Bogotá, 1 de junio de 2017

HH. Magistradas y Magistrados
Corte Constitucional
Atención: H.M. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Ref. Concepto con ocasión de la revisión automática de constitucionalidad 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"*
Expedientes: RDL-008

Honorables Magistrados y Magistradas

Nosotros, Gustavo Gallón Giraldo, Juan Carlos Ospina Rendón, María Cielo Linares, Yali Henry Sequeira y Juan Manuel Malagón Rubio respectivamente director, coordinador de incidencia nacional, abogada, investigador y pasante de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), identificados como aparece al pie de nuestras firmas, nos dirigimos a ustedes para rendir concepto en el examen de constitucionalidad que debe emprender la H. Corte sobre el 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*", en adelante decreto ley, de acuerdo con lo señalado en el artículo transitorio 70 de la Constitución Política (CP)[1], incorporado mediante el artículo 3 del acto legislativo 01 de 2017.

Agradeciendo de antemano la invitación extendida mediante oficio Nro. 1931 recibido el 17 de mayo de 2017, en el presente documento le presentaremos a la H. Corte Constitucional los argumentos por los que consideramos que el decreto ley debe ser declarado constitucional, pues i) fue expedido en uso de competencias extraordinarias asignadas por el Congreso de la Repúblico con el "*objeto [de] facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*", como lo exige el artículo transitorio 69 de la CP; ii) cuenta con contenidos conexos y coherentes con el mencionado acuerdo, en especial lo establecido en el punto 5.1.1.2.; iii) su expedición es indispensable para lograr el funcionamiento inmediato de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD), que hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), y iv) su contenido es concordante con los límites establecidos por la CP y el derecho internacional.

Para cumplir con el mencionado propósito, el presente concepto se dividirá en cinco partes. En la primera llamaremos la atención de la H. Corte Constitucional sobre el examen de constitucionalidad automático que consideramos debe adelantar la H. Corte en atención a la competencia extraordinaria asignada al Presidente de la República, y la comprensión de los juicios de conexidad, finalidad y estricta necesidad para el control de los decretos ley expedidos para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final). En la segunda, nos referiremos a la importancia de la UBPD no sólo en un contexto de transición, sino como mecanismo urgente y necesario para cumplir con obligaciones internacionales sobre la garantía del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, analizando también la creación constitucional de la UBPD en el Congreso de la República, y el proceso de participación de la ciudadanía y las organizaciones de derechos humanos (DDHH) en la creación de la Unidad, así como en la elaboración del proyecto normativo objeto de control de constitucionalidad.

---

1 Se hará referencia al artículo transitorio 70 pues está sería la numeración que le correspondería al artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016 en un ejercicio de compilación e integración del texto constitucional.

En tercer lugar, haremos mención al carácter humanitario, extrajudicial de la UBPD así como a la necesaria autonomía de la misma para cumplir con sus objetivos. En cuarto lugar, nos centramos en la regulación de acceso a la información y a lugares como elementos indispensables para la concreción del mandato de la UBPD. Finalmente, nos referiremos a la moderación que consideramos debe realizar la H. Corte Constitucional frente a algunas expresiones y aspectos incorporadas en las disposiciones del decreto ley.

Antes de empezar, quisiéramos referirnos a la importancia de la norma objeto de revisión constitucional para el proceso de implementación del Acuerdo Final.

El constitucionalismo colombiano guarda una llamativa paradoja: es uno de los pocos ordenamientos jurídicos que reconoce la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, no obstante, el país lleve más de 5 décadas de conflicto armado y continúe la violencia sociopolítica. Sin embargo, es precisamente esta la razón que le da sentido al hecho de que el ordenamiento jurídico colombiano se encuentre constituido en torno a la finalidad concreta de perseguir la paz. Para ello la CP le ha otorgado tres dimensiones diferentes. En primer lugar, la reconoce como un valor esencial de la sociedad y el fundamento del Estado y las instituciones públicas (Preámbulo). En segundo lugar, la concibió como el fin esencial que debe direccionar las actuaciones de las autoridades públicas y que, como principio, debe irradiar el ordenamiento jurídico (artículo 2º). Y, en tercer lugar, la comprendió como un derecho constitucional que delimita las acciones tanto de los particulares como de las autoridades constituidas (artículo 22)[2].

Asimismo, la búsqueda de la paz también tiene como fuente diferentes instrumentos del derecho internacional. De conformidad con el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros -todos ellos suscritos por el Estado colombiano–, se reconoce que el propósito fundamental de los Estados es la búsqueda de la convivencia pacífica entre ellos y en su interior. A su vez, la Asamblea General, desde 1984, con la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz (39/11), hasta el año 2016 con la Declaración sobre el Derecho a la Paz (71/189)[3] ha venido reiterando la necesidad de orientar la política de los Estados hacia la eliminación de la amenaza de guerra para así lograr la consagración de dicho derecho. De manera que la paz, como valor esencial del Estado colombiano, no solo legitima el ordenamiento político, social y económico interno, sino que además fundamenta su rol como sujeto del derecho internacional, en tanto las naciones se reconocen como tales a través de este mismo propósito colectivo.

La paz también tiene un papel fundamental en el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Si bien este cuerpo normativo es reconocido por su pretensión de humanizar las situaciones del conflicto armado, lo cierto es que tal objetivo, por lo menos en nuestro ordenamiento constitucional, es una proyección del derecho a la paz en la medida en que *"[…] las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II"*[4].

Por lo tanto, al ser la paz un valor, un fin, un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento que no sólo sustenta el ordenamiento constitucional colombiano, sino que además es el origen y fin de las naciones que se reúnen alrededor de los principales instrumentos del derecho internacional, es necesario afirmar que el móvil último de las

---

[2]Corte Constitucional, sentencia C-048 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
[3] Colombia fue uno de los 131 en votar a favor en la Asamblea General. Ver doc. A/71/PV.65
[4]Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

fuerzas del orden constitucional no puede ser otro que asegurar las condiciones para una auténtica convivencia pacífica[5].

De acuerdo con lo anterior, la paz es un objetivo constitucionalmente imperioso y su consecución por medio del diálogo es la alternativa mejor ponderada por la CP, por lo tanto, la celebración de procesos de paz se encuentra plenamente justificada en el ordenamiento constitucional. Sin embargo, la consagración de dicho derecho no es ajeno a las obligaciones del Estado de respetar y cumplir con los estándares y obligaciones internacionales en materia de DDHH y DIH tanto convencional como consuetudinario.

Luego de adelantar un proceso de negociación de más de tres años, en el Acuerdo Final el Gobierno nacional y las Farc-EP incorporaron todos los elementos que consideraron indispensables para dar por terminado el conflicto armado existente desde hace algunas décadas. Entre las medidas que se consideraron prioritarias en la implementación normativa (Punto 6.1.9), se encuentra en el literal f la expedición de las normas de organización de la UBPD, las cuales deben ser concordantes con los apartes del Acuerdo Final que establecen disposiciones para su funcionamiento como el punto 5.1.1.2.

Para el momento en que nos encontramos, teniendo un avance sin precedentes, es necesario que la sociedad y sus representantes, así como las autoridades judiciales, adelanten todas las actuaciones necesarias para soportar la etapa denominada implementación, verificación y solución de controversias, *Peacebuilding,* consolidación para la construcción de paz o de implementación y verificación del Acuerdo Final, y en consecuencia, deben velar porque el contenido del Acuerdo Final y las normas que lo implementan cuenten con las condiciones de estabilidad y seguridad jurídica necesarias para su cumplimiento, previo acatamiento de los límites constitucionales y del derecho internacional sobre la materia.

1. Control automático y único de constitucionalidad de las normas expedidas en el marco de las facultades presidenciales para la implementación normativa del Acuerdo Final

En este apartado haremos referencia al examen de constitucionalidad automático que consideramos debe adelantar la H. Corte en atención a la competencia extraordinaria asignada al Presidente de la República, y la comprensión del juicio de competencia con los criterios de conexidad y finalidad que ha utilizado la H. Corte en el control de los decretos ley expedidos para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, así como nuestra posición acerca de la relevancia de moderar la interpretación del criterio de estricta necesidad utilizado por la corte en estos casos, reiterando algunas consideraciones que hemos expuesto previamente[6].

1.1. Antecedentes del control constitucional de decretos ley

El examen de revisión constitucional de las normas expedidas en el marco de las facultades extraordinarias presidenciales debe verificar el cumplimiento de la CP, así como la conexidad y coherencia con el Acuerdo Final.

El Congreso de la República, a través de la incorporación del artículo 69 transitorio a la CP, asignó al Presidente de la República de facultades extraordinarias con el propósito de facilitar, agilizar, asegurar y garantizar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final. Dicho reconocimiento de facultades, dada su propia incorporación transitoria, es **excepcional**, y no significa una prohibición para utilizar facultades y procedimientos *ordinarios* que tiene el presidente para la implementación de buena fe de los

---

[5] Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
[6] Ver conceptos presentados ante esta H.C. frente a los procesos de revisión constitucional de la ley 1820 de 2016 y el Decreto Ley 588 de 2017.

Acuerdos a los que llegó en atención de las facultades asignadas en la constitución y en la ley 418 de 1997 para tal efecto.

Según la CP el Presidente de la República puede expedir con efectos de ley de manera extraordinaria en dos situaciones: i) en estados de excepción y ii) en uso de facultades otorgadas por el Congreso de la República. En el primer caso, a diferencia del segundo, el uso de la competencia no está delimitado materialmente por el Congreso de la República, es decir, no media autorización del poder legislativo.

Para poder establecer cuáles deben ser los criterios de análisis de las normas emitidas en virtud de las facultades extraordinarias incorporadas en el artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016, es importante tener en cuenta los criterios utilizados por esta H. Corte para estudiar la exequibilidad de normas expedidas en uso de facultades excepcionales por parte del Presidente de la República.

En el primer caso señalado, la Corte analiza la competencia[7], es decir, si se cumplieron las condiciones fijadas para el uso de las facultades extraordinarias en estados de excepción, entendiendo entre tales condiciones la conexidad entre las causas que permiten el uso de facultades excepcionales y las medidas adoptadas.

Para tal efecto, la Corte ha adoptado diversas denominaciones sobre los criterios a tener en cuenta en los juicios a adelantar[8], tales como: conexidad material general[9], conexidad material directa y específica[10], conexidad interna y externa[11]; y adicionalmente, ha tenido en cuenta otros criterios como la finalidad[12], motivación suficiente[13], necesidad[14], incompatibilidad[15], proporcionalidad[16], ausencia de arbitrariedad[17], intangibilidad[18], transitoriedad[19] y contradicción específica[20].

