Así la Constitución Política, en su artículo 12, de manera expresa prohíbe la desaparición forzada. No obstante, su tipificación como delito sólo se realizó en el año 2000, mediante la Ley 589, “[p]or medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones.” (art. 1). En esta ley se creó también el mecanismo de búsqueda urgente (art. 13), la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (art. 8), el registro nacional de desaparecidos (art. 9) y el registro de personas capturadas y detenidas (art. 12).

A pesar de que la creación del mecanismo de búsqueda urgente, de la creación de la Comisión Nacional de Búsqueda y del desarrollo del Conpes 3590 de 2009 para la “*Consolidación de los mecanismos de búsqueda e identificación de personas desaparecidas en Colombia*” los resultados en el cumplimiento de la obligación de búsqueda, identificación y entrega de las y los desaparecidos, sigue siendo una tarea pendiente para el Estado Colombiano. De allí que su cumplimiento haya sido reclamado de manera reiterada por los familiares de las víctimas de desaparición forzada como un elemento central cuando acudieron a la Mesa de Conversaciones de la Habana<sup>15</sup>. Lo anterior, a efectos de presentar sus propuestas a las dos partes, exigiendo por ejemplo: la aplicación inmediata por parte de las autoridades del mecanismo de búsqueda urgente, en aras de lograr la aparición con vida de la persona desaparecida; asegurar la entrega de la información de las partes; la construcción de planes de búsqueda de carácter regional; la

---

<sup>13</sup> Consultado el 29 de mayo de 2017.

<sup>14</sup> Entre ellas: Ley 589 de 2000, Ley 707 de 2001, Ley 971 de 2005, Ley 408 de 2010, Ley 1418 de 2010, Ley 1448 de 2011, Decreto 929 de 2007, Decreto 1290 de 2008, Decreto 1862 de 2014, Decreto 0303/15.

<sup>15</sup> El Espectador, Familiares de desaparecidos presentarán en La Habana propuesta para su búsqueda. 17 de febrero de 2016. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/paz/familiares-de-desaparecidos-presentaran-habana-propuest-articulo-617055>

designación de un grupo de policía judicial para la búsqueda inmediata humanitaria; entre otras<sup>16</sup>.

## **2. EL DECRETO LEY 589 de 2017 CUMPLE CON LOS REQUISITOS MATERIALES Y FORMALES ESTABLECIDOS PARA LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL PRESIDENTE SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2016 Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.**

Al hacer el juicio de constitucionalidad del contenido del Decreto Ley 589 de 2017, la Corte debe partir por analizar si el Presidente de la República, al expedir esa norma con fuerza de ley, cumplió o no con los criterios que debe reunir para ejercer las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016<sup>17</sup>. En nuestro concepto, el Presidente cumplió con los parámetros constitucionales fijados en las sentencias C-160, C-174, C-224, C-253 y C-289 de 2017, para el ejercicio de las facultades extraordinarias, pues el Decreto Ley 589 de 2017 reúne los criterios tanto formales como materiales. Recordemos que el primer grupo se refiere al cumplimiento de las reglas de competencia orgánica, temporal y motivación del acto; y el segundo está relacionado con la satisfacción de los criterios de conexidad y estricta necesidad. Para sustentar nuestra posición, a continuación describimos los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha fijado para que el Presidente use las facultades especiales para la paz y verificamos el cumplimiento de cada uno de dichos criterios.

En primer lugar, la norma fue expedida por la autoridad competente, esto es, Presidencia de la República a través de sus ministros de Justicia y del Derecho, del Interior y la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública. A su vez, la disposición fue adoptada dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016. Y finalmente, el decreto fue debidamente motivado por el Gobierno a través de 31 considerandos que se desarrollan en la parte inicial del decreto.

En segundo lugar, el mencionado decreto también satisface con los criterios de conexidad y de estricta necesidad. Por un lado, respecto a la conexidad, la Corte ha dicho que la relación de los decretos con el Acuerdo debe ser objetiva, estricta y suficiente, lo cual se verifica con los siguientes parámetros: (i) **conexidad objetiva** se refiere al vínculo cierto y verificable entre el contenido del Acuerdo Final y la materia del decreto expedido. En ese orden, el Acto Legislativo 01 de 2016 determinó que la finalidad de los decretos era facilitar y asegurar el proceso de implementación. Por lo tanto, bajo este criterio no se puede regular asuntos que excedan éste propósito; (ii) **conexidad estricta** consiste en demostrar que el contenido del decreto responde a un aspecto definido y concreto del acuerdo, lo cual implica que el asunto que se regula debe estar vinculado a alguno de los seis puntos del Acuerdo Final; (iii) **conexidad suficiente** está

---

<sup>16</sup> Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada (MTDF) de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (CCEEU). Recomendaciones y propuestas de las víctimas, organizaciones de derechos humanos y especializadas para la puesta en marcha de medidas urgentes humanitarias, el fortalecimiento institucional y la nueva Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el marco del comunicado 062 de la Habana. 16 de marzo de 2016. Recuperado de: [http://coeuropa.org/co/wp-content/uploads/2016/03/RecomVictimas\\_Com62\\_FINAL\\_15\\_03\\_2016.pdf](http://coeuropa.org/co/wp-content/uploads/2016/03/RecomVictimas_Com62_FINAL_15_03_2016.pdf)

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016.



relacionada con la estrecha proximidad entre el cuerpo del decreto y el contenido del acuerdo, es por ello que toda relación indirecta que pretenda demostrar un conexasidad no cumple con este requisito.

El Acuerdo Final prevé la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición en desarrollo de los compromisos relacionados con el derecho de las víctimas, que constituyen el centro del acuerdo. Y como parte de este sistema contempla la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y con ocasión al conflicto armado (UBPD). A su vez, el Acto Legislativo 01 de 2017 crea e incorpora este sistema a la Constitución Política y en su artículo 3 establece la creación de la UBPD. En ese orden, es evidente la *conexasidad objetiva* entre el contenido del Decreto y el Acuerdo, pues no se trata de un punto ajeno al Acuerdo Final, sino que desarrolla un compromiso gubernamental que tiene como propósito asegurar el cumplimiento del derecho de las víctimas, como eje central del Acuerdo.

También cumple con el requisito de *conexasidad estricta*, pues el Decreto Ley 589 de 2017 organiza una institución creada y dispuesta en el punto 5 del Acuerdo Final. La norma regula algunos aspectos de la institución con base en la naturaleza concertada y los parámetros desarrollados en el acuerdo y el Acto Legislativo 01 de 2017. De manera específica describe (i) disposiciones generales sobre la naturaleza y objeto de la UBPD; (ii) normas sobre funciones, atribuciones y metodología de la UBPD; (iii) reglas de acceso a la información; (iv) órganos de dirección, composición y funciones específicas de la UBPD; (v) financiación y (vi) reglas de inspección, vigilancia y control de la UBPD. En ese orden, el gobierno se limita a hacer operativa una institución que fue introducida previamente al ordenamiento jurídico, por el Congreso de la República en su calidad de constituyente derivado, de lo cual se deriva el carácter instrumental del decreto.

Finalmente, la *conexasidad suficiente* con el Acuerdo también está demostrada puesto que el Decreto Ley pone en marcha esta unidad, que constituye una acción indispensable para dar respuesta efectiva a las familias sobre la situación y ubicación de sus seres queridos desaparecidos. Al mismo tiempo, es un mecanismo que facilita obtener información sobre los motivos, responsables y circunstancias de desaparición o muerte, lo que afecta de manera directa el goce efectivo de los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación de las víctimas. Así las cosas, es clara la proximidad de contenido del decreto y lo establecido tanto en el Acuerdo Final como en el Acto Legislativo 01 de 2017, no solo porque desarrolla un punto explícito del acuerdo, sino porque hace efectivo el propósito de priorizar la garantía de los derechos de las víctimas.

Por otro lado, la motivación desarrollada en los considerandos del Decreto Ley 589 de 2017 demuestra que se cumplió con el requisito de **estricta necesidad** señalado por la jurisprudencia constitucional. Recordemos que la Corte ha señalado que la estricta necesidad exige que el Gobierno demuestre que los mecanismos legislativos ordinarios o de procedimiento legislativo especial no resultaban idóneos para adoptar la medida respectiva. De manera específica, se han identificado tres premisas que demostrarían la acreditación de esta condición en la medida adoptada por decreto: (i) que sea urgente e imperiosa; (ii) que no implique un sacrificio desproporcionado del principio de separación de poderes y la deliberación democrática

cualificado; (iii) que no regule ninguno de los asuntos expresamente excluidos por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016.

La adopción de mecanismos eficaces encaminados en la búsqueda e identificación de los desaparecidos como estrategias de prevención, esclarecimiento de la verdad y reparación integral, es la respuesta estatal mínima frente a las víctimas de conflicto armado y a la sociedad en cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de desaparición, reparación, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. En contextos de justicia transicional, al tiempo en que se facilitan otros compromisos como la desmovilización y la reintegración de los miembros de grupos ilegales, es urgente que se garantice las exigencias de verdad, justicia y reparación para las víctimas.

En otros términos, la efectividad del derecho de las víctimas en gran parte depende de que se realicen acciones inmediatas, so pena de perder la oportunidad de garantizarlos posteriormente. De allí se desprende la necesidad de priorizar este tipo de actuaciones por parte de las autoridades encargadas de la investigación, procesamiento, sanción y otorgamiento de beneficios judiciales. Por ejemplo, al momento de los procesos iniciales de desmovilización, en principio, la voluntad de sometimiento a la justicia puede facilitar la recepción de versiones libres con información verídica sobre la ubicación de fosas ilegales, lo que haría posible realizar rápidamente las diligencias de exhumación con el propósito de entregar dignamente los restos humanos a familiares, sin dar tiempo a que se altere los escenarios o la información suministrada por los desmovilizados.

También, vale destacar que no todas las personas dadas por desaparecidas han sido víctimas de homicidio, pues existe un alto grado de expectativa de que el Estado pueda encontrar a estas personas con vida. De allí, precisamente, es de donde se desprende el carácter humanitario de la medida y lo que marca el carácter urgente e imperioso. Con la entrada en operación de la UBPD no solo se pretende garantizar los derechos de los familiares de las víctimas fatales de este delito, sino que existe también un alto porcentaje de víctimas directas que se encuentran a la espera de recibir una respuesta eficaz y oportuna del Estado, la cual pretende ser otorgada a través de la UBPD.

En suma, la materialización de este mecanismo resulta *urgente e imperioso* porque busca garantizar el derecho de las víctimas indirectas, pero también se orienta a dar una respuesta eficaz y oportuna a las víctimas directas de desaparición forzada, tratando de minimizar la afectación de sus derechos, lo que le imprime un carácter profundamente humanitario a la entrada en funcionamiento de la UBPD. Es importante aclarar además que la Unidad de Búsqueda no solamente tendrá como labor ubicar a las personas víctimas de desaparición forzada sino a todas aquellas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, lo cual refuerza su urgencia en el marco de la implementación del acuerdo de paz.

En el caso concreto, el establecimiento de un mecanismo de búsqueda de personas dadas por desaparecidas ha partido de un ejercicio de deliberación democrática amplio y sostenido que ha respetado el principio de separación de poderes. La deliberación sobre este asunto inició con el extenso corpus normativo que existe sobre la desaparición forzada del cual hacen parte siete leyes, incluyendo dos que ratifican tratados internacionales, (Ley 589 de 2000, Ley 707 de 2001,

Ley 971 de 2005, Ley 408 de 2010, Ley 1418 de 2010, Ley 1448 de 2011). El más reciente debate nacional e institucional se dio en el diseño del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en el Acuerdo Final, en el que se estableció la UBPD como uno de sus componentes del sistema. Posteriormente, el Gobierno presentó ante el Congreso el proyecto de Acto Legislativo 01 de 2017 para la inclusión de este mecanismo en el propio texto constitucional, lo que permitió amplios debates sociales y en el Congreso previo a la reforma constitucional. En tal sentido, el Decreto Ley 589 de 2017 es simplemente la continuidad de un proceso deliberativo amplio en el que se desarrolla los aspectos cardinales de la UBPD, previamente definidos en el Acuerdo Final y en el Congreso a través del Acto Legislativo 1 del 2017. En ese orden, el Decreto solo está otorgando mayor celeridad a la regulación de la UBPD, a efectos de materializar la promesa a las víctimas de un mecanismo real y vigente para la satisfacción de sus derechos, los cuales han sido ampliamente debatidos en leyes ordinarias, de tratados y en el Acto Legislativo 01 de 2017.

En ese orden, se advierte que la regulación del UBPD a través del Decreto Ley 589 de 2017 no implica un sacrificio desproporcionado del principio de separación de poderes puesto que los elementos fundamentales del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y de la UBPD, han pasado por un proceso de deliberación democrática cualificado. Finalmente, también se cumple con el último parámetro de la estricta necesidad pues es claro que la norma analizada no regula ninguno de los asuntos expresamente excluidos del Acto Legislativo 01 de 2016, estos son, actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes de código, leyes que necesitan mayoría calificada o absoluta para su aprobación o previsiones que decreten impuestos.

En conclusión, el Decreto Ley 589 de 2017 cumple con los requisitos formales de competencia orgánica, temporal y debida motivación, así como los requisitos materiales de conexidad y estricta necesidad, exigidos por esta Honorable Corte, por lo cual debería ser declarado exequible.

### **3. EL DECRETO LEY 589 DE 2017 CUMPLE CON LAS REGLAS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVAS POR LO TANTO DEBE SER DECLARADA EXEQUIBLE**

#### **3.1 La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas fue creada por el Acto Legislativo 01 de 2017 y por tanto no debe ser reglamentada por ley estatutaria**

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Ley 589 de 2017, *“Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado”*, la UBPD tiene como finalidad *“[...] dirigir, coordinar, y contribuir a la implementación de las acciones humanitarias de búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado...”* Este mecanismo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, de acuerdo con lo consagrado en el artículo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2017, *“Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”*, tiene un carácter *“humanitario y extrajudicial”*.

En relación con la creación de la UBPD, es preciso traer a colación el contenido del artículo transitorio 66 de la Constitución Política, creado a través del Acto Legislativo 01 de 2012, “*Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”, el cual señala que “[m]ediante una ley estatutaria **se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.**” Así las cosas, cabe la duda de si la UBPD ha debido reglamentarse a través de una ley estatutaria y no por medio de un decreto por fuerza de ley, como en este caso.

A nuestro juicio, la UBPD no debía establecerse mediante una ley estatutaria debido a que, en cumplimiento del artículo 66 transitorio de la Constitución Nacional, la reserva de ley estatutaria en este casos solo resulta exigible para “**establecer**” “instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan **garantizar los deberes estatales de investigación y sanción**”<sup>18</sup> y, en este caso específico, la UBPD, esta *se estableció* a través del Acto Legislativo 01 de 2017, el cual, al ser una reforma constitucional, introdujo contenidos a la Carta Política que tienen igual jerarquía a la de la norma contenida en el artículo 66 transitorio.

La razón por la cual podemos afirmar que el acto de reforma constitucional antes mencionado fue el instrumento que “**estableció**” la UBPD se debe a que su nacimiento a la vida jurídica dentro del ordenamiento colombiano se concretó a raíz de la entrada en vigencia del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017, el cual declara:

*“La Unidad Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en contexto y en razón del conflicto armado será un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica. La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y razón del conflicto armado tendrá carácter humanitario y extrajudicial y dirigirá, coordinará y contribuirá a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en contexto y en razón del conflicto armado que se encuentren con vida y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la identificación y entrega digna de sus restos...”<sup>19</sup>*

Como puede apreciarse, el Acto Legislativo 01 de 2017 determina la creación, la naturaleza y el alcance de las labores de la UBPD, razón por la cual puede afirmarse que esta reforma constitucional *estableció* el mecanismo de justicia transicional en comento. La razón por la cual el constituyente derivado decidió establecer esta institución a través de un acto legislativo y no una ley estatutaria se debe a la importancia que la UBPD tiene para el cumplimiento de la misión humanitaria de encontrar a las personas dadas por desaparecidas en el contexto o por razón del conflicto armado o, lo que es lo mismo, por el carácter claramente humanitario de dicha institución. Además el establecimiento de la Unidad en la Constitución fortalece la deliberación democrática y le da una mayor importancia a los derechos de las víctimas.

---

<sup>18</sup> Constitución Política de 1991, artículo transitorio 66.

<sup>19</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 3.

Ahora bien, en lo que concierne a la constitucionalidad del Decreto con Fuerza de Ley 589 de 2017, debe concluirse que este decreto no se encuentra en contradicción con el contenido del artículo 66 transitorio de la Constitución Nacional, pues el decreto con fuerza de ley no estableció la UBPD, sino que tan solo la reglamentó u organizó, tal como lo exigía el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017, que de forma expresa declara: “[...] **La ley reglamentará la naturaleza jurídica, el mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la Unidad, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas, su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía. ley establecerá las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial**”.

Es preciso señalar que toda vez que el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017 no requiere que la ley a través de la cual se reglamente la UBPD tenga un carácter estatutario (la disposición solo utiliza la expresión “ley” en sentido lato), puede entenderse que el legislador ordinario o, en este caso, el Presidente de la República, en uso de sus facultades presidenciales para la paz,<sup>20</sup> puede reglamentar dicha entidad. Esta posibilidad se ve reforzada por el contenido del inciso 3 del artículo 66 transitorio de la Carta Política, que autoriza, a través de una ley de la República la creación de una Comisión de la Verdad, entidad que también comparte el mencionado carácter extrajudicial de la UBPD, sin exigir que dicha entidad debe ser creada a través de una ley estatutaria.<sup>21</sup>

### **32 El acceso a la información por parte de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas es constitucional por ser un elemento esencial para el desarrollo de sus funciones y obligaciones**

En ese aparte analizamos la constitucionalidad de las normas del decreto ley relacionadas con el acceso a la información por parte de la UBPD, al que se refiere el Título III del DL 589/2017. Lo anterior, con base en los argumentos previamente desarrollados en el libro *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*<sup>22</sup>, recientemente publicado por algunos de los investigadores que intervenimos en este proceso, el cual adjuntamos como parte integral de esta intervención.

En síntesis, este concepto presentará los siguientes argumentos:

- i) El artículo 12 del DL 589/2017 establece la inoponibilidad de toda reserva o clasificación de información como la regla general de acceso a la información para la UBPD. En este sentido, una interpretación restrictiva del artículo 12, según la cual la UBPD **únicamente** puede acceder irrestrictamente a la información sobre violaciones de derechos humanos (DDHH) o infracciones al DIH, es inconstitucional. En tal caso se estarían desconociendo las exigencias constitucionales, legales e internacionales con relación a la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas en procesos transicionales. Por tal razón, se solicita que la Corte Constitucional fije la interpretación del artículo 12 del DL

<sup>20</sup> Acto Legislativo 01 de 2016, artículo 2.

<sup>21</sup> El inciso 3 del artículo 66 transitorio de la Constitución Política señala: “Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones.”

<sup>22</sup> Ramírez, A.M., Ángel, M.P., Albarracín, M., Uprimny, R. & Newman, V. *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*. Bogotá: Dejusticia. Disponible en Internet a través de: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_699.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_699.pdf)

589/2017 que sugiere que a la UBPD le es inoponible **toda** reserva o clasificación de información.

ii) La expresión “las reservas en materia de acceso a la información pública” incluida en el primer inciso del artículo 12 del DL 589/2017 viola el estándar de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de DDHH e infracciones al DIH. A partir de un análisis literal del término “reserva”, la regla según la cual no se puede restringir el acceso a información relacionada con violaciones de derechos humanos solo sería aplicable en el caso de las reservas del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 y excluiría las clasificaciones del artículo 18 de la misma ley a las que sí hace referencia el estándar de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información incluido en el artículo 21 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. En este sentido, al existir una omisión legislativa relativa se solicita que se declare su constitucionalidad condicionada, en el entendido de que la expresión “reservas” incluye también “clasificaciones”.

iii) Las expresiones “especificando la imposibilidad de su reproducción en forma mecánica o virtual” incluida en el parágrafo 2° del artículo 12, y la expresión “pero no podrá ser pública” incluida en el parágrafo 3° del artículo 12 del DL 589/2017 admiten dos interpretaciones, una de las cuales resulta inconstitucional por violar el estándar de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de DDHH e infracciones al DIH. A partir de una interpretación literal de los párrafos en comento se podría entender, por un lado, que la prohibición de reproducir o publicar se refiere a cualquier tipo de información reservada o clasificada a la que tenga acceso la UBPD. Por otro lado, se podría interpretar que dicha prohibición de reproducción y publicidad no le es aplicable a: i) la información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH; ii) la información reservada o clasificada que luego de ser conocida por la UBPD se considere relacionada con violaciones de Derechos Humanos o infracciones al DIH; ni a iii) la información cuya publicación es importante para la garantía de los derechos de las víctimas. A partir de una perspectiva constitucional, preferir el primer entendimiento implicaría desconocer el derecho a la verdad de las víctimas, el derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia, y concretamente, el estándar de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de DDHH y DIH. Por esta razón, se debe declarar la **constitucionalidad condicionada de las expresiones bajo estudio**, en el entendido de que dichas prohibiciones de reproducción y publicidad no son aplicables cuando se trate de: i) información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH; ii) información reservada o clasificada que luego de ser conocida por la UBPD se considere relacionada con violaciones de Derechos Humanos o infracciones al DIH; o de iii) información cuya publicación es importante para la garantía del derecho a la verdad de las víctimas. En este último caso, sin embargo, la facultad de publicar dicha información estaría sujeta a la aplicación del test tripartito del que habla el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, para asegurar que en cada caso concreto la garantía del derecho a la verdad de las víctimas tiene un mayor peso que los posibles daños que se pudiere causar al bien jurídico protegido con la reserva o clasificación.

iv) La expresión “*pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso*” del artículo 14 del DL 589/2017 viola tanto el principio de reserva legal que pesa sobre las reservas y clasificaciones de información, como el principio de máxima divulgación que debe regir al acceso a la información pública. Lo anterior, en la medida en que los pactos de confidencialidad o manejo restringido de información que puedan ser celebrados entre la UBPD y las organizaciones públicas y privadas o la ciudadanía no cumplen con los requisitos legales para darle el carácter de reservada o clasificada a la información pública. Por esta razón, la expresión en mención debe ser declarada inconstitucional. Se solicita, de manera subsidiaria, que se declare su constitucionalidad condicionada, en el entendido de que los pactos de confidencialidad o manejo restringido de información sólo podrán celebrarse frente a información que se encuentre protegida por una reserva o clasificación de orden legal o constitucional.

Para sustentar los anteriores argumentos, esta sección estará dividida en dos subsecciones. En primer lugar, demostraremos que la inoponibilidad de las reservas y clasificaciones de la información pública debe ser la regla general de acceso para la UBPD; en este sentido, hablaremos sobre la importancia y función del derecho fundamental de acceso a la información pública en el marco de la justicia transicional. En segundo lugar, desarrollaremos los cargos de inconstitucionalidad de expresiones que violan principios o reglas jurídicas fundamentales para el acceso a la información pública.

### **3.2.1. El artículo 12 del Título III del DL 589/17 establece la inoponibilidad de cualquier tipo de reservas y clasificaciones de información como regla general de acceso para la UBPD**

En esta subsección se analizará, en primer lugar, la importancia del derecho de acceso a la información en contextos transicionales. Esto se hará con el fin de demostrar que existe una relación entre la garantía del derecho de acceso a la información y el derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas de desaparición forzada. Con base en este contexto, la segunda parte de esta subsección se concentrará en argumentar que el artículo 12 del DL 589/17 incluye las siguientes reglas: i) Que la UBPD debe tener acceso a la información relacionada con violaciones DDHH o infracciones al DIH, en concordancia con la exigencia del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014; y ii) Que las reservas y clasificaciones son inoponibles a la UBPD con el fin de que este órgano transicional pueda cumplir con su mandato constitucional.