En relación con este aspecto la Corte C. ha considerado que

> *"[…] Corte al revisar la exequibilidad de una norma no hace juicios de naturaleza diferente a los anteriormente mencionados. Así, por ejemplo, no examina la eficacia práctica de las medidas adoptadas ni las rechaza porque le parezcan irrazonables. El*

---

[7] Corte Constitucional, sentencia C-145 de 2009, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.
[8]Ver, inter alia: Corte Constitucional, sentencias: C-149 de 2003, M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-751 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y C-272 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.
[9]De acuerdo con el artículo 213 de la C.P, se analiza que las medidas adoptadas se refieren a la materia que fueron causa que justifica la declaratoria de estados de excepción.
[10]Se analiza que las disposiciones expedidas tengan correspondencia inmediata y concreta con la causa que genera el uso de las facultades extraordinarias.
[11]Las disposiciones adoptadas tienen relación con las causas que generaron la declaración del estado de excepción y su finalidad (interna) o existe relación entre las causas y la materia regulada (externa).
[12]Se verifica que las medidas adoptadas estén directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.
[13]Se constata que el gobierno haya expresado razones suficientes para adoptar las medidas.
[14]Las medidas adoptadas son necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria de estado de excepción. Comprende la relación entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo, se revisa si el presidente incurrió en un error de apreciación acerca de la necesidad de la medida analizando la necesidad fáctica y la necesidad jurídica o subsidiariedad.
[15]Que el gobierno haya expresado las razones por las que las normas ordinarias suspendidas son incompatibles con el estado de excepción.
[16]Mediante el cual se analiza si las medidas adoptadas en uso de las facultades son excesivas teniendo en cuenta la relación de costos en términos de limitaciones de intereses constitucionales y gravedad de los hechos que espera atender, y que no exista una restricción innecesaria de derechos.
[17]Consiste en establecer si las medidas adoptadas desconocen algunas de las prohibiciones establecidas por la C.P. para el ejercicio de las facultades excepcionales
[18]Se verifica que las medidas adoptadas respetan el núcleo esencial de los derechos reconocidos en la C.P.
[19]Se determina si las medidas adoptadas son transitorias y surten efectos durante el estado de excepción, tanto en su contenido material como en su vigencia.
[20]Se revisa si el presidente de la República respetó los demás límites establecidos por la C.P.

control constitucional de la Corte es jurídico y se construye sobre un método objetivo, fundado en normas expresas reconstruible racionalmente y que sirve de pauta para el ejercicio de atribuciones excepcionales según los parámetros de un Estado constitucional, democrático y social de Derecho"[21].

Adicionalmente, el abordaje efectuado por la Corte Constitucional en el caso de decretos legislativos y con fuerza de ley expedidos por el Presidente en estados de excepción, según el capítulo 6 del título VII de la CP, determina que el análisis a efectuar debe tener en cuenta el cumplimiento de i) la Constitución; ii) las leyes estatutarias; iii) los parámetros constitucionales e internacionales plasmados en los tratados de DDHH ratificados por Colombia; y iv) el DIH y el derecho internacional de los DDHH incorporado en el bloque de constitucionalidad[22]. En síntesis, deben respetarse tanto las limitaciones constitucionales, como las legales y las internacionales.

En el segundo caso, ante el uso de las facultades extraordinarias aprobadas por el Congreso al Presidente para que dicte decretos con fuerza de ley (según el numeral 10 del artículo 150 de la C.P.), la Corte ha señalado que el mismo tiene límites temporales y materiales[23]. Los temporales[24] están en función del período de tiempo para el que se conceden las facultades (máximo 6 meses) y los materiales se refieren a que las disposiciones adoptadas solo pueden versar sobre los asuntos estrictamente señalados en la ley con claridad, certeza, especificidad y determinación. Es decir, el Presidente solo puede cumplir con la facultad legislativa asignada dentro de los límites o parámetros fijados en el acto de delegación debiendo restringir la actividad normativa estrictamente a las materias allí descritas. En esa medida, ha dicho la Corte que:

"*[…] al Congreso le asiste la obligación ineludible de establecer en forma clara, cierta, específica y determinable el campo normativo sobre el cual debe actuar el Presidente de la República. Y al Gobierno, la obligación de ejercer la facultad legislativa transitoria dentro de los límites o parámetros fijados en el acto condición que otorga la delegación, debiendo restringir la actividad normativa estrictamente a las materias allí descritas*"[25].

El artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 fijó un límite temporal y la materia sobre la cual el Presidente de la República podrá hacer uso de las facultades extraordinarias y esta es la de "***facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera***". Dicha delimitación cumple con el requisito de precisión señalado en el numeral 10 del artículo 150 en la medida en que se establece la materia precisa objeto de las facultades asignadas, así cuente con cierto grado de amplitud, pues la Corte ha señalado que "*el hecho de que la materia sobre la cual se otorgan las atribuciones sea amplia y haya sido adscrita a través de una formulación general y no detallada o taxativa**, no permite afirmar que las facultades carezcan de precisión***"[26]. Adicionalmente la Corte ha señalado en diversos pronunciamientos[27] que

---

[21] Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
[22] Corte Constitucional, sentencias: C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-149 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[23] Corte Constitucional, sentencia C-261 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[24] La Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, señala que "*En particular sólo se pueden otorgar cuando la necesidad lo exija o existan razones de conveniencia pública que lo aconsejen. La Constitución también establece un límite temporal a las facultades extraordinarias, y establece que pueden otorgarse por un término máximo de seis meses*".
[25] Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
[26] Corte Constitucional, sentencia C-074 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón (negrita fuera del original).
[27] Corte Constitucional, sentencias: C-119 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-050 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-032 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-503 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y C-895 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández (negrita fuera del original).

> "[…] *la precisión exigida por el numeral 10 del artículo 150 Superior ha de ser la indispensable para determinar, de un modo claro, la materia que es objeto de autorización extraordinaria, pero sin que ello signifique que en la misma ley de delegación legislativa se predeterminen los aspectos o preceptos que constituyen el encargo otorgado al Presidente de la República.* ***Una interpretación diferente del aludido mandato superior haría en verdad inútil el otorgamiento de las facultades extraordinarias para legislar sobre determinados asuntos***"[28].

De acuerdo con lo anterior, la definición de las facultades atribuidas al Presidente de la República como circunscritas a la implementación normativa del Acuerdo Final celebrado entre el Gobierno y las Farc es suficiente para delimitar su acción, y su uso debe ser razonable para responder de manera directa y coherente al contenido del Acuerdo, sin que se pueda abusar de la facultad concedida.

Así las cosas, los criterios que la Corte Constitucional ha utilizado en el control de constitucionalidad de las normas emitidas en virtud de un estado de excepción son distintos de los criterios aplicables con ocasión de la facultad otorgada por el Congreso en virtud del numeral 10 del artículo 150 de la CP. Estos últimos, en nuestro concepto, son los que debe considerar la Corte en el caso de las facultades extraordinarias que por medio del acto legislativo 01 de 2016 se concedieron al Presidente de la República.

De acuerdo con lo expuesto, la delimitación de las facultades extraordinarias otorgadas al Congreso de la República y al Presidente de la República para la implementación normativa del Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las Farc-EP es suficiente para precisar el marco de su acción. Igualmente, el control también debe garantizar que las normas y su uso deben ser razonables y deben responder **de manera directa y coherente al contenido del Acuerdo**.

Esto mismo fue determinado por la H. Corte en la sentencia C-699 de 2016, mediante la cual se declararon exequibles los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, sentencia en la cual se advirtió que:

> *" […] el procedimiento de reforma constitucional, del cual forma parte la disposición acusada, no solo es especial ya que su objeto es la transición hacia la terminación del conflicto, sino además excepcional (solo para implementar el acuerdo) y transitorio (solo por 6 meses, prorrogable por un periodo igual). Esto significa que subsisten los mecanismos permanentes de enmienda constitucional, los cuales no son entonces ni suspendidos ni derogados. Además,* **implica que el procedimiento solo puede usarse para desarrollar el acuerdo final, y no para introducir reformas desprovistas de conexidad con este último.** *Finalmente, quiere decir que una vez se agote el término de aplicabilidad del mecanismo especial, las reformas introducidas por este conducto pueden ser a su vez modificadas o derogadas según los procedimientos permanentes de enmienda.*
>
> *[…]*
>
> *La jurisprudencia constitucional ha señalado, en primer lugar, que el poder de reforma constitucional le puede asignar facultades legislativas extraordinarias directamente al Presidente de la República (C-970 de 2004). En segundo lugar, el legislador puede conferirle al Presidente estas facultades por un tiempo y para regular asuntos precisos, dentro de ciertos límites. Lo que hace el Acto Legislativo bajo examen es precisamente eso mismo, pues le confiere directamente facultades extraordinarias al Presidente de la República*, **pero solo para facilitar y asegurar la implementación del acuerdo final**, *por un periodo determinado, no se le conceden competencias para expedir*

---

[28]Corte Constitucional, sentencia C-691 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

códigos, leyes estatutarias, orgánicas, actos legislativos o que requieran mayoría absoluta, y cualquier decreto ley expedido en tal virtud tiene control constitucional." (negrita fuera del original).

1.2. Control sobre la competencia en la expedición de las normas expedidas en el marco de las facultades presidenciales para la implementación normativa del Acuerdo Final

Como se pudo observar, la Corte Constitucional realiza controles de constitucionalidad distintos en el caso de las normas emitidas en virtud de un Estado de Excepción y las emitidas con ocasión de la facultad otorgada por el Congreso por virtud del numeral 10 del artículo 150 de la CP, siendo el segundo caso, en nuestro concepto, más próximo al efectuar en el caso de las facultades extraordinarias que por medio del acto legislativo 01 de 2016 se concedieron al Presidente de la República. En este sentido, es importante anotar que la Corte ha efectuado control constitucional de normas expedidas en uso de facultades asignadas por el legislador a través de actos legislativos y no ha tenido en cuenta el criterio de estricta necesidad para limitar en esa medida el uso de la facultad asignada, como busca con ello en el caso de decretos expedidos en Estados de Excepción, donde sin duda la Corte debe estar alerta para que el Presidente no se abuse del poder. Dichos controles, entre otros, han sido efectuados mediante las sentencias C-523 de 2005, C-672 de 2005, C-1081 de 2005 y C-1154 de 2008, y en ninguno de los pronunciamientos se ha hecho referencia al criterio de estricta necesidad pues la materia para el uso de la competencia asignada ha sido clara y es en los límites materiales y temporales de la facultad donde ha residido el análisis de la Corte.

En esa medida, el uso de las facultades conferidas en el artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016, es decir, la competencia para implementar y desarrollar normativamente el Acuerdo Final, la cual se inscribe en un contexto de transición hacia la terminación del conflicto armado y la consecución de la paz, puede ser analizado por la H. Corte en un juicio de competencia con los criterios de conexidad y finalidad, concordantes con los fijados por la Corte en las sentencias y los comunicados de prensa expedidos en la revisión de decretos ley para la implementación del acuerdo final, así: i) conexidad: A través de este criterio se debe validar que el contenido de las disposiciones objeto de control constitucional guarden una relación directa de conexidad con elementos literales del Acuerdo Final. En esa medida, el contenido de las disposiciones incorporadas al ordenamiento jurídico debe garantizar la implementación y el desarrollo efectivo de los elementos específicos del Acuerdo Final; ii) Criterio de coherencia: Por medio de este criterio se debe verificar que las disposiciones objeto de revisión constitucional sean coherentes con los elementos esenciales y propósitos del Acuerdo Final. Así las cosas, las disposiciones normativas deben inscribirse en un contexto de transición hacia la terminación del conflicto armado y la consecución de la paz, la protección de los DDHH, la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado y la reincorporación de los alzados en armas, entre otros.