#### **3.2.1.1. Importancia y función del acceso a la información en el marco de la justicia transicional<sup>23</sup>**

La justicia transicional ha sido definida como *“toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la*

---

<sup>23</sup> Extractos tomados y adaptados del Capítulo I *“Acceso a archivos en el marco de la justicia transicional”* del libro *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*. Al respecto, ver: Ramírez, A.M., Ángel, M.P., Albarracín, M., Uprimny, R. & Newman, V. *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*. Bogotá: Dejusticia. Disponible en Internet a través de: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_699.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_699.pdf) . Favor referirse a este libro para todas las referencias bibliográficas aquí utilizadas.

*justicia y lograr la reconciliación*”<sup>24</sup> (negrilla fuera del texto). Los procesos clásicos a partir de los cuales ésta se define son los procesos de verdad, justicia, reparación y no repetición. Por su parte, los mecanismos suelen ser judiciales, extrajudiciales y sociales, compartiendo como objetivos comunes evitar repetir o revivir horrores del pasado, disuadir violaciones futuras y restablecer la dignidad de los ciudadanos victimizados por la atrocidad.

Muchos de los archivos que se encuentran en posesión, bajo control o custodia de varios tipos de organizaciones o instituciones nacionales e internacionales de derecho público o privado contienen la información de la que dependen los procesos de verdad que hacen parte de los procesos de justicia transicional. Por ello, en el marco de la justicia transicional el acceso a esa información resulta fundamental. Por medio de ésta, las instituciones que componen el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante “SIVJRNR”)—en su función de reconstrucción de la verdad de lo sucedido—logran esclarecer los hechos constitutivos de violaciones graves, reconocer a víctimas y victimarios, y reconstruir su memoria histórica.

De esta forma, a partir de los archivos como insumo se hace efectivo el derecho a la verdad de las víctimas, el cual *“comporta tanto el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de sus familiares a conocer los hechos y circunstancias en que acaecieron dichas violaciones, como el derecho de la sociedad entera a saber los motivos por los cuales tales hechos se produjeron, con miras a preservar la memoria colectiva y a evitar de esa manera que hechos de esa índole vuelvan a presentarse”*<sup>25</sup>.

El primer texto que consagra normativamente el derecho a la verdad es el Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, en cuyos artículos 32 y 33 se consagra el derecho que asiste a las familias de los desaparecidos a *“conocer la suerte de sus miembros”*, y las obligaciones de las partes en un conflicto de ejecutar la búsqueda y el suministro de información en relación con personas desaparecidas. Por su parte, en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el derecho a la verdad es exigible por sí mismo y es presupuesto para la satisfacción de los demás derechos de las víctimas en un proceso de transición. Además, el derecho a la verdad, por sí mismo, aparece en el Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad y en los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones. Por su parte, en Colombia el mismo se encuentra consagrado en el artículo 66 transitorio de la Constitución Política, en cuya parte pertinente se establece:

*“Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los*

---

<sup>24</sup> Secretario General de las Naciones Unidas (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Informe S/2004/616. Recuperado de <http://www.un.org/es/comun/do-cs/?symbol=S/2004/616> p. 6.

<sup>25</sup> Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. En Uprimny, R. et al. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <http://www.dejusticia.org/#/actividad/146> p. 146.



*colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.*

El derecho a la verdad se hace efectivo en los procesos transicionales desde un ámbito judicial y uno extrajudicial. La verdad judicial nace en los procesos judiciales de los cuales se infiere, ya sea porque el juez mismo la concluye en sus decisiones o porque se desprende de las mismas. Por su parte, la verdad extrajudicial nace fuera de las instancias judiciales y puede ser institucionalizada, cuando se reconstruye en espacios como las comisiones de la verdad con fines históricos no judiciales, o no institucionalizada, que es aquella verdad que resulta de instancias no institucionales que se encargan profesional o semiprofesionalmente (por ejemplo historiadores, literatos, periodistas, sociólogos o, en general, científicos sociales) de la búsqueda de la verdad o reconstrucción y preservación de la memoria colectiva<sup>26</sup>. Por ello, los mecanismos judiciales, extrajudiciales y sociales que componen la justicia transicional, además de cumplir sus respectivas funciones de justicia, reparación y no repetición son, en últimas, mecanismos de reconstrucción de la verdad, que contribuyen al esclarecimiento de los hechos, al reconocimiento de las víctimas o a la construcción de memoria histórica.

Adicionalmente, el derecho a la verdad constituye un presupuesto para la satisfacción de los demás derechos de las víctimas. Al respecto, María Paula Saffon y Rodrigo Uprimny han señalado que

*“[l]a verdad es el presupuesto básico de cualquier proceso transicional que pretenda respetar los derechos de las víctimas y garantizar que las graves violaciones de derechos humanos cometidas con anterioridad a él no se repitan. En efecto, sin verdad, difícilmente podrían existir el castigo a los responsables de tales crímenes y la reparación a las víctimas de los mismos, en el entendido de que no se sabría a quién castigar ni a quién reparar. Además, sin verdad, la sociedad no estaría en capacidad de comprender lo que sucedió en el pasado y no podría entonces poner en marcha mecanismos que impidan la recurrencia de esas conductas atroces. No habría garantía de no repetición”<sup>27</sup>.*

Así, en lo que respecta al derecho a la justicia, la satisfacción del derecho de justicia de las víctimas de los agentes del Estado se materializa mediante el trámite procesal, la investigación y el acceso efectivo a la información que conduzca a una decisión judicial. Del mismo modo, la reparación efectiva de las víctimas requiere también del conocimiento de modo, tiempo y lugar de la violación para definir las condiciones en que se causó el daño y las formas en que habrá de restituirse<sup>28</sup>. Adicionalmente, la búsqueda de la verdad tiene un importante objetivo simbólico de brindar reconocimiento a las víctimas, teniendo en cuenta que mediante la participación de ellas en escenarios judiciales y extrajudiciales institucionalizados de búsqueda de la verdad es posible recuperar la dignidad de estas personas y acercarlas al ejercicio de la ciudadanía. Además, las víctimas manifiestan que resulta reparador el conocimiento de la suerte de sus familiares y las circunstancias de los hechos. Por último, el conocimiento de la verdad permite señalar

<sup>26</sup> Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica. *Revista Pensamiento Jurídico*, 17 (936), 9-36.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 141.

<sup>28</sup> Romero, M. (ed.) (2008). *Verdad, memoria y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

responsabilidades institucionales y recomendar reformas, considerando que la esencia de la democracia es su posibilidad de autocorrección, lo cual solo puede ocurrir si se exponen los errores<sup>29</sup>. En esa medida, el efectivo ejercicio del derecho a la verdad permite también hacer efectivas las garantías de no repetición, que se materializan a través de reformas institucionales que promueven el fortalecimiento del Estado de derecho y la construcción de confianza de la ciudadanía.

Al respecto, varias experiencias comparadas de acceso a archivos de inteligencia y contrainteligencia demuestran su importancia en el marco de procesos de transición. Ese es el caso del acceso abierto y con políticas claras que se dio a los archivos del Ministerio de Seguridad de Alemania Oriental (Stasi), a los archivos del Directorio de Seguridad Federal de México, especialmente los relacionados con las graves violaciones de derechos humanos cometidos durante el Gobierno del PRI, entre ellas la masacre de Tlatelolco y a los archivos de la Comisión Estatal de Soberanía del Estado de Mississippi relacionados con el seguimiento a miembros del movimiento por los derechos civiles de los negros en ese estado. Entre ellos, el caso de los archivos de la Stasi ha sido reseñado en la literatura como uno de los más exitosos, al permitir entender y reinterpretar las actividades de la policía secreta del régimen comunista y el contexto social, político e histórico en el cual se produjeron. Tal y como lo describe Danielson (2004), esto condujo además a un fortalecimiento de la democracia alemana.

El acceso a los archivos que fueron objeto de ocultamiento también puede ser de utilidad para dar cuenta de la importancia del acceso oportuno a los archivos por parte de las instituciones que componen el SIVJRNR. Entre ellos tenemos varios casos de Guatemala, como el del Archivo Histórico de la Policía Nacional, el del “Diario Militar” y el de los archivos de la “Operación Sofía”; el caso del “Archivo del Terror” en Uruguay; y el caso del “Libro Amarillo” en El Salvador. Entre ellos, el caso más emblemático de descubrimiento es el del Archivo Histórico de la Policía Nacional de Guatemala. El acuerdo de paz que puso fin al conflicto armado en ese país estableció una Comisión de Esclarecimiento Histórico con el fin de establecer las graves violaciones de derechos humanos cometidas entre 1962 hasta la firma del acuerdo final. Como relata Kate Doyle, analista de *National Security Archive*,

*“[l]a comisión envió cartas a los ministerios de Defensa e Interior para tratar de encontrar información sobre las operaciones de las fuerzas de seguridad durante la guerra. La comisión solicitó documentos sobre políticas, planes, órdenes, inteligencia, informes operativos y memorandos de reporte de acciones y no recibieron casi nada”<sup>30</sup>.*

A pesar de ello, los archivos militares fueron negados por las autoridades y la Comisión hizo su reporte sin esta información. Sin embargo, en el año 2005, las autoridades encontraron una documentación cuantiosa que luego se descubriría que era el archivo histórico y administrativo de la Policía Nacional de Guatemala entre los años 1882 y 1997. Este archivo, con 80 millones

---

<sup>29</sup> Kasrils, R. (2009). To Spy or Not to Spy? Intelligence and Democracy in South Africa. *Intelligence and Democracy in South Africa*. p. 55.

<sup>30</sup> Doyle, K. (2007). The atrocity files. Deciphering the archives of Guatemala’s dirty war. *Harper’s Magazine*. Recuperado de <http://nsarchive.gwu.edu/guatemala/police/harpers.pdf> p. 52.

de folios, ha sido fundamental para probar desapariciones forzadas y la participación de la Policía Nacional en estos hechos<sup>31</sup>.

Por el contrario, existen ejemplos de destrucción de archivos que permiten dar cuenta de lo inconveniente que resulta para la justicia transicional la ausencia de acceso a archivos. Al respecto se destaca la destrucción de los archivos de vigilancia japoneses anteriores a la Segunda Guerra Mundial, y los del apartheid en Sudáfrica. Otros archivos, como los de la Dirección Nacional de Inteligencia de Chile (DINA), posiblemente fueron destruidos, o los archivos del conflicto de Timor del Este probablemente estén en poder de las fuerzas de seguridad de Indonesia (país que ocupó la zona) y se desconoce qué ocurrió con los del servicio de inteligencia de Argentina. No obstante, el caso de Sudáfrica es uno de los más emblemáticos de destrucción de archivos de inteligencia durante la transición. Como lo ha descrito Verne Harris, de los National Archives of South Africa, durante los años 1990 a 1994 se destruyeron un gran número de archivos de inteligencia en “*un esfuerzo por mantener escondidos los secretos más oscuros del estado del apartheid*”<sup>32</sup>. Así por ejemplo, en un periodo de 6 a 8 meses, durante 1993, se destruyeron 44 toneladas de archivos en papel y microfilmados. Frente al particular, la Comisión de la Verdad de Sudáfrica reconoció que esta práctica de destrucción de archivos se ejecutó y que tuvo como objetivo obstaculizar su trabajo.

Como se ve, es claro que el acceso a los archivos de todo tipo, y en particular los de inteligencia y contrainteligencia, ha sido una necesidad transversal para poder adelantar procesos de justicia transicional alrededor del mundo. Necesidad que en el caso del proceso de justicia transicional que pretende iniciar Colombia se hace aún más evidente. Lo anterior, teniendo en cuenta que en nuestro país los organismos de inteligencia y contrainteligencia han jugado un papel fundamental en el conflicto armado —en términos de anticipar amenazas y prevenir daños a la sociedad—, pero también han sido protagonistas de varias violaciones de derechos humanos, las cuales constan en archivos de inteligencia. Al respecto, solicitamos referirse a la sección “*Violaciones de derechos humanos cometidas por los Organismos de Inteligencia y Contrainteligencia que constan en archivos y deben ser conocidas*” del Capítulo I del libro *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*, en donde hemos documentado algunas de las violaciones de derechos humanos cometidas por organismos de inteligencia y contrainteligencia en Colombia desde el año 1994, hasta las denuncias más recientes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Entre ellas, es preciso destacar brevemente las actividades de inteligencia relacionadas con grupos paramilitares; los archivos de inteligencia que incluyen información incorrecta, tendenciosa, discriminadora o violatoria del derecho al habeas data de defensores de derechos humanos; y, la conocida operación ilegal de inteligencia del DAS.