Ahora bien, aunque la limitación al ejercicio de la competencia no debería girar en torno a la justificación de estricta necesidad en la expedición de la norma pues en un escenario de transición y de implementación de un Acuerdo de Paz todas las disposiciones deben responder al cumplimiento de los compromisos pactados y su límite será entonces la ley, la constitución y el derecho internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, permitiendo de esta forma impedir el abuso del poder, atendiendo a que la Corte Constitucional ha utilizado el criterio de estricta necesidad para declarar la inconstitucionalidad de dos decretos leyes expedido en uso de las competencias asignadas en el artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016, a continuación nos referiremos al cumplimiento de dicho criterio en el caso concreto.

Mediante las sentencias C-149 de 2003[29], C-145 de 2009[30], C-272 de 2011[31] y C-751 de 2015[32] la Corte Constitucional se ha referido al denominado juicio de necesidad el cual "*consiste en*

[29] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

comprobar que las medidas adoptadas son necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción" y para tal efecto adelanta un juicio de necesidad fáctica orientado a valorar si las medidas adoptadas permiten el restablecimiento del orden perturbado o impiden sus efectos y un juicio de necesidad jurídica, o subsidiariedad, a través del cual se revisa si las normas ordinarias existentes pueden enfrentar la situación excepcional.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 2017[33] señaló lo siguiente:

> *"El límite que se deriva del principio de separación de poderes y la vigencia del modelo constitucional democrático es el de necesidad estricta. Como se ha explicado a lo largo de esta sentencia, el carácter limitado de la habilitación legislativa extraordinaria se explica en el origen derivado que tienen las facultades de producción normativa del Presidente.* ***Esta naturaleza se fundamenta, a su vez, en el déficit de deliberación y de representatividad de las minorías políticas que es connatural a la adopción de los decretos con fuerza de ley, pero que se compensa en el debate en el Congreso al conceder la autorización legislativa al Presidente, con precisión y claridad.***
>
> *[…]*
>
> *Esta condición de excepcionalidad exige entonces al Gobierno demostrar que el trámite legislativo ordinario, así como el procedimiento legislativo especial de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016,* ***no eran idóneos para regular la materia objeto del decreto****. Por ende, el requisito de necesidad estricta exige que la regulación adoptada a través de la habilitación legislativa extraordinaria* ***tenga carácter urgente e imperioso, de manera tal que no sea objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos que tiene el Congreso, bien sea ordinarios y especiales.***
>
> *Dichos canales, como se ha señalado, tienen carácter principal y preferente para la producción legislativa, de manera tal que* ***la expedición de los decretos leyes debe partir de la demostración acerca de la imposibilidad objetiva, en razón a la falta de idoneidad del procedimiento legislativo ante el Congreso****.*
>
> *Por esta misma razón,* ***tampoco resultará válida desde la perspectiva constitucional, la utilización de la habilitación legislativa extraordinaria para la regulación de asuntos que, por su naturaleza, requieren la mayor discusión democrática posible y que, por la misma razón, están sometidos a reserva estricta de ley****. […]"*
>
> *En ese sentido, el ámbito de validez de los decretos dictados conforme al artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 es el de servir de medios para la implementación del Acuerdo,* ***respecto de aquellos asuntos eminentemente instrumentales y que, por lo mismo, no están supeditados a la comprobación de un grado de deliberación democrática suficiente.*** *Por el contrario,* ***cuando se trate de materias propias del Acuerdo que han sido consideradas como de reserva estricta de ley y, por esa razón, requieren de dicho grado de deliberación, entonces deberá hacerse uso del trámite legislativo****, bien sea ordinario o especial.*
> *93. Ahora bien, la acreditación por parte del Gobierno del requisito de necesidad estricta, no se suple simplemente con exponer criterios de conveniencia política o eficiencia en la expedición normativa, sino que* ***exigen un estándar mayor,***

---

[30] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[31] M.P. María Victoria Calle Correa.
[32] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub..
[33] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

consistente en la demostración acerca de la ausencia de idoneidad del mecanismo legislativo ordinario u especial, en virtud de las condiciones de urgencia antes mencionadas*. En otras palabras, lo que le corresponde al Ejecutivo es establecer, dentro de los considerandos de los decretos extraordinarios, cómo el uso de la habilitación legislativa especial es imperioso para regular la materia específica de que trata el decreto respectivo.* ***De no demostrarse ese grado de necesidad, se estaría ante un abuso en el ejercicio de la habilitación legislativa extraordinaria, puesto que se actuaría en abierto desmedro del carácter general y preferente de la cláusula de competencia legislativa a favor del Congreso****.*" (Subraya fuera del texto original)

En relación con lo anterior, a continuación presentaremos a la H. Corte los argumentos por los que consideramos que el Decreto Ley 589 de 2017 cumple con cada una de las exigencias previstas en la mencionada sentencia.

Finalmente, es menester mencionar el Acto Legislativo 02 de 2017 por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, y dice:

> *"Artículo 1.* ***En desarrollo del derecho a la paz****, los contenidos del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de Derecho Internacional Humanitario o Derechos Fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del acuerdo final.*
>
> ***Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final.*** *En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del acuerdo final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del acuerdo final."*

i) <u>"ausencia de idoneidad del mecanismo legislativo ordinario u especial"</u>

Tal y como ha sido expuesto, el Congreso de la República a través del procedimiento legislativo especial creó la UBPD, le asignó las características esenciales y le fijó su objetivo debiendo ser atendidos a través de las normas reglamentarias.

En este caso, el Decreto Ley 589 de 2017 organiza el funcionamiento de la UBPD creada por el Congreso de la República bajo los estrictos términos autorizados por este a saber: "*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. La ley establecerá las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial. En todo caso, las actividades de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado no podrán sustituir ni impedir las investigaciones carácter judicial a que haya lugar en cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado".*

Lo primero que debe señalarse que es la comprensión de la expresión "ley" en los términos señalados por la Corte Constitucional no responde en estricto sentido a aquella expedida por el Congreso de la República sino en general a las normas que tengan efectos de ley, como ocurre con los Decretos Ley expedidos por el Presidente de la República, lo que quiere decir que el efecto de la norma expedida debe ser consistente con el límite fijado por el legislador, correspondiendo en este caso a una ley ordinaria al i) no establecerse un tipo especial de ley para su reglamentación y ii) responder su contenido a asuntos que no son objeto de otro tipo de leyes. En este caso, el artículo 2 del acto legislativo 1 de 2016 señala que la facultad

concedida al Presidente es para expedir "decretos con fuerza de ley" y en esa medida se cumple de manera específica el requisito establecido en el mencionado artículo.

En esa medida, el contenido del Decreto Ley 589 de 2017 no modifica disposiciones que correspondan a actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, o decretar impuestos; de forma que se respetan los estrictos límites establecidos por el Congreso de la República en el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, y desarrolla disposiciones normativas expedidas previamente por el legislativo.

Por último, consideramos relevante señalar que resulta subjetivo determinar cuándo un procedimiento legislativo no es idóneo para la expedición de una ley pues es de suyo que el Congreso de la República es la institución que cuenta con la función esencial de expedir las leyes. No obstante, esta comprensión limitada en relación con la idoneidad haría inaplicable el uso de facultades extraordinarias pues siempre la expedición de la norma con fuerza de ley podría ser adelantada y aprobada por el Congreso de la República, incluso aquellas instrumentales o de procedimiento.

No obstante, en este caso debemos tener en cuenta lo siguiente:

I. De acuerdo con el artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016 el límite material de la competencia asignada al presidente es facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo de acuerdo final, es decir, el mencionado acuerdo es el parámetro para el ejercicio de la competencia.
2. El numeral 5.1.1.2. del Acuerdo Final contiene en detalle las condiciones para la conformación y organización de la UBPD.
3. El literal f del Punto 6.1.9 del Acuerdo Final señala como prioridad en la implementación normativa del Acuerdo Final la expedición de la norma de organización de la UBPD.
4. El contenido del Decreto Ley corresponde a disposiciones que pueden ser objeto de regulación mediante una ley ordinaria, es decir, de aquellas que el Presidente de la República puede regular en haciendo uso de las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016, sin que con ello se anule, límite o se considere inidóneo el procedimiento legislativo en el Congreso de la República, y por el contrario se trate de cumplir el mandato de este concedido al otorgar la mencionadas facultades, así como los contenidos de los numerales 5.1.1.2 y 6.1.9 del Acuerdo Final.

ii) <u>"el uso de la habilitación legislativa especial es imperioso para regular la materia específica de que trata el decreto respectivo"</u>

Como se señaló en el numeral anterior, el uso de las facultades extraordinarias es imperioso en la medida que la regulación que debería adoptarse para organizar la UBPD debía tener permitir la garantía de los derechos de las víctimas y sus familiares, teniendo efectos de ley ordinaria.

Es relevante señalar que la asignación de facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley ordinaria es consecuencia directa de las facultades concedidas en la constitución y la ley para que llevara a cabo procesos de negociación y suscribiera un Acuerdo de Paz y, en esa medida, hiciera efectivo el principio de "*pacta sunt servanda*" como elemento fundante de las relaciones en el derecho internacional y que en este caso por analogía aplicable dada la necesidad de cumplir lo pactado en el Acuerdo Final con el propósito de terminar el conflicto armado interno que lleva más de seis décadas y que ha afectado a una gran parte del país.

Adicionalmente, como se verá en detalle en el punto siguiente, en atención al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en la garantía de los derechos de las víctimas de desaparición, se considera indispensable adoptar todas las medidas que se consideren

relevantes para su protección, en especial de aquellos que no conocen el paradero de sus familiares, y para garantizar el derecho a la verdad.

iii) "el ámbito de validez de los decretos dictados conforme al artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 es el de servir de medios para la implementación del Acuerdo, respecto de aquellos asuntos eminentemente instrumentales y que, por lo mismo, no están supeditados a la comprobación de un grado de deliberación democrática suficiente"

El Decreto Ley 589 de 2017 contiene disposiciones para la organización de la UBPD que no podrían considerarse como instrumentales, aunque tampoco de aquellas que requerirían un mayor grado de deliberación democrática, en la medida que sus efectos están dirigidos de manera específica a dar viabilidad a la búsqueda, localización, recuperación identificación y entrega digna de las víctimas de desaparición, por lo que responde a los límites constitucionales incorporados por el legislador en el artículo 2 del acto legislativo 01 de 2016. Lo anterior no quiere decir de manera general que la disposición adoptada mediante el decreto ley 589 no puedan ser expedida bajo un grado de deliberación democrática en el Congreso de la República, pero la definición de tal grado no tiene actualmente un método de análisis por lo que sería impreciso hacer referencia a ello.

Así las cosas, la exigencia de probar que una norma expedida como decreto ley no pueda ser aprobada por el Congreso de la República, desborda el sentido de las facultades asignadas en la medida que el Congreso goza de una clausula general de competencia en dicho asunto.

Como varios especialistas han manifestado, la firma de un acuerdo de paz, más allá de implicar el final del diálogo, da inicio a una etapa aún más compleja que la anterior: implementar lo acordado. En este sentido, es en esta fase donde confluyen un sinfín de complicaciones que han llevado al fracaso de varios procesos, y el consiguiente recrudecimiento de la violencia. En este sentido, sólo la implementación ágil e integral de los términos de un acuerdo **reduce netamente** la probabilidad de recurrencia del conflicto armado[34]. A su vez, como mismo lo ha dicho esta H. Corte en la sentencia C-699 de 2016[35], la celeridad en la implementación se fundamenta ya que

> *"otras experiencias comparadas han demostrado la necesidad de una implementación oportuna que no ponga en riesgo lo acordado. Desde la ponencia para primer debate en Senado se menciona por ejemplo el caso de Angola, donde hubo dos procesos de paz: "el primero fracasó debido a que los acuerdos no se implementaron de manera efectiva; en el primer año solo se logró implementar el 1,85% de lo acordado y para el quinto año solo se había avanzado en el 53.7%. Sin embargo, en el segundo proceso de paz que por el contrario sí fue exitoso, durante el primer año se logró implementar el 68.42% de los acuerdos". Pero también se refiere a experiencias ocurridas en India, Bosnia, El Salvador e Irlanda del Norte".*

A su vez, frente al grado de deliberación requerido, es importante notar que el mismo es sumamete impreciso y por consiguiente de imposible medición. Sin embargo, *la idea que los ciudadanos sólo actúan cuando se trata de elegir a los gobernantes [...] se percibe como insuficiente para hacer frente a las complejidades de la vida moderna; cada vez con más fuerza se plantea la necesidad de un rol activo de la población en las cuestiones públicas. De tal modo, al concepto de democracia representativa se le agrega, ahora, la calificación de*

---

[34] Ver: inter alias: informes del Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz de la Universidad de Notre Dame, EE.UU; Mallinder L. *Amnesty, human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*, Studies in Internacional Law, 2008; DeRouen, K, Ferguson, M, Norton, S., Hwan, Y; Jemma Lea, P. *Civil war peace agreement implementation and state capacity*. Sage Journal. 2010; Fortna, V. *Peace Time: Cease-Fire Agreements and the Durability of Peace.* Princeton: Princeton University Press. 2004

[35] M.P. María Victoria Calle Correa.

participativa"[36], que, en su componente activo, se caracteriza por movimiento sociales, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, etc. Por consiguiente, como se expone específicamente en el punto 2.3. el decreto posee una clara legitimidad democrática.

En este orden de ideas, y en concordancia con lo señalado en otros numerales de este documento, a continuación relacionamos algunas ideas fuerza que deberían ser tenidas en cuenta por la Corte Constitucional al abordar la revisión de constitucionalidad del decreto ley:

1. La implementación normativa de los Acuerdos de Paz es una etapa fundamental de generación de confianza y estabilización del pacto entre dos partes en conflicto.

2. La necesidad y urgencia en el cumplimiento de lo pactado en un Acuerdo de Paz con ocasión de los riesgos en su implementación es imperante.

3. La expedición de normas constituye un primer paso para la implementación de lo pactado, pero no su concreción, pues esta requiere además de actividades normativas señales materiales claras.

4. La estricta necesidad en contextos de transición debe valorarse teniendo en cuenta la compleja estructura de implementación y desarrollo normativo que fue construida, teniendo en cuenta la ausencia de efectos jurídicos de los acuerdos de paz en atención a los establecido en la ley 418 y la jurisprudencia constitucional, y que en uso de las facultades no se esté desbordando el poder concedido al presidente de la república, según los límites otorgados por medio de la norma que lo faculta para expedir decretos con fuerza de ley. Adicionalmente, la interpretación de este criterio no debería generar la reducción de la competencia asignada por el Congreso al Presidente de la República para implementar el Acuerdo Final en aquellos aspectos que responden fielmente al contenido del mismo, sino evitar que en uso de dichas facultades se pueda desbordar y abusar del derecho.

5. El uso de facultades extraordinarias está limitado a la implementación del Acuerdo Final y las medidas adoptadas responden a la urgencia de cumplir lo acordado y, en el caso concreto, las disposiciones que organizan la UBPD permiten efectivizar la garantía de los derechos de las víctimas de desaparición.

6. En atención a lo dispuesto en el acto legislativo 02 de 2017 el contenido sobre derechos fundamentales y conexos, así como de DIH, del Acuerdo Final, servirán obligatoriamente como parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales. De acuerdo con ello, el numeral 3.2.2.5. del Acuerdo Final contiene las condiciones para reincorporación de los NNA menores de edad que hayan salido de los campamentos de las FARC-EP y establece textualmente que el gobierno nacional *"tramitará los ajustes normativos que sean necesarios para garantizar su implementación, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño y el Derecho Internacional Humanitario".*

2. La importancia de la UBPD para satisfacer urgentemente el derecho a la verdad de las víctimas y el cumplimiento de obligaciones internacionales frente a la desaparición

En este apartado nos referiremos a la importancia de la UBPD no sólo en un contexto de transición, sino como mecanismo urgente y necesario para cumplir con obligaciones internacionales del Estado para la garantía del derecho a la verdad de las víctimasde la desaparición y luego presentaremos las razones por las que consideramos importante la existencia de UBPD, en los términos que fue creada por el Congreso de la República y organizada por el Presidente de la República.

Finalmente, presentaremos el procedimiento de creación constitucional de la UBPD por el Congreso de la República, y el proceso de participación de la ciudadanía y las organizaciones de DDHH en la elaboración del proyecto normativo que legitima la creación de la Unidad.

---

[36] Ryan, D. *Democracia participativa, ambiente y sustentabilidad.* En "*Ecología de la Información: escenarios y actores para la participación en asuntos ambientales*"; FLACSO/Chile - Nueva Sociedad; 2001.

2.1. Obligaciones internaciones frente al derecho a la verdad y el crimen de desaparición

> *"La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable"*[37].

El derecho a la verdad, que encuentra sus raíces en el DIH, surgió como respuesta a la necesidad de las familias de conocer el destino de sus seres queridos desaparecidos durante los conflictos armados. Actualmente se encuentra ampliamente reconocido en derecho internacional[38], contando en la última década con una relevancia mayor (a modo de ejemplo, por medio de la Resolución No. 65/196 de 2010, la Asamblea General de la ONU proclamó el 24 de marzo "*como Día Internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas*"), y en el derecho interno[39]. En suma, el derecho a la verdad es un derecho autónomo[40] pero adicionalmente está relacionado con otros DDHH, como el derecho a un recurso efectivo y el derecho a la protección jurídica y judicial, y también con obligaciones del Estado tales como la lucha en contra de la impunidad.

---

[37] Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004, Expediente 2488-2002-HC/TC.

[38] Entre otros instrumentos es importante resaltarlos siguientes: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios 11, 22 (b) y 24); Principios rectores de las Naciones Unidas sobre el Desplazamiento Interno (Principio 16 (1), Documento ONU E/CN.4/1998/53/ Add.2); Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los DDHH mediante la lucha contra la impunidad (principios 2 y siguientes); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 24); Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Artículo 32); y Declaración de la XXVIIIª Cumbre de Jefes de Estado de MERCOSUR (Asunción, Paraguay), de 20 de junio de 2005. Frente a la jurisprudencia internacional consideramos relevante la siguiente: Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006; Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006; Caso Baldeón García vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006; Caso Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006; Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, sentencia de 5 de julio de 2006, y Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007. Comité de Derechos Humanos Dictamen de 28 marzo de 2006, Caso Mariam, Philippe, Auguste y Thomas Sankara c. Burkina Faso, Comunicación No. 1159/2003, CCPR/C/86/D/1159/2003 y Dictamen de 21 de julio de 1983, Caso María del Carmen Almeida de Quintero y Elena Quintero de Almeida (Uruguay), Comunicación No. 107/1981.

[39] Corte Constitucional, sentencias: T-249 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; C-228 de 2002, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C-580 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-875 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-370 de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández; C-454 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño/07; C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C- 516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-208 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-260 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio,; Sentencia C-579 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-839 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-616 de 2014, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,; Sentencia T-418 de 2015, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub/15,; Sentencia T-679 de 2015, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-130 de 2016, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-233 de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, y, C-404 de 2016, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado

[40] La existencia del derecho a la verdad como un derecho autónomo fue reconocida por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su primer informe (E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, párr. 187). También lo han reconocido otros órganos internacionales a nivel universal y regional (véase, como ejemplo el "Estudio sobre el derecho a la verdad", informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/CN.4/2006/91, 8/2/2006)); diversos órganos intergubernamentales, incluida la Comisión de Derechos Humanos y, actualmente, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (véanse la resolución 2005/66, de 20/4/2005, de la Comisión; la decisión 2/105, de 27/11/2006; la resolución 9/11, de 18 de septiembre de 2008; y la resolución 12/12, de 1/11(2009, del Consejo).

En la actualidad se considera que el derecho a la verdad tiene dos dimensiones: una individual y otra colectiva. La primera consiste en el derecho que tienen las víctimas de graves violaciones de DDHH y sus familiares a conocer los hechos, las circunstancias y los motivos de los hechos victimizantes y la identidad de quienes participaron en su perpetración[41]; y la segunda tiene que ver con el derecho de la sociedad de saber lo ocurrido. A su vez, en el caso específico de desaparición, se entiende que tiene una doble dimensión: por un lado, implica el saber del paradero de la víctima y, en lo posible, su entrega digna, y por el otro, conlleva el derecho a saber las causas, circunstancias y modo de la desaparición, identidad de los autores de la desaparición, y a conocer los progresos y resultados de una investigación[42].

En este sentido, el derecho a la verdad específicamente relacionado con las personas desaparecidas se reconoce en diversos instrumentos. El artículo 32 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra establece "*el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros*". El artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, de 2006, dispone que: "*cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado parte tomará las medidas adecuadas a este respecto*".

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto sobre las obligaciones internacionales del Estado frente a la verdad, en particular en materia de desaparición, es necesario hacer mención a las obligaciones específicas de este frente a la desaparición en materia de investigación y sanción. Como lo ha dicho la Corte IDH desde 2006 *"la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens"*[43]. En esta línea, Colombia ha ratificado tanto la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas[44] como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[45], las cuales prevalecen en el orden interno y forman parte del bloque de constitucionalidad.