En conclusión, al contribuir a la satisfacción del derecho a la verdad, el acceso a los archivos de las organizaciones o instituciones nacionales e internacionales de derecho público o privado

---

<sup>31</sup> Así por ejemplo, en 1985 se interpuso un recurso de exhibición personal a favor de 763 víctimas de desaparición forzada, al cual la Policía respondió diciendo que ninguna de esas personas se encontraba recluida en los centros de detención del país. No obstante, gracias a los documentos de este archivo hoy se sabe que la Policía dio la orden de no informar a los jueces sobre los detenidos en ese momento.

<sup>32</sup> Harris, V. (1994). “They should have destroyed more”: The Destruction of Public Records by the South African State in the Final Years of Apartheid, 1990-1994. En *Wits History Workshop: The TRC y Commissioning the Past*. Recuperado de <http://wiredspace.wits.ac.za/bitstream/handle/10539/7871/HWS-166.pdf?sequence=1>

aportará además a la garantía de los derechos a la justicia, reparación y garantías de no repetición de las víctimas del conflicto armado colombiano. Por ello, asegurar dicho acceso está en el centro de todas las obligaciones del Estado para satisfacer los derechos de las víctimas<sup>33</sup>.

### **3.2.1.2. Inoponibilidad de las reservas y clasificaciones de información, como la regla general de acceso para la UBPD**

En este aparte de la presente intervención nos concentraremos en sustentar que el artículo 12 del DL 589/2017 contiene la regla general de acceso a la información para la UBPD, siendo ésta la inoponibilidad de cualquier tipo de reservas y clasificaciones de información. Es decir, este artículo del Decreto Ley debe entenderse bajo la interpretación de que la UBPD, en cumplimiento de sus funciones y como vehículo de garantía de los derechos a la verdad, la integridad, la dignidad y la reparación de las víctimas, debe tener acceso a toda la información pública en cabeza de los sujetos obligados por la Ley 1712 de 2014, incluso si dicha información se encuentra cobijada por una reserva o clasificación.

En concreto, el mencionado artículo tiene el siguiente contenido:

**“Artículo 12. Acceso a información reservada. Conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, Ley 1712 de 2014, no son oponibles las reservas en materia de acceso a la información pública frente a las violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH. En cumplimiento de su mandato, la UBPD podrá requerir de las instituciones públicas la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna.**

*Cuando se trate de información reservada, la UBPD, en todo caso, deberá garantizar, por escrito, la reserva de la misma, el traslado de la reserva legal de la información, suscribir actas de compromiso de reserva y observar las seguridades y niveles de clasificación consagradas en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, la Ley Estatutaria 1712 de 2014, sus Decretos Reglamentarios y otras normas relevantes, sin perjuicio de las acciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar por violación de la reserva legal.*

**Parágrafo 1.** *En desarrollo de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, cuando la información, archivos, documentos o datos requeridos por la UBPD correspondan a información clasificada, calificada o reservada, la institución poseedora deberá aportar, junto con la información requerida, un reporte en el que sustente la reserva o la clasificación, de acuerdo a las siguientes reglas: i) hacerlo por escrito; ii) precisar las normas jurídicas que sustentan la reserva o clasificación; iii) argumentar si existe un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido que sustenta la restricción de la información y (iv) demostrar el daño que puede producirse con la publicidad de estos archivos e información.*

---

<sup>33</sup> Fraser, A. (2015). *Los archivos y la verdad: una reflexión desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.hchr.org.co/migracion/index.php/informacionpublica/pronunciamentos/po-nencias-del-director/7341-los-archivos-y-la-verdad-una-reflexion- desde-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>

*Parágrafo 2. En tratándose de información contenida en documentos de inteligencia y contrainteligencia, previo a su acceso, deberá garantizarse por escrito su reserva legal, seguridad y protección de la información, especificando la imposibilidad de su reproducción en forma mecánica o virtual.*

*Parágrafo 3. La información que goza de reserva legal podrá ser utilizada por la UBPD en el cumplimiento de sus funciones, pero no podrá ser pública. (Subrayado fuera de texto)”*

Como se ve, este artículo incorpora al ordenamiento jurídico **dos reglas distintas:**

1. En primer lugar, la primera parte del primer inciso del artículo 12 establece que las excepciones de acceso a la información pública no son oponibles en caso de violaciones de DDHH o infracciones al DIH. Es decir, que la UBPD, al igual que toda la sociedad, **podrá tener acceso a los archivos y documentos relacionados con violaciones de DDHH o infracciones al DIH.**
2. En segundo lugar, la siguiente disposición del primer inciso del artículo 12 establece la regla según la cual las reservas y clasificaciones de información no son oponibles a la UBPD en cumplimiento de sus funciones constitucionales. Es decir, señala que la **“UBPD podrá requerir de las instituciones públicas la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna”.**

En esa medida, la primera parte del primer inciso del artículo 12 reproduce el contenido de la regla de oro<sup>34</sup> incluida en el tercer inciso del artículo 21 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014<sup>35</sup>, según la cual:

*“Artículo 21. (...) Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones”* (negrilla fuera del texto).

Por su parte, la segunda parte del primer inciso del artículo 12 del DL 589/2017 establece la inoponibilidad de cualquier tipo de reservas y clasificaciones de información como la regla general de acceso para la UBPD.

En consecuencia, mientras la primera parte del primer inciso del artículo 14 del DL 589/2017 aplica tanto para las instituciones que componen el SIVJRN como para la sociedad en general, y se refiere exclusivamente a la inoponibilidad de las reservas y clasificaciones que pesen sobre la información relacionada con violaciones de DDHH e infracciones al DIH; la segunda

---

<sup>34</sup> Así calificada por nosotros, en la medida en que se trata de la regla fundamental o “más preciada” en materia de acceso a archivos de derechos humanos.

<sup>35</sup> Para comprender el alcance de esta regla jurídica, y lo que puede entenderse por información relacionada con violaciones de Derechos Humanos e infracciones al DIH resulta pertinente tener en cuenta el “*Protocolo de Gestión Documental de los Archivos Referidos a las Graves Violaciones de Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario Ocurridos con Ocasión del Conflicto Armado Interno*” creado en conjunto por el Centro de Memoria Histórica y el Archivo Nacional, que tiene por objeto generar directrices para la **identificación** y el tratamiento de los archivos de derechos humanos, memoria histórica y conflicto armado.

establece una prerrogativa de acceso especial y exclusiva de la UBPD (que debería replicarse para el resto de las instituciones que componen el SIVJNR), que tiene como resultado la inoponibilidad de todas las reservas y clasificaciones que puedan existir sobre cualquier tipo de información que la UBPD requiera para el debido ejercicio de las funciones que le han sido constitucionalmente asignadas.

No obstante, debido a su redacción, esta norma puede tener una interpretación diferente. Así, una lectura inapropiada y descontextualizada de este artículo podría llevar a hacer una interpretación errónea, según la cual la inoponibilidad de las reservas y clasificaciones de información de la que gozará la UBPD se da únicamente frente a la información relacionada con violaciones de Derechos Humanos o infracciones al DIH. Sin embargo, y tal como pasamos a argumentar a continuación, esta interpretación resulta inconstitucional, pues desconoce que para poder cumplir con su mandato constitucional, es indispensable que las instituciones que componen el SIVJNR tengan acceso irrestricto a **todo tipo de información** que resulte relevante para el desempeño de sus funciones, limitando solo el uso de los datos referentes a la intimidad de las personas<sup>36</sup>. En ese orden de ideas, no resulta procedente oponer a estos mecanismos ninguna reserva ni clasificación que aplique normalmente sobre esa información.

En lo que respecta concretamente a la UBPD, su mandato constitucional se encuentra establecido en dos artículos de la Constitución Política, introducidos transitoriamente por medio de los Actos Legislativos 01 de 2012 y 01 de 2017. De conformidad con el artículo transitorio 66 de la Constitución Política (introducido por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012),

*“Artículo transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente **facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera**, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y **garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación**. (...)”* (negrilla fuera del texto).

Por su parte, el artículo transitorio 3° del Título Transitorio de la Constitución Política (introducido por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017), establece que la función de la UBPD consiste en:

***Artículo transitorio 3°. Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.** (...) La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y razón del conflicto armado tendrá carácter humanitario y extrajudicial y **dirigirá, coordinará y contribuirá a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en contexto y en razón del conflicto armado que encuentren con vida y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la identificación y entrega digna de sus restos.** La ley reglamentará la naturaleza jurídica, el mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la Unidad, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía. ley establecerá las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial (...).*

---

<sup>36</sup> Intimidad que incluso deberá tener un tratamiento diferenciado cuando se trate de funcionarios públicos, asuntos de interés públicos y graves violaciones de derechos humanos.

*Los órganos del estado brindarán toda la colaboración que requiera la Unidad. Se deberá promover la participación de las víctimas y sus organizaciones en todas las fases del proceso de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. (Negrilla fuera de texto)*

Como se ve, la UBPD se inserta dentro de una estrategia integral de justicia transicional que tiene como objeto la combinación de mecanismos judiciales y extrajudiciales, encaminados a la garantía de los derechos de las víctimas. En concreto, la UBPD tiene el mandato constitucional de dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas, y cuando sea posible, la identificación y entrega digna de los restos de las personas fallecidas. En este sentido, la UBPD es una entidad orientada tanto a reparar los daños y el sufrimiento causado por la desaparición forzada -una conducta criminal distintiva de los conflictos armados y regímenes autoritarios<sup>37</sup>-, como a contribuir a la verdad sobre las violaciones de derechos humanos perpetradas en contexto y razón del conflicto armado colombiano. En consecuencia, el mandato constitucional de la UBPD tiene una relación estrecha con la garantía de los derechos de las víctimas, en especial con sus derechos a la verdad, a la integridad y a la dignidad.

De igual forma, la función otorgada por el texto constitucional a la UBPD tiene una relación directa con la efectiva satisfacción del derecho a la paz, consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política, según el cual *“la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”*. En otras palabras, los mecanismos de justicia transicional –entre los cuales se encuentra la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas<sup>38</sup>- son medios para lograr la efectiva garantía de los derechos a la paz y a la reconciliación. Es decir, el objetivo último de los mecanismos de justicia transicional, y en este caso de la UBPD, es *“lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición y a fortalecer la democracia, entre otros principios constitucionales”*<sup>39</sup> (negrilla fuera de texto). Por lo tanto, como se pretende mostrar en esta intervención, si la UBPD ve frustrado el cumplimiento de su mandato constitucional, no solo se estarían vulnerando los derechos de las víctimas a la verdad, la integridad y la reparación, sino que los intentos de garantizar el derecho a la paz también se verían directamente amenazados.

¿Cómo asegurar entonces el efectivo cumplimiento del mandato constitucional de la UBPD,

<sup>37</sup> Véase Dewhirst, P; Kapur, A. (2015) *Las desaparecidas e invisibles: repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*. Centro Internacional para la Justicia Transicional. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Desapariciones-Genero-2015-ES.pdf>

<sup>38</sup> La UBPD hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición –SIVJRNR- creado en el Acuerdo Final de paz firmado entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP. El SIVJRNR es el sistema del cual hacen parte los mecanismos de justicia transicional necesarios para la cumplir el compromiso de crear *“mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en los términos que establece la Jurisdicción Especial para la Paz, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros”*. Gobierno Colombiano y las FARC-EP. *Acuerdo Final para la temrinación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. 24 de noviembre de 2011, p. 127. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014.

según el cual debe implementar todas las medidas necesarias para contribuir a la localización de las víctimas y garantizar sus derechos a la verdad, integridad, reparación y a la paz? Para responder a este interrogante resulta pertinente recordar cuál es la naturaleza de la desaparición forzada. Esta conducta se encuentra tipificada como un delito en el artículo 165 del Código Penal colombiano; su consagración en el ordenamiento interno se deriva de los compromisos adoptados a partir de la ratificación de instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1995)<sup>40</sup>. Estos dos instrumentos, entre otros, han reconocido internacionalmente la desaparición forzada como un crimen de tal gravedad que atenta contra la humanidad y que, por lo tanto, todos los Estados deben perseguir y sancionar.