Es útil evidenciar que anualmente y hace más de una década la Asamblea General de la OEA, por medio de consenso, determina que los Estados tienen la responsabilidad de "*aliviar el sufrimiento, la ansiedad e incertidumbre por los que atraviesan los familiares de las personas dadas por desaparecidas a raíz de situaciones de conflicto armado, de situaciones de violencia armada, migraciones o desastres naturales, entre otras, para dar respuesta a sus diversas necesidades, así como satisfacer su derecho a la verdad y a la justicia, y cuando sea procedente a la reparación por el daño causado"*, a su vez reafirma el carácter pluriofensivo de la desaparición "*cuya práctica generalizada o sistemática constituye un crimen de lesa humanidad" y* destaca los estándares mínimos de trabajo psicosocial propuestos en el Consenso Mundial de Principios y Normas Mínimas sobre Trabajo Psicosocial en Procesos de Búsqueda e Investigaciones Forenses para Casos de Desapariciones Forzadas, Ejecuciones

---

[41] Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C No. 162.
"Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas", ver supra, Tribunal Constitucional de Perú.
[42] Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *"Comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas"*, A/HRC/16/48 de 28/1/ 2011, párr. 39.
[43] Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, sentencia del 22 de septiembre de 2006, párrafo 84.
[44] Aprobada por medio de la Ley 1418 del 1 de diciembre de 2010 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-620 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[45] Aprobada mediante la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 y declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 2002, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Arbitrarias o Extrajudiciales[46]. Con base en esto, la Asamblea insta a los Estados Miembros al cumplimiento de sus obligaciones de DIH y DDHH por medio de la adopción progresiva de medidas de carácter normativo e institucional destinadas a:

> "*a) prevenir la desaparición de personas, con particular atención a las relacionadas con grupos en condición de vulnerabilidad;*
> *b) atender los casos de migrantes desaparecidos, así como de niños, niñas y adolescentes dados por desaparecidos con la finalidad de buscarlos, identificarlos y, de ser posible, reunirlos con sus familias y promover la cooperación regional de atención técnica y judicial;*
> *c) esclarecer el paradero y la suerte que corrieron las personas desaparecidas para dar una pronta respuesta a los familiares, valorando la posibilidad de establecer mecanismos para la búsqueda de personas desaparecidas que permitan un marco de investigación amplio e integral y, en caso de muerte, priorizar el objetivo humanitario de recuperación, identificación, restitución y entierro digno de los restos humanos, sin que ello signifique renunciar al cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las desapariciones;*
> *d) atender las necesidades de los familiares, tales como saber qué ocurrió con sus seres queridos, recuperar los restos humanos y sepultarlos dignamente según sus costumbres y tradiciones, resolver los problemas legales y administrativos mediante un marco jurídico interno integral en el que se reconozca la situación jurídica de las personas desaparecidas estableciendo figuras tales como la "declaración de ausencia por desaparición", recibir apoyo económico, atención psicológica y psicosocial; acceder a la justicia, realizar actos de memoria y conmemoración, obtener compensaciones y reparaciones, entre otras, teniendo presente la forma en que los familiares las prioricen;*
> *e) garantizar la participación y representación de las víctimas y sus familiares en los procesos pertinentes, así como el acceso a la justicia y a mecanismos para que puedan obtener una reparación justa, pronta y efectiva; de la misma manera, garantizar disposiciones para la protección de las víctimas y los testigos ante los tribunales penales y en otros mecanismos de la justicia transicional cuya seguridad e integridad personal sea afectada como consecuencia de sus denuncias sobre el delito de desaparición forzada;*
> *f) fortalecer las competencias técnicas para la búsqueda, recuperación y uso de diversas ciencias forenses, y respaldar los procesos de capacitación de los profesionales de tales ciencias, para la identificación de los restos humanos, incluso en relación con la problemática de las personas migrantes dadas por desaparecidas, de acuerdo con estándares y procedimientos científicos validados internacionalmente;*
> *g) garantizar el adecuado manejo de la información, incluida aquella referida a los datos personales de las personas desparecidas y de sus familiares, a través de la creación de bases de datos centralizadas que reúnan, protejan y gestionen los datos con arreglo a las normas y disposiciones jurídicas nacionales e internacionales*"[47].

Más allá de las obligaciones mencionadas, debemos resaltar que desde finales de los años setenta del Siglo XX la práctica de la desaparición forzada en Colombia ha tenido un crecimiento vertiginoso, llegando al promedio, entre 1970 y el 2015, de tres personas desaparecidas forzadamente cada día, lo que equivale a un caso cada ocho horas[48]. En este sentido, en noviembre del 2014, en el seguimiento a las recomendaciones efectuadas en el Informe "*Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*", la CIDH advirtió con preocupación que "*tales esfuerzos deben*

---

[46] Sobre este tema haremos mención en el siguiente punto.
[47] Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) de la Asamblea General de la OEA, ratificando las resoluciones AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07), AG/ RES. 2406 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2595 (XL-O/10), AG/RES. 2651 (XLI-O/11), AG/RES. 2717 (XLII-O/12), AG/RES. 2864 (XLIV-O/14).
[48] Centro Nacional de Memoria Histórica. Hasta encontrarlos El drama de la desaparición forzada en Colombia. 2016.

intensificarse en virtud de que la desaparición forzada de personas continúa siendo un fenómeno de preocupación extendido en Colombia, y que los avances registrados todavía serían incipientes en comparación con el alto número de personas desaparecidas"[49].

A su vez, en la actualidad los esfuerzos del Estado en la búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de las víctimas de desaparición forzada se encuentran divididos entre múltiples entidades, organizaciones y comisiones, reguladas por más de 15 normas y documentos de política[50], dificultado así, entre otras razones, la eficacia y eficiencia para realizar dichas labores. Un ejemplo de esta problemática se evidencia en la falta de una base de datos completa y confiable sobre desaparición, generando una incertidumbre frente al fenómeno. Así, la cifra de personas desaparecidas se encuentra entre 30.00 y 60.000[51], sin contar el subregistro[52], lo que hace que la obligación de su búsqueda y localización sea indispensable, urgente y necesaria, de forma tal que se responda a las expectativas y derechos de las víctimas que durante años han exigido del Estado una actuación definida para su esclarecimiento.

Como ejemplo de la falta de efectividad y eficiencia de las medidas adoptadas por el Estado para la búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de las víctimas de desaparición forzada, así como la prevención para evitar la realización de dicha conducta, es procedente remarcar que el 12 de octubre de 2016, el Comité de Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada le solicitó al Estado "*fijar un plazo para finalizar el proceso de depuración del Registro Nacional de Desaparecidos*" y "*generar información precisa y confiable que permita adoptar medidas de prevención, investigación y búsqueda más eficaces*". Adicionalmente, el Comité le exigió al Estado informarle dentro de un año sobre el cumplimiento de esta elemental recomendación. Además, le dio un año al Estado para informarle sobre las medidas que tome para hacer justicia y acelerar las investigaciones en curso, garantizando "*que ninguno de los actos de desaparición forzada quede en la impunidad*", "*procure el tratamiento conjunto de las investigaciones"* con patrones comunes y vele por que las autoridades investigadoras "*tengan acceso efectivo y oportuno en particular a*

---

[49] CIDH. *Informe Anual 2014*. Capítulo 5, página 577, Párrafo 31.

[50]Con el objetivo de evidenciar la compleja la situación de dispersión normativa en cuestión: Ley 971 de 2005 por la cual reglamentó el Mecanismo de Búsqueda Urgente; Ley 975 de 2005 por la cual se estableció el deber de los paramilitares de informar el paradero de los desaparecidos; Ley 1408 de 2010 o Ley de Homenaje y localización de víctimas de desaparición forzada, la cual crea un Banco Genético de Datos, y su Decreto Reglamentario 303 de 2015; Ley 1531 de 2012, por la cual se prohíbe exigir declaraciones de muerte presunta a los familiares de los desaparecidos; Ley 1448 de 2001, que establece que el Plan Nacional de Búsqueda es obligatorio para los funcionarios públicos; Decreto 4218 de 2005, que reglamentó el Registro Nacional de Desaparecidos; Decreto 929 de 2007, subrogado por el Decreto 1862 de 2014, que reglamentó la CBPD; Decreto 303 de 2015, incorporado en el Decreto 1066 de 2015, por el cual se reglamente la Ley 1408 de 2010; Resolución 7478 de 2008; Directiva permanente N°026 de 2005 de la Policía Nacional; Circular N°7629 de 2005 de las Fuerzas Militares; Directiva Permanente N°6 de 2006 del Ministerio de Defensa Nacional; y Documentos CONPES 3172 de 2002, 3411 de 2006 y 3590 de 2009, mediante los cuales se proyectó –pero no realizó- un sinnúmero de identificaciones de personas no identificadas.

[51] A marzo de 2016, la base de datos SIRDEC reportaba un total de 113.044 registros de desapariciones, de los cuales 22.261 correspondían a desapariciones presuntamente forzadas. El Registro Único de Víctimas incluía 45.799 víctimas directas de desaparición forzada, y la Fiscalía General reportaba casi 30.000 procesos activos. Asimismo, el Centro Nacional de Memoria Histórica, en si informe de 2016, hace referencia a 60.630 casos.

[52] Algunas evidencias de este sub-registro son: Cada base de datos estatal presenta datos parciales. No están unificadas y, en consecuencia, la cifra de cada institución no es exhaustiva y no garantiza que incluya los casos de las demás. Los registros más bajos en víctimas directas, los del Registro Nacional de Desaparecidos, y los más altos, los del Registro Único de víctimas (RUV) no están unificados ni cotejados. El Registro Nacional de Desaparecidos no contiene los casos de la Fiscalía General de la Nación, ni del Registro Único de Victimas manejado por la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, ni de los muertos en combate del Ministerio de Defensa. Las bases de datos estatales no cubren todos los rangos temporales de ocurrencia de las desapariciones forzadas, particularmente casos antes del año 2000 (ej. la base de datos de la Fiscalía General de la Nación cuando el Código Penal no incluía la desaparición forzada). Los registros no cuantifican ni cualifican las otras violaciones de DDHH conexas con las desapariciones forzadas, de género, edad, etnia, desdibujando estas otras afectaciones. En este sentido los registros adolecen de un enfoque diferencial.

Para mayor información ver: 2º. Informe alterno al Comité sobre Desaparición Forzada de Naciones Unidas – Actualización de la situación de las desapariciones forzadas en Colombia 2015-2016.

la documentación en poder de órganos de inteligencia". Igualmente le pidió que en un año le informe sobre la realización de medidas de búsqueda y localización de personas desaparecidas, identificación de restos y su entrega a los familiares y, en general, acerca de la debida aplicación del Plan de Búsqueda de Personas Desaparecidas y del Mecanismo de Búsqueda Urgente.

2.2. La UBPD, piedra angular del proceso de transición hacia la paz

Donde no se ha hecho el esfuerzo de esclarecer la verdad, las violaciones masivas de DDHH quedan resguardadas bajo un manto de una impunidad crónica, dejando como resultado sociedades inexorablemente divididas y en constante conflicto. En estas circunstancias, no solamente nace la desconfianza entre diferentes grupos de la sociedad, sino también entre esta última y las instituciones públicas que tienen la obligación de protegerla. En este sentido, la UBPD, como parte esencial del SIVJRNR del Acuerdo Final (ver punto 5.1.1.2) es indispensable para satisfacer el derecho de las víctimas a saber la verdad con respecto al paradero de sus seres queridos y así, no solamente poder empezar un proceso de duelo que les permitirá comenzar a reconstruir sus entornos familiares, comunitarios y sociales, sino también recuperar la confianza en las instituciones del Estado.

Como fue señalado en el punto 2.1. de este documento, el Estado colombiano está obligado a crear mecanismos idóneos para la satisfacción del derecho a la verdad, tanto en su ámbito colectivo como individual, y en el caso específico de la desaparición, tiene la especial obligación de investigar lo sucedido, dar con el paradero del desaparecido y, en caso en el cual haya sido encontrado sin vida, hacer entrega digna de sus restos a su familia. A su vez, como ya se mencionó, y más allá de los intentos normativos e institucionales por garantizar los derechos de los familiares y demás víctimas, Colombia se encuentra en un incumplimiento evidente frente a los últimos, puesla labor de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna ha sido constantemente ineficaz e ineficiente. En este sentido, la UBPD ha de ser vista como un esfuerzo relevante por parte del Estado, para la unificación de los esfuerzos en esta materia, permitiendo incrementar, de este modo, la eficacia y eficiencia en la realización de las actividades correspondiente.

La urgencia en la puesta en funcionamiento de la UBPD no se fundamenta simplemente en la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Colombia, aunque ya sólo eso sería suficiente para su comprobación, sino que se basa en: i. el mandato de la misma, iii. su interrelación con los otros mecanismos, y, residualmente, iii. el procedimiento que se encuentra surtiendo para la elección de la autoridad que dirigirá la UBPD y, en suma, su puesta en marcha.

i) *Mandato de la UBPD:* adelantándonos al numeral 5.1. de este concepto, la UBPD no se encargará sólo de la investigación, búsqueda y entrega de los casos que configuran el crimen de "desaparición forzada" como tal, sino que incluye a todas las personas dadas por desaparecidas, i.e. bajas en combate, personas fallecidas en los campamentos militares de las Farc-EP (tanto en forma natural como por ajusticiamientos internos) y ejecuciones extrajudiciales con sepultura clandestina, de quienes por causa del conflicto no se conoce su paradero, La multiplicidad de casos enmarcados en el mandato de la UBPD, los cuales no encuadran en el mandato de ningún otro organismo nacional existente hasta el momento, así como la inminente destrucción de los lugares donde han sido enterrados, en particular en zonas rurales, requieren que la UBPD comience sus funciones lo antes posible, esto debido a que una de las reglas básicas de toda investigación de violación de DDHH es la llegada pronta de las autoridades al lugar de los hechos[53].

[53] Departamento de justicia de los Estados Unidos. Programas de la oficina de Justicia. Instituto nacional de Justicia. *Mass Fatality Incidents: A Guide for Human Forensic Identification*, Junio 2005, sección segunda.

Por otro lado, La Corte IDH ha establecido que la falta de protección adecuada de la escena del crimen puede afectar la investigación, por tratarse de un elemento fundamental para su buen curso[54]. Así, el Alto Tribunal ha declarado la responsabilidad internacional de un Estado cuando no se ha dado el debido resguardo al material probatorio en la escena del crimen[55].

ii) *Interrelación con otros órganos del SIVJRNR:* la importancia de crear a los órganos del SIVJRNR en forma orgánica, simétrica y coordinada, motiva la necesaria puesta en funcionamiento de la UBPD pues ya se creó y organizó la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) y se encuentra en el procedimiento legislativo especial el trámite de aprobación de la ley estatutaria de JEP. Lla UBPD, si logra la eficacia y eficiencia que debe, será uno de los motores principales para el funcionamiento de la JEP, esto debido a que los informes forenses y los elementos materiales al crimen serán remitidos a dicha jurisdicción. En este sentido, la historia ha demostrado la falta de voluntad, por parte de los perpetradores en el reconocimiento del delito de desaparición forzada, en virtud de su rechazo generalizado, así, los hallazgos que realice la UBPD serán fundamentales para promover el reconocimiento de la verdad.

iii) *Elección del director:* En virtud del parágrafo del artículo 3 del decreto ley 587 de 2710 (por el cual se conforma el Comité de Escogencia para la selección de unos miembros del SIVJRNR), el comité, luego de ratificar al Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), elegirá al Director de la UBPD. Visto que el secretario ejecutivo de la JEP ya fue ratificado, el Comité estaría adelantando actualmente el análisis para determinar cómo elegir al Director.

Finalmente, es preciso recordar el carácter restaurativo de la justicia transicional. En efecto, existe la obligación de reparar económicamente a las víctimas del conflicto, pero es imperativo priorizar la reparación moral de estas ya que es la base de la satisfacción de su derecho a la verdad. Es ilusorio pretender entamar un proceso de paz, de reconciliación, de buena convivencia y despolarización de la sociedad, si las victimas siguen sin obtener satisfacción de su derecho a la verdad y a la reparación. Con la creación de la UBPD, el proceso de paz entre el Gobierno y las FARC-EP ha nutrido las esperanzas de cientos de miles de familiares que siguen buscando respuestas.

2.3. Legitimidad de la UBPD

En el marco de las deliberaciones legislativas del Acto Legislativo 01 de 2017 (por medio del cual se crea la UBPD –artículo 3) se adelantaron en el Congreso de la Republica discusiones amplias sobre la UBPD y se propusieron y aceptaron diversas proposiciones e informes de ponencia que proponían ajustes a la redacción del artículo tercero. Dentro de estos debates suscitados en el Congreso de la Republica, en relación con la creación de la UBPD se encuentran:

- Informe de ponencia para primer debate en Senado: se propone que la UBPD se constituya como un ente de rango constitucional y autónomo[56].
- Exposición de motivos del proyecto en Cámara de Representantes se toma como principio generador de la UBPD el informe presentado del Centro Nacional de Memoria Histórica titulado "Hasta Encontrarlos" [57].
- Informe de ponencia para Primer debate en Comisión Primera de la Cámara de Representantes: se solicita la inclusión de la expresión *"en el contexto y en razón del conflicto armado"*.

---

[54] Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.
[55] Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009.
[56] Gaceta del Senado de la República Nro. 74 de 2017
[57] Gaceta del Congreso 1165 de 2016

- Informe de ponencia segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes: se propone eliminar la excepción al deber de denuncia[58] y suprimir parte del artículo transitorio 4[59].
- Informe de ponencia para primer debate en Cámara de Representantes: se propone eliminar la expresión "*un ente del orden Nacional*" por el de "*Unidad especial de alto nivel*"[60].
- Informe de ponencia negativa para primer debate en Comisión Primera del Senado: se solicita que se revise la excepción al deber de denuncia y declaración en los procesos judiciales[61]. Finalmente se solicita archive el proyecto.[62]
- Ponencia para Segundo debate en la Plenaria del Senado: se acogió la proposición de "*Los órganos del Estado brindaran toda la colaboración que requiera la Unidad" y se rechazaron dos proposiciones"*[63].
- Informe de Conciliación. Se llega a un texto conciliado, dentro del cual se acoge en razón de la UBPD el texto del Senado.

Ahora bien, es importante señalar que los debates planteados en el trámite de aprobación del acto legislativo 01 de 2017 no han sido los únicos abordados por el Congreso de la República sobre el deber de búsqueda de las personas que han sido víctimas de desaparición.

---

[58] Gaceta del Senado Nro. 30 de 2017.

Congresista	Proposición	Motivo de rechazo
Harry Giovanny González	Agregar ***Parágrafo:*** *De ser requeridos por la Jurisdicción Especial para la Paz, por otras autoridades competentes o por la Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, Convivencia y no Repetición, quienes en desarrollo de las funciones propias de la Unidad de Búsqueda Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado hayan realizado los informes técnico forenses deberán ratificar y explicar lo concerniente a esos informes y los elementos materiales asociados al cadáver.*	No es de rango constitucional definir los deberes de los funcionarios de la UBPD La ley regulará esta materia.

[59]

Congresista	Proposición	Motivo de rechazo
Jaime Buenahora Febres	Propone eliminar la frase: "Del deber de denuncia y no podrán ser obligados" y la palabra: "Siempre".	En esta medida podría ser difuso el carácter extrajudicial de la Comisión y de la Unidad porque abriría la puerta a que la información recopilada sea por autoridades judiciales sin límite alguno.
Samuel Hoyos Mejía	Propone eliminar la Frase: " En desarrollo de las funciones propias de la UBPD en el contexto y en razón del conflicto armado"	No es de rango constitucional definir los deberes de los funcionarios de la UBPD. La ley regulará esta materia.

[60] La propuesta fue realizada por la H. Representante Ángela María Robledo y el H. Representante Alirio Uribe, el cual dice textualmente: "*Eliminar la expresión "un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica" y reemplazarla por "una unidad especial de alto nivel, con carácter excepcional y transitorio, que gozará de la necesaria independencia y de la autonomía administrativa y financiera para garantizar la continuidad en el tiempo del cumplimiento de sus funciones*" Gaceta Nro 87 de 2017.

[61] El H, senador Jaime Amín expresa lo siguiente: "*Sobre esta Unidad, resulta contradictorio que al igual que la Comisión de la Verdad, no solo es calificada como un órgano de carácter extrajudicial, sino que además teniendo un carácter humanitario, se impida a los funcionarios que en ella trabajen cumplir con el deber de denuncia y declarar en procesos judiciales*" pág Nro. 6. Esta proposición fue negada por 11 votos por el Sí y 4 por el No.

[62] Gaceta de Senado Nro. 92 del 2007

[63]

Congresista	Proposición	Motivo de Rechazo
Sofía Gaviria	Agregar un inciso al final que señale que "las acciones Humanitarias que desarrolle la UBDP estará ordinada con las organizaciones de víctimas de los grupos que suscriban acuerdos con el Gobierno Nacional, para las actividades relacionadas con esas víctimas"	Asunto que se desarrollara en la respectiva Ley.
Jaime Amín	Eliminar este artículo transitorio	Va más allá del Acuerdo.
Sofía Gaviria	Eliminación de la "Excepción" de deber de Denuncia.	Va más allá de lo establecido por las partes en el acuerdo Final.

En el año 2000 se aprobó en el Senado de la Republica la ley 589 la cual, además de incorporar y tipificar los delitos de genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura, en su artículo 8 crea la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (CBPD). En la exposición de motivos que llevo a consideración la creación de esta CBPD, dice lo siguiente:

> "*El Gobierno en su empeño por lograr la plena vigencia de los Derecho Humanos en nuestro país y de adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, somete a la consideración del H. Congreso de la Republica el presente proyecto de ley que pretende tipificar proscritas por la humanidad entera.(…) Este proyecto sugiere una serie de normas cada una con un propósito particular, pero todas ellas orientadas al mismo fin: El Logro de la protección de los Derechos Fundamentales de las personas en nuestro país"*[64].

Por otro lado, durante años, incluso antes del establecimiento de la mesa de diálogo en La Habana, ha existido un reclamo social por la creación de un ente verdaderamente eficiente frente a la problemática de la desaparición forzada. Este reclamo ha sido el motivo por el cual, en 2000 se tipificó dicho crimen y se creó la CBPD, sin embargo, se mantuvo debido a la falta de eficacia y eficiencia de las políticas públicas estatales previamente mencionadas. En este orden de ideas, a través de los años, la CCJ, así como otras organizaciones de DDHH y de víctimas, ha manifestado la importancia de la investigación y juzgamiento de los perpetradores, así como la importancia de la consagración del derecho a la verdad[65].

Con base en estos reclamos, desde la conformación de la Mesa de Diálogos de La Habana las víctimas han tenido tres medios particulares para poder presentar sus propuestas frente a la garantía de los derechos de las víctimas de desaparición forzada: la posibilidad de enviar propuestas en forma general por medio de la página web[66], el envío de propuestas específicas, y la visita a la misma mesa de conversaciones. A su vez, se llevaron a cabo reuniones en Colombia con la oficina del Alto Comisionado para la Paz, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General y la Consejería Presidencial para los DDHH.

Dicho reclamo constante fue, en gran medida, el motivo por el cual el 17 de octubre de 2015 la delegación de negociadores del gobierno y las Farc-EP emitieron el comunicado conjunto 062 por medio del cual determinaron medidas inmediatas de búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado y presentan en primer principio de acuerdo sobre la conformación de la UBPD. A su vez, en dicho comunicado se encomendó a la CBPD que construya dentro de los 4 cuatro meses siguientes un plan con recomendaciones que permitan el logro del mencionado propósito, para lo cual convocará la participación de organizaciones de víctimas, especializadas y de DDHH.