El elemento esencial de la desaparición forzada es la sustracción de la víctima de cualquier amparo de la ley a través de distintos mecanismos criminales y la subsiguiente ausencia de información sobre su paradero. En específico, el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define esta conducta de la siguiente forma:

*(...) se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. (negrilla fuera de texto)*

En el mismo sentido, el literal i) del numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional indica lo siguiente:

*“Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. (negrilla fuera de texto)*

Según la definición general de la desaparición forzada, que a su vez se ha adoptado en el actual Código Penal<sup>41</sup>, hay una condición fundamental para que pueda configurarse esta conducta: la

---

<sup>40</sup> Tanto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas como el artículo 7 del Estatuto de Roma –mediante el cual se tipifican internacionalmente los crímenes de lesa humanidad– hacen parte del **bloque de constitucionalidad en sentido estricto**. En esa medida, las obligaciones que de allí se derivan son vinculantes para el Estado colombiano. Al respecto, véase: Corte Constitucional. Sentencia C-620 del diez y ocho (18) de agosto de dos mil once (2011). Referencia LAT-363. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Corte Constitucional. Sentencia C-1076 del cinco (5) de diciembre de dos mil dos (2002). Expedientes No. C-3954 y D-3955. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>41</sup> El delito de *desaparición forzada* se encuentra tipificado en el artículo 165 del Capítulo Primero del Título III que sanciona las conductas “en contra de la **libertad individual** y otras garantías”. El texto del artículo es el siguiente: “El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”. Solo hay una diferencia esencial entre la tipificación internacional y la tipificación



ausencia de información para establecer el destino de la víctima. Esta situación de total incertidumbre sobre el paradero de las personas desaparecidas es lo que diferencia esta conducta de otros crímenes. La carencia de información no permite que las autoridades y familiares directos puedan conocer la identidad de los perpetradores, las circunstancias de la desaparición y la localización de quienes se encuentran desaparecidos. En este sentido, la desaparición forzada no solo vulnera los derechos a la libertad individual, la integridad y la dignidad de las personas desaparecidas, sino que sus efectos se extienden a los familiares y seres queridos de estas personas, quienes también son considerados víctimas directas de esta conducta<sup>42</sup>. Específicamente, la falta de información sobre el paradero de la persona desaparecida produce una incertidumbre para sus familiares y seres queridos, que vulnera directamente el derecho a la verdad de estos últimos.

Al respecto, la Corte IDH, intérprete autorizado de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, ha consolidado un fuerte precedente sobre los derechos que vulnera el delito de desaparición forzada. La Corte ha hecho especial énfasis en demostrar la relación que existe entre la desaparición forzada y la vulneración del derecho a la verdad. En el caso *Gelman vs. Uruguay* de 2011, este órgano judicial estableció que:

*(...) en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, (...) que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido. Además, **la privación del acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, lo que hace presumir un daño a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos**<sup>43</sup> (negrilla fuera de texto).*

De igual forma, en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú* (2009), la Corte IDH indicó que “[e]s clara la vinculación del sufrimiento de los familiares con la violación del derecho a conocer la verdad, lo que ilustra la complejidad de la desaparición forzada y de los múltiples efectos que ha causado”<sup>44</sup>. Así, esta Corte muestra que la privación permanente de la verdad sobre el destino y la localización de una persona desaparecida constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos.

De modo similar, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), la Corte afirmó la existencia de un “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta

---

nacional del delito de desaparición forzada: en la regulación interna este delito tiene un sujeto activo indeterminado, mientras que en la regulación internacional el sujeto activo es calificado.

<sup>42</sup> Al respecto, la Corte IDH ha manifestado que: “los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. (...) la violación de la integridad psíquica y moral de [estos] familiares es una consecuencia directa, precisamente, de la desaparición forzada. (...) las circunstancias de [la] desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos” Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Pár. 160.

<sup>43</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Pár. 133.

<sup>44</sup> Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Pár. 113.

y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”<sup>45</sup>. Es decir, los familiares de las personas desaparecidas tienen el derecho a conocer dónde se encuentran los restos mortales de sus seres queridos, pues eso “representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”<sup>46</sup>. En este sentido, la Corte considera que la entrega de los restos de las personas desaparecidas constituye “un acto de justicia y reparación en sí mismo (...), [e]s un acto de justicia saber el paradero del desaparecido, y es una forma de reparación porque permite dignificar a las víctimas (...)”<sup>47</sup>

La Corte IDH también ha argumentado que la obligación de investigar las desapariciones forzadas es una forma de reparación a las víctimas<sup>48</sup>. Frente a esto, cabe recordar el fallo de esta Corte en el caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia* (2014), en el cual sostuvo que “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos”<sup>49</sup>

Bajo este marco legal, se entiende que la desaparición forzada no solo vulnera el derecho a la integridad de las víctimas, sino que transgrede directamente el derecho a la verdad. Por esa razón, los Estados tienen el deber internacional de investigar a través de mecanismos judiciales y extrajudiciales los hechos constitutivos de desaparición forzada, con el fin de garantizar: i) El derecho a la verdad sobre las circunstancias de la desaparición y el paradero de las personas desaparecidas y ii) Reparar y dignificar a los familiares de las personas desaparecidas a través de la entrega de sus restos.

En consecuencia, en el caso de la UBPD, el acceso a toda la información en poder del Estado es una condición de posibilidad para que pueda cumplir su objetivo constitucional y, de esa forma, pueda contribuir a la satisfacción de los derechos a la verdad, integridad y reparación de las víctimas y a la paz en general. De hecho, así también lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte IDH, quien ha mostrado que el acceso a la información tiene un valor fundamental para satisfacer el derecho a la verdad, especialmente cuando se trata de contextos de transición a la paz. En varias ocasiones la Corte IDH ha abordado directamente la relación entre la satisfacción del derecho a la verdad histórica y el derecho de acceso a la información pública. De hecho, esta relación ha sido abordada por esta Corte principalmente en casos de desapariciones forzadas, pues se reconoce que en tales ocasiones el acceso a los archivos del Estado cobra una mayor relevancia y urgencia, debido a la falta de información sobre la situación de la persona desaparecida.

En la decisión sobre el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala* (2012), la Corte IDH estudió un caso en el que las autoridades militares se negaron a entregar información

---

<sup>45</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Pár. 181.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Triunillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia del 27 de febrero de 2002. Pár. 114.

<sup>47</sup> *Ibid.* Pár. 116.

<sup>48</sup> Véase Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia del 22 de septiembre de 2009.

<sup>49</sup> Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Pár. 509.

relacionada con violaciones de derechos humanos a órganos judiciales y extrajudiciales (Comisión Esclarecimiento Histórico) en el marco de un proceso transicional. En este caso, se trataba de información sobre 26 desapariciones forzadas contenida en un diario militar que hacía parte del Archivo Histórico de la Policía. Para la Corte, el derecho a la verdad de las familias y seres cercanos de personas desaparecidas fue desconocido por esta negativa, pues las autoridades judiciales y extrajudiciales encargadas de esclarecer las circunstancias de desaparición y la localización de las personas desaparecidas vieron frustrada su labor al no contar con información fundamental para llevar a cabo sus funciones. Con respecto a la relación directa que existe entre el derecho a la verdad en procesos de justicia transicional y el derecho de acceso a la información, la Corte estableció que:

*“(...) en cualquier circunstancia, pero especialmente en procesos de transición a la democracia, las víctimas y sus familiares tienen derecho a conocer la información sobre graves violaciones de derechos humanos que repose en los archivos del Estado, incluso, si tales archivos se encuentran en las agencias de seguridad o en dependencias militares o de policía”<sup>50</sup>.*

En esta misma decisión, la Corte IDH hizo una recapitulación de su precedente en materia de acceso a la información y derecho a la verdad de las víctimas de desaparición forzada. Al respecto, la Corte afirmó que:

*“(...) los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad, por lo que deben ser informados de lo sucedido. Por otra parte, en particular sobre casos de desaparición forzada, se ha establecido que el derecho a conocer la verdad es parte del derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos (...) [se ha] indicado que **la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad**<sup>51</sup>”.* (negrilla fuera de texto)

De la misma manera, en su decisión sobre el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), la Corte IDH estudió la desaparición forzada de dos mujeres durante el gobierno de facto que rigió en Uruguay entre 1973 y 1985. En esta decisión, se ordenó como medida de reparación la garantía de acceso público a los archivos que se encontraran bajo dependencias del Estado y el establecimiento de un mecanismo de identificación, mantenimiento, actualización, sistematización y ordenamiento de estos archivos. Lo anterior, con el fin de que *“todo el pueblo uruguayo pueda conocer la verdad de los hechos ocurridos durante la época del terrorismo de Estado”<sup>52</sup>*. En esa medida, la Corte reconoce que *“una de las limitaciones para avanzar en la investigación es que la información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la*

---

<sup>50</sup> Corte I.D.H. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) y otros vs. Guatemala*. Sentencia del 20 de noviembre de 2012. Par. 295

<sup>51</sup> *Ibid.* Par. 297

<sup>52</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Pár. 279

*dictadura reposa en diferentes archivos de seguridad nacional que se encuentran disgregados y cuyo control no es adecuado*”<sup>53</sup> (negrilla fuera de texto).

En su decisión de 2014 sobre el caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, la Corte IDH también menciona la importancia de abrir los archivos del Estado en casos de desapariciones forzadas. En esta decisión se declaró responsable al Estado de El Salvador por la desaparición forzada de cinco niños y niñas en el contexto de conflicto armado interno. En este caso, al igual que en los anteriores, la Corte determinó que una de las limitaciones para la investigación y la localización de las personas desaparecidas “*es la falta de acceso a la información contenida en archivos acerca de los operativos de contrainsurgencia, así como de las personas, unidades y estamentos militares que participaron en las operaciones en las cuales desaparecieron las víctimas*” (negrilla fuera de texto)<sup>54</sup>. La Corte también ordena que el Estado adopte las pertinentes “*para garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad salvadoreña, el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante para la investigación (...)*” (negrilla fuera de texto).

A partir de lo expresado por la Corte IDH en las decisiones mencionadas anteriormente, se puede ver que existe un mandato de apertura de archivos estatales para casos relacionados con desapariciones forzadas, especialmente cuando se trata de archivos relacionados con temas de seguridad. Este mandato se explica precisamente por la falta de información que caracteriza las dinámicas de desaparición forzada de personas por parte del Estado o grupos armados de cualquier tipo. De igual forma, el precedente de la Corte IDH indica que i) La información que ayude a establecer las circunstancias de la desaparición forzada puede encontrarse en diferentes documentos de seguridad nacional que se encuentran dispersos entre diferentes entidades estatales; y ii) El Estado debe adoptar medidas que garanticen el acceso irrestricto a información que ayude a establecer las circunstancias y consecuencias de las desapariciones, no solo para beneficiar la labor de los aparatos judiciales, sino para *garantizar los derechos a la verdad y la reparación de quienes han tenido que sufrir las consecuencias de los conflictos o regímenes autoritarios*.

Por otro lado, la Corte IDH también ha sostenido que, en casos de violaciones de derechos humanos, como es el caso de la desaparición forzada, “*las autoridades no pueden ampararse legítimamente en mecanismos como el secreto de Estado, la confidencialidad, razones de interés público o seguridad nacional para dejar de aportar información requerida a las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación (...)*”<sup>55</sup>. En la decisión sobre el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, por ejemplo, manifestó que:

*“Los poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos. En casos de violaciones de derechos humanos, cuando los órganos judiciales [y extrajudiciales] están tratando de*

---

<sup>53</sup> Íbid. Pár. 282.

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Pár 209.

<sup>55</sup> CIDH. *Informe sobre derecho a la verdad en las Américas*. 2014. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

*esclarecer los hechos y juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones, el ampararse en el secreto de Estado para entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la ‘clandestinidad del Ejecutivo’ y perpetuar la impunidad. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. (...) De esta manera, lo que resulta incompatible con un Estado de Derecho y una tutela judicial efectiva no es que haya secretos, sino que estos secretos escapen de la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable porque no están regulados jurídicamente y que por tanto están al margen de todo sistema de control”<sup>56</sup> (negrilla fuera de texto).*

Según lo anterior, las autoridades estatales no pueden negarse a entregar información a las instituciones creadas para esclarecer los hechos pasados en el marco de un proceso transicional y reparar la integridad de las víctimas, como es el caso de la UBPD. Es decir, las autoridades estatales que poseen información valiosa para esclarecer las circunstancias de desaparición y la localización de las personas desaparecidas no pueden restringir el acceso a esta bajo los argumentos o excepciones que utilizarían en contextos no transicionales. Por el contrario, deben tener un papel activo en la búsqueda de la verdad sobre el paradero de quienes fueron sustraídos del amparo de la ley en el contexto del conflicto armado. En este sentido, la Corte IDH también ha establecido que el Estado tiene la obligación de producir, recuperar, reconstruir o captar la información que necesita para el cumplimiento de sus deberes, según lo establecido por normas internacionales, constitucionales o legales. Es decir, en caso de que determinada información no exista o haya sido destruida, “(...) el Estado debe adelantar, de buena fe, todos los esfuerzos a su alcance para recuperar o reconstruir dicha información (...)”<sup>57</sup>.

De igual forma, se hace necesario que las autoridades estatales colaboren con las demás autoridades que, en el marco de la transición, han sido creadas como cumplimiento de las exigencias de verdad, justicia y reparación de las víctimas. Así, en el caso de la UBPD, el éxito de su función como mecanismo del proceso de transición depende enteramente de la información a la que pueda acceder y que permita dar con el paradero de las personas desaparecidas en el conflicto armado. En este sentido, “en los procesos transicionales, el respeto pleno por el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información contribuye como pocas a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”<sup>58</sup>.

Así, como la Corte IDH lo ha manifestado, la efectiva garantía de los derechos a la verdad, la integridad y la reparación para las víctimas de desaparición forzada implica el acceso a los archivos y documentos en poder del Estado que contengan información relevante para crear un registro histórico sobre los actores, hechos, causas y consecuencias de las violaciones de

---

<sup>56</sup> Corte I.D.H. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Par. 181.

<sup>57</sup> CIDH (2009) *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Par. 83.

<sup>58</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. 2005. Principio 5.

derechos humanos ocurridas durante el conflicto<sup>59</sup>. En este sentido, la UBPD -como institución garante del derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre el paradero de sus familiares desaparecidos y las circunstancias de su desaparición, y creada en el marco de un proceso transicional cuyo objetivo es garantizar el derecho a la paz- debe tener acceso irrestricto a los archivos y documentos necesarios para llevar a cabo su función y garantizar a las víctimas y a la ciudadanía el derecho a la verdad histórica.

Igualmente, y partiendo de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado una posición similar en la materia. Al respecto, resulta relevante lo señalado en la sentencia C-872 de 2003, en la que se estudiaba la constitucionalidad de los artículos 27 y 42 del Decreto 1799 de 2000 “[p]or el cual se dictan normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”. De acuerdo con la Corte,

*“(…) las últimas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario vinculan estrechamente el derecho fundamental de acceso a documentos públicos con los derechos de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, de genocidios y de crímenes de guerra, a la justicia, la reparación, y muy especialmente, a conocer la verdad”<sup>60</sup> (negrilla fuera del texto).*

Así mismo, en la sentencia C-491 de 2007, en la que se estudiaba la constitucionalidad de la Ley 1097 de 2006 “[p]or la cual se regulan los gastos reservados”, esta alta Corporación estableció:

*“la Corte ha encontrado que el derecho de acceso a la información pública es una herramienta fundamental para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de actuaciones arbitrarias y el derecho a la memoria histórica de la sociedad”<sup>61</sup> (negrilla fuera del texto).*

Incluso, en la sentencia C-370 de 2006, en la que se estudiaba la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005—Ley de Justicia y Paz—, la Corte sostuvo de manera contundente:

*“Para que esos mecanismos [transicionales] puedan operar plenamente, es necesario que no exista reserva sobre información relevante, salvo que se trate, como también lo establece la ley, de proteger la intimidad, la vida, la integridad o la seguridad de víctimas y testigos”<sup>62</sup> (negrilla fuera del texto).*

De esta forma, la Corte ha entendido que el acceso a la información que reposa en poder del Estado es una herramienta fundamental para satisfacer los derechos a la verdad y a la reparación integral de las víctimas. Incluso, ha reconocido la necesidad de que los mecanismos de justicia transicional tengan acceso irrestricto a la información, con las restricciones de intimidad y habeas data a las que haya lugar, para poder cumplir con sus funciones. De hecho, en el caso de la UBPD esta exigencia de acceso a la información en poder del Estado se ve acentuada por la falta de información sobre la persona desaparecida, que es una característica esencial de la

---

<sup>59</sup> Corte I.D.H. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Par. 190.

<sup>60</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-872 de 2003.

<sup>61</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2007.

<sup>62</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

desaparición forzada. En tal sentido, este mecanismo transicional busca reparar a las víctimas de desaparición forzada a través de la obtención de la verdad sobre el paradero de las personas desaparecidas o de sus restos en caso de fallecimiento.

En esa medida, la jurisprudencia nacional también se ha adecuado a los estándares internacionales en materia de justicia transicional, que establecen que las reservas de información no deben ser oponibles a los organismos de supervisión, defensa del pueblo y apelación, incluidos los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación –como la UBPD– así como los investigadores que trabajen bajo su responsabilidad. Al respecto cabe citar, por ejemplo, el principio 6 de Tshwane<sup>63</sup>, según el cual:

*“Principio 6. Acceso a información por parte de organismos supervisores. Todos los organismos de supervisión, defensa del pueblo y apelación, **incluidos los tribunales, deben tener acceso a todo tipo de información** — incluso la información sobre seguridad nacional y con independencia de su nivel de confidencialidad— **que resulte relevante para el desempeño de sus funciones**”* (negrilla y subraya fuera del texto).<sup>63</sup>

En el mismo sentido, el Principio 16 de Joinet<sup>64</sup> dispone:

*“Principio 16. Cooperación de los servicios de archivo con los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación. **Los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación, así como los investigadores que trabajen bajo su responsabilidad, deberán poder consultar libremente los archivos.** Este principio se aplicará en forma tal que respete los requisitos pertinentes para proteger la vida privada, incluidos en particular seguridades de confidencialidad proporcionadas a las víctimas y a otros testigos como condición previa de su testimonio. No se podrá denegar la consulta de los archivos por razones de seguridad nacional excepto que, en circunstancias excepcionales, la restricción haya sido prescrita por ley; que el Gobierno haya demostrado que la restricción es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo y que la denegación sea objeto de examen judicial independiente”* (negrilla fuera del texto)

Tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, *“si bien [estos principios] en principio no integran el bloque de constitucionalidad, en todo caso constituyen doctrina relevante para interpretar los tratados internacionales que hacen parte del mismo”*<sup>65</sup>. En esa medida, son relevantes para establecer el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la

<sup>63</sup> Estos “Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información”, emitidos el 12 de junio de 2013, fueron redactados por 22 organizaciones durante un periodo de dos años, en el que se contó con la asesoría de más de 500 expertos de al menos 70 países. El proceso de redacción culminó con una reunión en la ciudad sudafricana de Tshwane, de la que estos Principios tomaron su nombre.

<sup>64</sup> Este “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, emitido en 1997, fue redactado por el señor Louis Joinet, en calidad de Ponente especial sobre la amnistía ante la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (hoy Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos) de las Naciones Unidas. Posteriormente, la experta independiente Diane Orentlicher presentó la actualización de los principios, los cuales recogen la evolución reciente del derecho y de la práctica internacionales, comprendida la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados. El texto revisado de los principios figura en el documento (E/CN.4/2005/102/Add.1).

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2010.

información pública, y en esa medida, pueden ser utilizados como parámetros para el análisis de las disposiciones que en el ámbito nacional desarrollan este derecho.

Adicionalmente, esta garantía de acceso irrestricto ha sido establecida en varios procesos de justicia transicional. Un buen ejemplo en el derecho comparado sobre este asunto está contenido en el artículo 10 del Reglamento para la Utilización del Archivo de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPBA) en Argentina, según el cual: “*los Organismos de Derechos Humanos nacionales o internacionales que tengan como fin la defensa de los derechos humanos y las garantías individuales, tendrán libre acceso a los documentos*”. En forma similar, esta garantía de acceso irrestricto también está contemplada en el artículo 17a de la Ley eslovaca del 19 de agosto de 2002 sobre la divulgación de documentos sobre la actividad de las Autoridades de Seguridad del Estado en el periodo 1939-1989, y sobre la fundación del Instituto de Memoria de la Nación<sup>66</sup>.

Por último, cabe destacar que la interpretación aquí propuesta—y que apunta a la inoponibilidad de las reservas y clasificaciones de información como la regla general de acceso para la UBPD— es la única que permite conservar tanto el efecto útil general del artículo *sub examine*, como el efecto útil de los diferentes incisos y párrafos que lo componen. La Corte Constitucional ha usado el criterio hermenéutico del efecto útil de la norma para determinar que “*debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias*”<sup>67</sup>. En lo que respecta al efecto útil general del artículo, es preciso notar que preferir la interpretación inapropiada y descontextualizada más arriba mencionada implica aceptar que el artículo 12 no amplía en nada el repertorio de herramientas que las normas jurídicas ya existentes le proveen a la UBPD. En consecuencia, se trataría de una norma inútil y sin valor agregado frente al artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 ya existente.

En forma similar, la interpretación garantista del artículo 12 es la única que permite darle un efecto útil a los diferentes incisos y párrafos que lo componen. Concretamente, dicha interpretación es la única que hace sentido con el segundo inciso del artículo 12 del DJ 589/2017. De conformidad con dicho inciso,

*“[c]uando se trate de información reservada, la UBPD, en todo caso, deberá garantizar, por escrito, la reserva de la misma, el traslado de la reserva legal de la información, suscribir actas de compromiso de reserva y observar las seguridades y niveles de clasificación consagradas en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, la Ley Estatutaria 1712 de 2014, sus Decretos Reglamentarios y otras normas relevantes, sin perjuicio de las acciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar por violación de la reserva legal.”*

En nuestro criterio, si la segunda parte del primer inciso del artículo 12 del DL 589/2017<sup>68</sup> se refiriera exclusivamente a la información pública sobre las violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH, no haría falta exigir que la UBPD guardara reserva sobre la información

<sup>66</sup> Véase [http://www.upn.gov.sk/data/pdf/553\\_2002\\_en.pdf](http://www.upn.gov.sk/data/pdf/553_2002_en.pdf)

<sup>67</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2004

<sup>68</sup> Según la cual: “*En cumplimiento de su mandato, la UBPD podrá requerir de las instituciones públicas la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna*”.



reservada a la que tuviera acceso. Lo anterior, en la medida en que de acuerdo con la regla de oro, la reserva o clasificación de la información relacionada con las violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH no es oponible a nadie, ni siquiera a la sociedad en general.