En relación con las recomendaciones que se presentaron directamente en La Habana, la Mesa de Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (CCEEU) realizó tres encuentros autónomos e independientes debido al incumplimiento por parte de la CBPD de incluir a las víctimas y organizaciones de víctimas en el desarrollo de las recomendaciones requeridas por el Comunicado Conjunto 062 de 2015. Estos encuentros

---

[64] Gaceta del Congreso 126 de 1998

[65] Para mayor información ver, inter alias: Andreu-Guzmán, F. *Fuero militar y derecho internacional*. Comisión Colombiana de Juristas. 2003. *Colombia: Veinte razones para afirmar que la situación de derechos humanos y derecho humanitario es muy grave y tiende a empeorar. Balance del año 2003*. Comisión Colombiana de Juristas. 2004. *Verdad, justicia y reparación: Algunas preguntas y respuestas*. Comisión Colombiana de Juristas. 2006. *Tiempos de sequía. Situación de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia 2002-2009*. Comisión Colombiana de Juristas. 2010. *Desafiando La Intransigencia*. Comisión Colombiana de Juristas. 2013. I*mperceptiblemente nos encerraron: Exclusión del sindicalismo y lógicas de la violencia antisindical en Colombia 1979-2010*. Comisión Colombia de Juristas. 2012.

[66] Ver comunicado conjunto del 29 de noviembre de 2012.

contaron con la participación de más de 300 personas y de 90 organizaciones provenientes de 24 departamentos del país, y se trabajaron más de 300 propuestas[67].

Asimismo, luego de la firma y ratificación del Acuerdo Final en noviembre de 2016, el Ministerio de Justicia convocó a más de 30 organizaciones regionales, nacionales e internacionales expertas en la problemática de la desaparición forzada para discutir el proyecto de norma de organización de la UBPD, reuniones que comenzaron el 30 de diciembre de dicho año y duraron hasta febrero. Por otro lado, en el marco de audiencia pública convocada en la deliberación del Acto Legislativo 01 de 2017 en la Cámara de Representantes se dieron seis intervenciones ciudadanas frente al artículo 3, que crea la UBPD[68].

Finalmente, una vez aprobado el Acto Legislativo 10 de 2017 por medio del cual se creó la UBPD, el gobierno nacional, así como los delegados de las Farc-EP ante la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final, comenzaron una serie de encuentros con diferentes actores de la sociedad civil para discutir el articulado

---

[67] Dichas propuestas fueron sistematizadas y clasificadas en 111 propuestas divididas de la siguiente forma: 19 recomendaciones transversales, 25 recomendaciones para las medidas inmediatas, 22 recomendaciones sobre fortalecimiento institucional y fortalecimiento de las organizaciones, y 45 recomendaciones sobre la UBPD Ver 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. Presentación a la Mesa de Conversaciones en Habana, Cuba, el 15 de marzo de 2016*".

[68]

Interviniente	Intervención
General Mendieta	Propone agregar un párrafo al artículo 3 en este sentido: Las Acciones Humanitarias que desarrolle la UBPD, estará coordinada con las organizaciones de Víctimas de los grupos que suscriban acuerdos con el Gobierno Nacional para las actividades relacionadas con esas víctimas.
ONU-DDHH, of. Alto Comisionado.	Manifiesta que aunque el el proyecto de Acto Legislativo reconoce que la UBPD y la CEV son entes autónomos del orden Nacional "con personería jurídica, y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica" sujeta a un régimen legal propio, dicha disposición no fue incluida para la Jurisdicción Especial para la Paz y es necesaria para su correcto funcionamiento.
Institute for Integral Transitions IFIT	Celebra la creación de la UBPD con carácter extrajudicial ya que además de incentivar la participación por parte de los distintos actores del conflicto armado, incentiva también el reconocimiento de responsabilidad y la contribución al esclarecimiento de la verdad. Adicionalmente manifiesta que la excepción al deber de denuncia constituye una garantía de seguridad jurídica para los funcionarios y por lo tanto una mayor libertad para realizar adecuadamente su trabajo.
Dra. Rebecca Escallon	Aborda el tema de manera general sobre los mecanismos extrajudiciales, en los cuales dice: "*En el diseño de los diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales acordados respecto a los pueblos Étnicos se incorporara la perspectiva étnica y cultural, se respetará y Garantizara el derecho a la participación y consulta en la definición de estos mecanismos, cuando corresponda*".
Dr. Carlos Andrés Gutiérrez	Manifiesta que existe una falta de precisión sobre la forma o el medio en el cual podrán acudir las diferentes entidades del Estado o las Victimas del conflicto armado, para iniciar la búsqueda de personas desaparecidas, que tengan conocimiento las mismas victimas de su ubicación en donde se encuentran, posiblemente enterrados a razón del conflicto. De igual forma declara que se debe especificar la forma de clasificar los cuerpos que manifiesten los grupos al margen de la ley que fueron arrojados al rio y que no sea posible su localización y/o ubicación de los mismos.
Comisión Colombiana de Juristas	Se hizo mención a los esfuerzos normativos que ha realizado el Estado para tratar de superar el crimen de desaparición forzada, tales como la creación de la CBPD, estas medidas no han tenido efectos prácticos. *Es por ello que la UBPD es la oportunidad perfecta para superar los problemas de la CBPD, los cuales no radican solo en el marco legal y reglamentario que la regula, sino en la voluntad política que hace visible su labor.* Y para ello para que sea eficaz y eficiente la función de la UBPD se requiere un *régimen jurídico especial que le dé a la UBPD* un *rango constitucional, con autonomía e independencia.* Finalmente, expresa que *Dada la finalidad de la UBPD, es necesario que en el marco del proyecto objeto de análisis se otorgue la autonomía necesaria, conforme al artículo 113 de la Constitución, para el cumplimiento de su objetivo, contando con una regulación legal propia, careciendo de subordinación ante otras entidades y, en esa medida, sin limitación en sus decisiones por parte de la entidad del sector central de la administración a la que tuviera que ser vinculada o adscrita.*

de desarrollo del Acto Legislativo frente a la reglamentación de la UBPD. Así, en particular se tiene conocimiento de varias reuniones bilaterales con la Mesa de la Verdad, que aglutina a más de 50 organizaciones, y con la Mesa de Desaparición Forzada de la CCEEU, donde son parte más de 20 organizaciones de la sociedad civil. En este sentido, la CCJ, como parte de ambas agrupaciones puede dar fe de la efectiva modificación de ambos proyectos en aras de incluir las modificaciones sugeridas por la sociedad civil. Debido a esto, el día 1 de junio de 2017 se realizó un comunicado conjunto con otras organizaciones en apoyo de la UBPD con ocasión de la revisión constitucional emprendida por la Corte.

3. Carácter humanitario y extrajudicial de la UBPD, así como a la necesaria autonomía de la misma para cumplir con sus objetivos

Según el artículo 1 del decreto ley 589 de 2017, de conformidad con el artículo 3 del acto legislativo 01 de 2017,

> *"la UBPD es una entidad del Sector Justicia, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente y un régimen especial en materia de administración de personal. La UBPD podrá realizar todos los actos, contratos y convenios en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, este Decreto Ley, su reglamento y las demás normas que rijan su funcionamiento".*

En este sentido, las características esenciales de la UBPD son su autonomía[69] administrativa, patrimonial y financiera, así como su carácter extrajudicial. Frente a su autonomía, en forma sucinta la administrativa se refiere a la capacidad que tiene la UBPD de manejarse por sí misma, con lo cual se busca una mayor agilidad y tecnificación en el servicio que presta, para tal fin cuenta con Director (artículo 15-18) y un Comité Asesor (artículo 20-22). La autonomía patrimonial, reflejada en el artículo 27 del decreto ley, se refiere a que tiene su propio patrimonio y su propio presupuesto, distintos de aquellas entidades que pertenecen igualmente al sector justicia, con capacidad de decidir autónomamente la forma de ejecutar los recursos de su propiedad para el cumplimiento de los fines propios de su mandado.

El otro punto que sobresale del artículo 1 del decreto d es que, a diferencia de lo que se ha venido generalmente realizando, la UBPD tendrá un componente netamente humanitario. Este cambio de paradigma, que se explica principalmente por ser la UBPD parte de un sistema integral que busca garantizar el derecho de verdad, justicia y reparación y no repetición de las víctimas en forma integral, ha generado la duda frente al carácter o alcance de la expresión "humanitario" frente a lo judicial (carácter probatorio de los elementos encontrados en el proceso de exhumación: obtención, conservación y manejo de las evidencias físicas, cumpliendo criterios técnicos y legales, así como de cadena de custodia).

En este sentido, pareciera existir una tensión entre dos teorías de justicia: por un lado, la clásica teoría retributiva, relacionada principalmente con la persecución penal, y la restaurativa, más enfocada a la reparación integral del daño de la víctima. Sin embargo, no se trata de elegir entre una u otra, ni entre objetivos judiciales y humanitarios, sino de saber armonizar ambas perspectivas en un orden distinto de prioridades, buscando satisfacer todas las necesidades de las víctimas de desaparición y sus familiares.

El crimen de desaparición forzada tiene un profundo impacto psicosocial tanto en las víctimas directas como en sus familiares, quienes se enfrentan a la incertidumbre sobre el paradero y la situación de sus seres queridos. A nivel individual, la falta de conocimiento

---

[69] Es menester mencionar que la CCJ ha abogado para que la UBPD tenga rango constitucional, al igual que la CEV. Ver: i. intervención ante la Comision primera del senado de la república en Audiencia Pública en el marco del debate del proyecto del Acto Legislativo de febrero de 2017; ii. "*La participación de las víctimas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*". Comisión Colombiana de Juristas. 2017, pág. 50.

sobre el paradero de la víctima, así como la imposibilidad de realizar rituales funerarios acordes con el contexto cultural, generan un duelo alterado que muchas veces se complica por los sentimientos de culpa. A nivel familiar, se producen reestructuraciones para enfrentar la ausencia de la víctima y para asumir las labores de búsqueda, lo que produce un deterioro socioeconómico de la familia, alteraciones y cambios fuertes del proyecto familiar, con especial impacto en niñas, niños y jóvenes. Asimismo, las familias se enfrentan a la estigmatización y el aislamiento por parte de la sociedad y en cuanto a lo comunitario, las desapariciones rompen el tejido social, imponen la desconfianza e inhiben a la sociedad civil de participar en procesos políticos[70].

En este sentido, se pueden señalar cuatro grandes necesidades de los familiares de las personas desaparecidas, siendo las primeras tres de carácter extrajudicial a las cuales da respuesta la UBPD organizada por medio del decreto ley objeto de revisión:

- *Superación de la incertidumbre del paradero de su familiar*: visto que la función específica de la UBPD es la búsqueda y recuperación de restos óseos, así como su identificación.
- *Atención psicosocial tanto durante la búsqueda como en forma posterior a la entrega digna:* garantía que se ve reflejada en el numeral 5 del artículo 5[71].
- *Reparación:* La Corte IDH ha fundamentado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de reparar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto[72]. Así, la labor de verdad de la UBPD es una medida de reparación necesaria y fundamental, aunque de ningún modo sustituye a las demás medidas reparadoras como son el acceso a la justicia, medidas de rehabilitación, de satisfacción, entre otras, las cuales deben ser garantizadas a través de las otras instancias y medidas del punto 5 del acuerdo final
- *Las sanciones que correspondan a los responsables*: competencia de la JEP.