En el mismo sentido, la interpretación constitucional aquí reclamada también es consecuente con el parágrafo 3° del artículo 12 del DL 589 /2017 que establece claramente que

*“la información que goza de reserva legal podrá ser utilizada por la UBPD en cumplimiento de sus funciones, pero no podrá ser pública.”*

Nuevamente, este parágrafo reafirma que la información a la que va a tener acceso la UBPD es adicional a la relacionada con violaciones de Derechos Humanos y DIH, y en esa medida la inoponibilidad de su reserva o clasificación sólo es aplicable para esta institución. En contraste, la sociedad en general podrá tener acceso a la información relacionada con violaciones de Derechos Humanos y DIH, pero continúa sin acceso al resto de la información que esté cubierta por una reserva o clasificación.

En conclusión, debe quedar claro que:

- i. El primer inciso del artículo 17 del DL 589/2017 trae dos reglas de acceso a información diferentes. En primer lugar, incluye la “regla de oro” del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014. En segundo lugar, establece como regla de general la inoponibilidad de reservas y clasificaciones frente a la UBPD.
- ii. Mientras la “regla de oro” tiene un alcance más restringido (sólo frente a información relacionada con violaciones de DDHH Y DIH) y aplica tanto para la UBPD como para la sociedad en general, la segunda regla aplica exclusivamente para la UBPD, y la faculta para acceder a cualquier tipo de información que sea necesaria para el debido ejercicio de su mandato constitucional, sin que pueda oponérsele reserva o clasificación alguna. Ese entendimiento es el único constitucional, en la medida en que es el único que le permite a la UBPD cumplir con su mandato constitucional de garantía de los derechos a la verdad y, en última instancia, del derecho a la paz.
- iii. El mandato constitucional de la UBPD se encuentra en el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017. A partir de este artículo, el objetivo que le impone la constitución a la UBPD como mecanismo de justicia transicional es la coordinación e investigación de elementos que puedan ayudar a identificar la localización de las personas desaparecidas o de sus restos.
- iv. La conducta de desaparición forzada tiene un elemento esencial de ausencia de información sobre el paradero de la persona desaparecida. Por lo tanto, además de vulnerar los derechos a la integridad, libertad personal y la dignidad de las personas desaparecidas, viola el derecho a la verdad de sus familiares, quienes también son considerados víctimas directas en razón del trato cruel e inhumano que se genera por la incertidumbre sobre el paradero de quien desapareció.
- v. En el mismo sentido, se ha reconocido que, en casos de desaparición forzada, el acceso irrestricto a archivos e información en poder del Estado constituye una medida necesaria para garantizar el derecho a la verdad y su efectiva reparación, con el fin de conocer la localización de la persona desaparecida o, en caso de haber fallecido, entregar sus restos a los familiares.

- vi. En esta medida, para que la UBPD pueda cumplir con su mandato constitucional no solo es necesario que pueda acceder a los archivos e información relacionada con violaciones de derechos humanos, sino que es necesario que se establezca como regla general la inoponibilidad de toda reserva y clasificación de información, siguiendo el ejemplo de otros procesos de justicia transicional a nivel internacional.
- vii. La interpretación según la cual ninguna reserva y/o clasificación es oponible a la UBPD es la única que puede conservar el efecto útil del artículo 12 del DL 589/17. De adoptar una interpretación distinta, se estaría afirmando que este artículo no amplía las herramientas que las normas existentes le proveen a la UBPD y, por lo tanto, tal artículo sería inútil e innecesario dentro del sistema jurídico.

### 3.2.2 Expresiones que violan principios y reglas jurídicas fundamentales para el acceso a la información pública

Los artículos 12 y 14 del DL 589/2017 incluyen expresiones que violan principios y reglas jurídicas que son fundamentales para el debido ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública. Por un lado, las expresiones “*las reservas en materia de acceso a la información pública*”, “*especificando la imposibilidad de su reproducción en forma mecánica o virtual*” y “*pero no podrá ser pública*”, incluidas en el primer inciso, párrafo 2° y párrafo 3° del artículo 12, respectivamente, violan la **regla jurídica de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de DDHH e infracciones al DIH**, consagrada en el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014. Por ello, se solicita que se declare la constitucionalidad condicionada de dichas expresiones, en el entendido de que: i) la expresión “reservas” incluida en el primer inciso del artículo 12 incluye también “clasificaciones”; y que, ii) las prohibiciones de reproducción y publicidad que consagran las expresiones antes citadas de los párrafos 2° y 3° del artículo 12 no son aplicables cuando se trate de: i) información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH; ii) información reservada o clasificada que luego de ser conocida por la UBPD se considere relacionada con violaciones de Derechos Humanos o infracciones al DIH; o de iii) información cuya publicación es importante para la garantía del derecho a la verdad de las víctimas. Por otro lado, la expresión “*puediendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso*” del artículo 14 del DL 589/2017 viola tanto el **principio de reserva legal** que pesa sobre las reservas y clasificaciones de información, como el **principio de máxima divulgación** que debe regir al acceso a la información pública. Como consecuencia, debe ser declarada inconstitucional, o en subsidio, se debe declarar su constitucionalidad condicionada, en el entendido de que los pactos de confidencialidad o manejo restringido de información sólo podrán celebrarse frente a información que se encuentre protegida por una reserva o clasificación de orden legal o constitucional.

#### 3.2.2.1 La expresión “*las reservas en materia de acceso a la información pública*” incluida en el primer inciso del artículo 12 del DL 589/2017 viola el estándar de inaplicabilidad de las

## excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de DDHH e infracciones al DIH.

De conformidad con el artículo 12 del DL 589/2017,

*“Artículo 12. Acceso a información reservada. Conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, Ley 1712 de 2014, no son oponibles las reservas en materia de acceso a la información pública frente a las violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH. En cumplimiento de su mandato, la UBPD podrá requerir de las instituciones públicas la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna.*

*Cuando se trate de información reservada, la UBPD, en todo caso, deberá garantizar, por escrito, la reserva de la misma, el traslado de la reserva legal de la información, suscribir actas de compromiso de reserva y observar las seguridades y niveles de clasificación consagradas en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, la Ley Estatutaria 1712 de 2014, sus Decretos Reglamentarios y otras normas relevantes, sin perjuicio de las acciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar por violación de la reserva legal” (subraya fuera del texto).*

Como ya se mencionó, la primera parte del primer inciso del artículo 12 del DL 589/2017 antes citado reproduce el contenido de la regla de oro incluida en el tercer inciso del artículo 21 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, según la cual:

*“Artículo 21. (...) **Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican** en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones” (negrilla fuera del texto).*

Sin embargo, al utilizar la expresión “*las reservas en materia de acceso a la información pública*”, el artículo 12 restringe el alcance de dicha regla de oro, circunscribiéndola únicamente a las reservas de información. De esa forma, las clasificaciones de información, las cuales corresponden a la información exceptuada por daño a derechos de personas naturales o jurídicas (v.g. habeas data, intimidad, vida y seguridad personal, secretos industriales, comerciales y profesionales) quedan excluidas de esta disposición. Por esa razón, consideramos que en el presente caso existe una omisión legislativa relativa. De conformidad con la Corte Constitucional,

*“La demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, impone al actor demostrar lo siguiente: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma **excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado**, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes **carezca de un principio de razón suficiente**; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los*

*que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislado”.*

En el presente caso estamos ante el cumplimiento de los cinco elementos antes mencionados, toda vez que:

i) Existe una norma legal sobre la que se predica el cargo, siendo ésta el artículo 12 del DL 589/17

ii) A pesar de tener el mismo propósito del tercer inciso del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014, que hace referencia a todas las excepciones de acceso a la información pública incluidas en la Ley 1712 de 2014, a saber, clasificaciones (artículo 18) y reservas (artículo 19), el artículo 14 se refiere únicamente, a la información exceptuada por daño a los intereses públicos (v.g. la defensa y seguridad nacional, la relaciones internacionales, el debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales, la estabilidad macroeconómica y financiera del país;

iii) Esta exclusión de las clasificaciones de información no parece tener un principio de razón suficiente en el marco de la justicia transicional;

iv) La consecuencia práctica de esta omisión legislativa relativa es la inaplicabilidad de la regla de oro para el caso de las clasificaciones de información pública. En otras palabras, el hecho de que la primera parte del primer inciso del artículo 14 no haga referencia a las clasificaciones de información pública implica que dichas clasificaciones continuarían aplicando incluso en el caso de información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH. En esa medida, la UBPD estaría por ejemplo inhabilitada para acceder a información protegida por el secreto comercial o industrial o por el habeas data de los propios victimarios, incluso si la misma estuviese relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH. Del mismo modo, tampoco tendría la facultad de acceder a la información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH de la que hayan tenido conocimiento los médicos del Hospital Militar en ejercicio de sus funciones, pues la misma estaría cubierta por el secreto profesional; y,

v) Evidentemente, esto resulta contrario al derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia, y concretamente, al estándar de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de DDHH y DIH que como ya se dijo ha sido claramente establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>69</sup> y positivizado en el tercer inciso del artículo 21 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. Derecho y estándar, que por ser de rango constitucional que el legislador está en la obligación legal de proteger.

Al respecto, cabe destacar que de acuerdo con la Corte Constitucional, *“la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan*

---

<sup>69</sup> Véase por ejemplo Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario militar”) vs. Guatemala, Sentencia del 20 de noviembre de 2012.

*relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad”<sup>70</sup>. Entonces, siendo un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas contenidas en uno de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, los pronunciamientos de la Corte IDH hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato<sup>71</sup>. En el mismo sentido, las leyes estatutarias, como es el caso de la Ley 1712 de 2014, también constituyen un parámetro de control de constitucionalidad a ser tenido en cuenta por la Corte<sup>72</sup>.*

En consecuencia, al existir una omisión legislativa relativa, es necesario que se declare su **constitucionalidad condicionada**, en el entendido de que el término “reservas” se refiere a “excepciones de acceso a la información”, y que en esa medida, incluye tanto las reservas como las clasificaciones de información pública a las que hace referencia la Ley 1712 de 2014 en sus artículos 18 y 19.

**3222. Tanto la expresión “especificando la imposibilidad de su reproducción en forma mecánica o virtual” incluida en el párrafo 2° del artículo 12, como la expresión “pero no podrá ser pública” incluida en el párrafo 3° del artículo 12 del DL 589/2017 violan el estándar de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de DDHH e infracciones al DIH.**

De acuerdo con los párrafos 2° y 3° del artículo 12 del DL 589/2017,

*“Artículo 12. (...)*

***Parágrafo 2.** En tratándose de información contenida en documentos de inteligencia y contrainteligencia, previo a su acceso, deberá garantizarse por escrito su reserva*

---

<sup>70</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-442 de 2011.

<sup>71</sup> Frente al particular, cabe destacar que “*la Corte [Constitucional] ha establecido una importante distinción entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, al cual pertenecen los tratados internacionales ratificados por Colombia, y el bloque en sentido lato, compuesto por un conjunto más heterogéneo de normas y criterios auxiliares de interpretación, que sirven a esta Corporación para interpretar la naturaleza, el contenido, y el alcance de las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En esa medida, el bloque de constitucionalidad en sentido lato constituye un complemento que permite que el bloque en sentido estricto tenga un efecto útil dentro de nuestro ordenamiento constitucional*”. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.

<sup>72</sup> Al respecto, cabe destacar lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia C-238 de 2010, según la cual: “*La Corte Constitucional ha señalado que la revisión de constitucionalidad de asuntos sometidos a su competencia, no solo se realiza frente al texto formal de la Constitución Política y aquellas disposiciones que tengan rango constitucional según lo haya señalado la propia Constitución (bloque de constitucionalidad stricto sensu) sino que dicha revisión también es posible con base en normas que son parámetros válidos para analizar la constitucionalidad de disposiciones sometidas a su control (bloque de constitucionalidad lato sensu). En este orden de ideas, y acorde con la jurisprudencia constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad -sentido lato- los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Constitución, las leyes orgánicas y las leyes estatutarias en algunas ocasiones. Siendo así, los contenidos normativos referidos son parámetros de validez constitucional para confrontar normas de inferior jerarquía, y ante contradicción evidente entre estas y aquellas, la Corte debe optar por retirarlas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, su interpretación debe realizarse acorde y sistemáticamente con toda la Constitución con el propósito de que se realice una integración normativa constitucional que permita resguardar la integridad de la Carta*”. Corte Constitucional, Sentencia C-238 de 2010.

*legal, seguridad y protección de la información, especificando la imposibilidad de su reproducción en forma mecánica o virtual.*

**Parágrafo 3.** *La información que goza de reserva legal podrá ser utilizada por la UBPD en el cumplimiento de sus funciones, pero no podrá ser pública” (subraya fuera del texto).*

A partir de las expresiones subrayadas de esos dos párrafos, el Presidente de la República quiso dejar claro que si bien la UBPD puede acceder a la información que goza de reserva legal (dentro de la que se encuentra la información contenida en documentos de inteligencia y contrainteligencia), tiene la obligación de guardar dicha reserva, estando entonces imposibilitado para reproducirla en forma mecánica o virtual, y en todo caso, para hacerla pública.

Si bien estas disposiciones parecen coincidir con el propósito del segundo inciso del artículo 12 del DL 589/2017 más arriba mencionado, una interpretación literal de los párrafos en cuestión admite dos posibles entendimientos: uno que implicaría la prohibición de reproducir o hacer pública cualquier tipo de información cubierta por una excepción de acceso a la información pública; y otro que eximiría de dicha prohibición de reproducción y publicidad: i) a la información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH; ii) a la información reservada o clasificada que luego de ser conocida por la UBPD se considere relacionada con violaciones de Derechos Humanos o infracciones al DIH; y, iii) a la información cuya publicidad es importante para la garantía del derecho de las víctimas. En este último caso, sin embargo, la facultad de publicar dicha información estaría sujeta a la aplicación del test tripartido del que habla el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, para asegurar que en cada caso concreto la garantía del derecho a la verdad de las víctimas pesa más que los posibles daños que se pudiere causar al bien jurídico protegido con la reserva o clasificación.

En nuestro criterio, aunque *prima facie* ambas interpretaciones resultan plausibles, diversas consideraciones hermenéuticas conducen a pensar que la segunda alternativa es la única constitucionalmente viable. Desde una perspectiva sistemática, asumir la restricción absoluta de reproducción y publicidad de toda la información que goza de reserva legal contradeciría el contenido de la primera parte del primer inciso del artículo 12, que como ya se dijo, pretende reproducir el contenido de la regla de oro incluida en el tercer inciso del artículo 21 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. En esa medida, mientras la primera parte del primer inciso del artículo 12 sigue los estándares internacionales de apertura total frente a violaciones a Derechos Humanos e infracciones al DIH y hace inaplicables las excepciones de acceso a información pública en tratándose de información relacionada con estas violaciones, las expresiones *sub examine* mantendrían la aplicabilidad de esas reservas y clasificaciones frente a la sociedad en general.

Por otro lado, a partir de una perspectiva constitucional, preferir el primer entendimiento implicaría desconocer: i) el derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia; ii) los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas; y, iii) el estándar de inaplicabilidad de las excepciones de acceso a la información en casos de violaciones de Derechos Humanos y DIH, claramente establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH y positivizado en el tercer inciso del artículo 21 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. Esto último, en la medida en que haría nugatoria la más arriba denominada “regla de oro”, que permite a cualquier persona—y no únicamente a las instituciones que componen el

SIVJRN—tener acceso a la información relacionada con violaciones de DDHH y DIH, sin que sea posible oponérsele reserva o clasificación alguna. En esa medida, ante el evento de acceder a información reservada o clasificada que una vez estudiada se considerara relacionada con violaciones de DDHH o infracciones al DIH, la UBPD estaría imposibilitada para publicar esa información a la ciudadanía, incluso en el caso en que la misma pudiese contribuir a la garantía del derecho a la verdad.

En consecuencia, dado que una de las dos posibles interpretaciones de las expresiones *sub examine* es violatorio de la regla de oro que rige al derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 74 de la Constitución, las expresiones “*especificando la imposibilidad de su reproducción en forma mecánica o virtual*” y “*pero no podrá ser pública*” de los parágrafos 2° y 3° del artículo 12 del DL 589/2017 se solicita a la Corte declarar su **constitucionalidad condicionada**, en el entendido de que dichas prohibiciones de reproducción y publicidad no son aplicables cuando se trate de: i) información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH; ii) información reservada o clasificada que luego de ser conocida por la UBPD se considere relacionada con violaciones de Derechos Humanos o infracciones al DIH; o de iii) información cuya publicidad es importante para la garantía del derecho de las víctimas. En este último caso, sin embargo, la facultad de publicar dicha información estaría sujeta a la aplicación del test tripartido del que habla el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, para asegurar que en cada caso concreto la garantía del derecho a la verdad y la consecuente reparación de las víctimas pesa más que los posibles daños que se pudiese causar al bien jurídico protegido con la reserva o clasificación.

**3223. La expresión “*pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso*” del artículo 14 del DL 589/2017 viola el principio de reserva legal que pesa sobre las reservas y clasificaciones de información, como el principio de máxima divulgación que debe regir al acceso a la información pública**

De conformidad con el artículo 14 del DL 589/2017,

*“Artículo 14. Convenios y protocolos de acceso a información. La UBPD podrá suscribir contratos, convenios y/o protocolos de acceso a información con cualquier tipo de organización nacional o internacional de derecho público o privado, incluyendo organizaciones de víctimas y de derechos humanos, nacionales o extranjeras, pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso y para la protección de las personas mencionadas en ella.”*

*Parágrafo. Para el cumplimiento de sus funciones, la UBPD adoptará procedimientos para contrastar y verificar la calidad de la información que recolecte, incluyendo su confiabilidad, y para identificar la información falsa.”*

A partir de la expresión subrayada del artículo 14, el Presidente de la República pretendió establecer la facultad de la UBPD de pactar con los poseedores originales de la información entregada las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso. Evidentemente, estas disposiciones buscan facilitar el relacionamiento de la UBPD con las organizaciones públicas y privadas que contribuyan con información, y asegurar así el mayor

acceso a todo tipo de información. Sin embargo, es preciso recordar que de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución Política, “[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley” (negrilla fuera del texto). En el mismo sentido, el artículo 2º de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, establece que “[t]oda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado **es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley**” (negrilla fuera del texto).

En esa medida, una vez la información entre en posesión, bajo control o custodia de la UBPD, la misma se presumirá pública y de libre acceso, salvo que esté sujeta a una excepción de acceso a la información. Al respecto, y tal como bien lo establecen los artículos antes citados, el principio de reserva legal que pesa sobre las reservas y clasificaciones de información supone que el único instrumento jurídicamente válido para reserva o clasificar información pública es la ley o la Constitución. Por consiguiente, los pactos de confidencialidad o manejo restringido de información que puedan ser celebrados entre la UBPD por un lado, y las organizaciones pública y privadas, por el otro, no tienen el rango jerárquico adecuado para darle el carácter de reservada o clasificada a la información pública.

Bajo nuestro criterio, asumir lo contrario implicaría además desconocer el principio de máxima divulgación, que ha sido reconocido por la Corte IDH como un principio rector del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones contenido en el artículo 13 de la Convención Americana. Tal y como bien lo señala la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[e]l principio de máxima divulgación ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general **sometida a estrictas y limitadas excepciones**”<sup>73</sup> (negrilla fuera del texto).

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, previa a la expedición de la Ley 1712 de 2014, ya acogía el principio de máxima divulgación como principio rector del derecho de acceso a la información pública. Así, en la decisión T-1025 de 2007, la Corte sostuvo que “*en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones*”<sup>74</sup>. En este sentido, desde 2007 la Corte Constitucional reconoció que la regla general en materia de acceso a la información pública es la publicación proactiva de la misma y no su restricción. De la misma manera lo estableció en la sentencia C-491 de 2007, en la que sostuvo que las restricciones al acceso a la información solo son legítimas si se cumplen determinados requisitos. Esta jurisprudencia sobre el reconocimiento del principio de máxima divulgación fue recogida en el contenido de la Ley 1712 de 2014.

Entonces, siendo que la regla general debe ser el acceso a la información pública, y que las restricciones a dicho acceso deben estar fijadas por la ley o la Constitución, resulta inconstitucional pretender que por la simple voluntad de las partes (UBPD y organizaciones públicas o privadas) se pueda restringir el acceso a cualquier tipo de información que sea

---

<sup>73</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Disponible en Internet a través de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf> p. 3.

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2007.



entregada por las organizaciones o por la ciudadanía y que entre en posesión, bajo control o custodia de la UBDP.

Por esa razón, al ser violatoria de los principios de reserva legal y de máxima divulgación que rigen el derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política, la expresión “*pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso*” incluida en el artículo 14 del DL 589/2017 debe ser declarada **inconstitucional**. Subsidiariamente, y buscando proteger el principio del efecto útil de la norma, se debe declarar su **constitucionalidad condicionada**, en el entendido de que dichos pactos de confidencialidad o manejo restringido de información sólo podrán celebrarse frente a información que se encuentre protegida por una reserva o clasificación de orden legal o constitucional.

#### 4. SOLICITUDES

En mérito de lo expuesto, de manera respetuosa solicitamos a la Corte Constitucional proceder a:

1. Declarar la EXEQUIBILIDAD del Decreto Ley 589 de 2017 que organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas por cuanto cumple con los requisitos formales y materiales para la expedición de decretos ley por parte del Presidente de la República en desarrollo de las facultades contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2017.
2. Declarar la EXEQUIBILIDAD del Decreto Ley 589 de 2017 que organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas por cuanto no debe ser reglamentada por ley estatutaria porque la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas fue establecida a través del Acto Legislativo 01 de 2017.
3. Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión “*las reservas en materia de acceso a la información pública*” incluida en el primer inciso del artículo 12 del DL 589/2017, en el entendido de que el término “reservas” se refiere a “excepciones de acceso a la información”, y que en esa medida, incluye tanto las reservas como las clasificaciones de información pública a las que hace referencia la Ley 1712 de 2014 en sus artículos 18 y 19.
4. Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las expresiones “*especificando la imposibilidad de su reproducción en forma mecánica o virtual*” y “*pero no podrá ser pública*” incluidas en los parágrafos 2º y 3º del artículo 12 del DL 589/2017, en el entendido de que dichas prohibiciones de reproducción y publicidad no son aplicables cuando se trate de: i) información relacionada con violaciones de los Derechos Humanos o infracciones al DIH; ii) información reservada o clasificada que luego de ser conocida por la UBDP se considere relacionada con violaciones de Derechos Humando o infracciones al DIH; o de iii) información cuya publicada es importante para la garantía del derecho de las víctimas. En este último caso, sin embargo, la facultad de publicar dicha información estaría sujeta a la aplicación del test tripartido del que habla el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, para asegurar que en cada caso concreto la garantía del derecho a la verdad de las víctimas pesa más que los posibles daños que se pudiere causar al bien jurídico protegido con la reserva o clasificación.
5. Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “*pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso*” incluida en el artículo 14 del DL 589/2017 y en su parágrafo, por ser violatoria de los principios

de reserva legal y de máxima divulgación que rigen el derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política. Subsidiariamente, declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión “*pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso*” incluida en el artículo 14 del DL 589/2017, en el entendido de que dichos pactos de confidencialidad o manejo restringido de información sólo podrán celebrarse frente a información que se encuentre protegida por una reserva o clasificación de orden legal o constitucional.

## **Anexos**

Según lo anunciado, enviamos adjunto una copia del libro *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*.

Cordialmente,

César Rodríguez Garavito  
Director de Dejusticia

Rodrigo Uprimny Yepes  
Investigador de Dejusticia

Vivian Newman Pont  
Subdirectora de Dejusticia

Mauricio Albarracín Caballero  
Investigador de Dejusticia

María Paula Ángel Arango  
Investigadora de Dejusticia

Ana María Ramírez Mourraille  
Investigadora de Dejusticia

María Ximena Dávila  
Investigadora de Dejusticia

Maryluz Barragán  
Investigadora de Dejusticia

Ana Jimena Bautista  
Investigadora de Dejusticia

Gabriela Eslava Bejarano  
Investigadora de Dejusticia