4. Acceso a información y lugares como requisitos indispensables para la concreción del mandato de la UBPD

En este punto nos centramos en la regulación de acceso a información y a lugares como requisitos indispensables para la concreción del mandato de la UBPD.

4.1. Acceso a la información como requisito necesario para cumplir con el mandato de la UBPD

En este capítulo analizaremos el título III del Decreto 589 de 2017 el cual regula, en los artículos 11-13, la colaboración de las entidades del Estado, el acceso a la información reservada y la sanción para aquellos funcionarios públicos que no cumplan con lo anterior, respectivamente, dando fundamentos para su declaración de constitucionalidad al considerarse que es un desarrollo normativo de las leyes 1712 de 2014 sobre transparencia y 1581 de 2012 sobre acceso a la información y protección de datos.

El derecho internacional vinculante para Colombia tiene varias disposiciones frente al acceso a la información[73]. Asimismo, la Corte IDH, ya en el caso Claude Reyes v. Chile,

---

[70] Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desaparición forzada, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales. 2011.
[71] En aras de no repetirnos, solicitamos se remita al punto 4.3 de este concepto para ver la interpretación que proponemos de dicho numeral.
[72] Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, sentencia de 22 de septiembre 2009, y caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006.
[73] El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información, el artículo cuarto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce que cada persona tiene el derecho a la libertad de investigación, de opinión, y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio, y el artículo 13 de la

determinó que el acceso a la información es un derecho universal y expresamente estableció el derecho de "*buscar y recibir información*" del gobierno[74]. Siguiendo esta línea jurisprudencial, manifestó que no puede permitirse que la decisión de calificar como secreta la información en estos supuestos y de negar su entrega dependa exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito[75], ni que quede a su discrecionalidad la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada[76]. Finalmente, del conjunto de casos sobre la materia analizados por la Corte, se puede sustraer que en casos de violaciones de DDHH, las autoridades estatales no pueden ampararse legítimamente en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes[77].

Por otro lado, en contextos transicionales, el derecho al acceso a la información adquiere una importancia estructural[78]. En ese sentido, la CIDH ha indicado que los Estados tienen la obligación de garantizar a las víctimas y sus familiares el acceso a la información acerca de las circunstancias que rodearon las violaciones graves de los DDHH[79]. Asimismo, sostuvo que dicha información debe comprender:

> *"(i) la conducta de quienes se hayan involucrado en la comisión de violaciones graves a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, especialmente en caso de masividad o sistematicidad; (ii) los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales conductas atroces fueron perpetradas e identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad; (iii) [los]elementos para establecer si los mecanismos estatales sirvieron de marco a la consumación de conductas punibles; (iv) [la identificación de] las víctimas y sus grupos de pertenencia así como a quienes hayan participado de actos de victimización; y (v) [la comprensión del] impacto de la impunidad*[80].

Por otro lado, frente a estándares internacionales de acceso a la información encontramos:

> i. la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de 2000 de la CIDH donde se resalta que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de todo individuo;

Convención Interamericana de Derechos Humanos también protege el derecho y la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de toda índole.

[74] Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

[75] Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

[76] Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

[77] Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008. Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

[78] CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.590, José Miguel Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, sentencia de 18 de febrero de 2011.

[79] CIDH, *Informe No. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos,* El Salvador, 22 de diciembre de 1999. En el mismo sentido, el Principio 24 de los "*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones"* establece que "l*as víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del DIH, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones*".

[80] CIDH, *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60*, 13 diciembre 2004, párr. 32, con cita de, inter alia, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1*, 26 septiembre 1986, Capítulo V..

ii. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones[81], según los cuales:

> *"2. Preservación de los archivos con relación a las violaciones de los derechos humanos.*
> *25. Especialmente, luego de un proceso de transición, el derecho de saber implica que sean preservados los archivos. Las medidas que se deben tomar para esto tienen relación con los puntos siguientes:*
> *a) Medidas de protección y de represión contra la sustracción, la destrucción u ocultación;*
> *b) Realizar un inventario de archivos disponibles, que incluya los existentes en países terceros con la finalidad de que, con su cooperación, puedan ser consultados, o en su caso, restituídos;*
> *c) Adaptación a la nueva situación, de la reglamentación, sobre el acceso a los archivos y su consulta, principalmente otorgando el derecho a toda persona que sea imputada la garantía de su derecho a respuesta y que éste sea incluido en su expediente."*

iii. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad[82], que dispone:

> "***principio 3. el deber de recordar*** *El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.[...]*
> *C. Preservación y consulta de los archivos a fin de determinar las violaciones*
> *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 aplicar· 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.*

Finalmente, se encuentran los Principios globales sobre seguridad nacional y derecho a la información del 12 de junio de 2013 (también denominados "Principios Tshwane")[83]. Según el

---

[81] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 60/147*, 16 de diciembre de 2005.
[82] Informe de la Sra. Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1
[83] Estos principios han sido formulados para orientar a quienes intervienen en la redacción, revisión o implementación de leyes o disposiciones relativas a la potestad del Estado de retener información por motivos de seguridad nacional o sancionar su divulgación. Están basados en normas, estándares y buenas prácticas del derecho nacional e internacional (incluso regional) y la doctrina especializada. Asimismo, abordan aspectos específicos de seguridad nacional, y no todos los supuestos en los cuales se podría retener información. Todos los demás motivos de interés público para limitar su acceso deberían, como mínimo, cumplir estos estándares.
Finalmente, fueron redactados por 22 organizaciones y centros académicos (que se enumeran en el Anexo) con el asesoramiento de más de 500 expertos procedentes de más de 70 países en 14 reuniones celebradas por todo el mundo y moderadas por la Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, y con la ayuda de los cuatro relatores internacionales para la promoción y protección de la libertad de expresión y/o la libertad de prensa y el relator especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los DDHH y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo:

principio 10, relativo a categorizar la información sobre la cual existe una fuerte presunción o un interés esencial a favor de su divulgación, determina que en casos de violaciones a los DDHH y al DIH no se puede negar la información, así como cuando estén involucradas garantías relativas al derecho a la libertad y seguridad de las personas, la prevención de la tortura y otros abusos y el derecho a la vida, y las decisiones relativas al uso de la fuerza militar o a la adquisición de armas.

Es así que, como se puede observar, el Estado Colombiano está obligado a permitir el acceso a la información en caso de violaciones a los DDHH y al DIH en forma amplia, y en caso de duda permitir el acceso para que sea la autoridad correspondiente quien evalúe la posibilidad de ingreso.

Ahora bien, como se ha visto, el derecho internacional determina la obligación de acceder a la información reservada en casos de violaciones a DDHH y DIH, sin embargo, todavía es necesario fundamentar por qué se considera que el Presidente de la República, en el decreto 589 de 2017, no incurrió en violación a la reserva legal y, en cambio, desarrolló constitucionalmente leyes estatutarias, en particular la Ley 1712 de 2014 sobre transparencia y la Ley 1581 de 2012 sobre acceso a la información y protección de datos, por lo que no opera la reserva de ley estatutaria al, adicionalmente, mantenerse en cumplimiento de los requeridos de la reserva de la información .

Sobre esta materia, aunque no específicamente frente a las leyes en cuestión, esta honorable corte ha manifestado que "*el hecho de que una materia general sea o haya sido objeto de una ley estatutaria, no significa que todos los asuntos que guardan relación funcional con ella queden automáticamente excluidos del ámbito normativo' propio' de la Jey ordinaria*"[84]. Así, que un asunto esté sujeto al trámite y aprobación propios de las leyes estatutarias, no significa que toda norma con cierto grado de relación con el mismo deba ser expedida a través de una ley estatutaria, sino que en algunos casos opera solamente la reserva de ley[85]. Lo anterior en la medida que se despojaría al legislador ordinario de la cláusula general de competencia y de sus atribuciones constitucionales, llegando así a afectar la función legislativa[86].

En este orden de ideas, la Corte ha sido enfática en advertir que *"debe darse un sentido restrictivo a la reserva estatutaria",* la cual sólo se refiere a elementos y principios estructurales esenciales[87]. De hecho, como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-670 de 2001[88], es posible entonces a través de un decreto ley desarrollar el contenido de una ley estatutaria, sin que esto signifique contradicción normativa alguna.

Por otro lado, al analizar la constitucionalidad del artículo 19 de la ley estatutaria 1712 este tribunal manifestó que "*la prohibición del acceso a la información debe (i) obedecer a un fin*

---

el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión,
el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo
la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información (ACHPR).
la Relatora Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y
La Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la libertad de los medios.

[84] Corte Constitucional, sentencia C670- de 2001; M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[85] Corte Constitucional, sentencias: C-037 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-162 de 1999, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-670- de 2001,M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-307 de 2004, MM.PP.: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa y Alfredo Beltrán Sierra; C-1233 de 2005, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia C-126 de 2006, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-180 de 2006, M.P.: Jaime Araujo Rentería; C-319 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-713 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; C-902 de 2011,M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, y C-619 de 2012, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

[86] Corte Constitucional, sentencia C-126 de 2006, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[87] Corte Constitucional, sentencia C-055 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[88] MP.: Manuel Jose Cepeda Espinosa.

constitucionalmente legítimo e imperioso; y ii) no existir otro medio menos restrictivo para lograr dicho fin. Restringir el acceso a una información no es una función discrecional, sino restringida, necesaria y controlable"[89]. A su vez, el artículo 21 establece que "*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*".

Es así que, haciendo una interpretación sistemática y teleológica de la norma, con base en tlo expuesto frente a la obligación internacional de acceso a la información, el derecho a la verdad, y el mandato de la UBPD como mecanismo necesario para concretar el derecho fundamental a la verdad, consideramos que la extensión de reserva no contaría esencialmente a la norma en cuestión, más bien, la desarrolla con base en el principio *pro hominem*.

En este sentido, el Decreto 589, artículo 12, sólo le permite a la UBPD acceder a la información reservada, teniendo que respetar dicho carácter, por consiguiente, no se observa un fin legítimo e imperioso para que la UBPD, como organismo estatal, no pueda acceder a ella. A su vez, corresponde con el artículo 21 de la ley estatutaria 1712 visto que la labor de la UBPD se enmarca en el esclarecimiento de violaciones a los DDHH y al DIH.

4.2. Acceso a lugares como requisito necesario para cumplir el mandado de la UBPD

La obligación de investigar y dar con el paradero de las víctimas de graves violaciones de DDHH determina que el Estado deberá satisfacer el derecho de sus familiares de conocer dónde se encuentran las víctimas o, en su caso, sus restos mortales y, de ser posible, entregarles dichos restos para que puedan honrarlos según sus creencias y costumbres[90]. De esta obligación se desprende la necesidad de acceder al lugar donde se presume se hallan los restos óseos de las personas desaparecidas. Así, encontramos en el derecho internacional varios pronunciamientos o estándares en este sentido.

Según el Protocolo de Minnesota, quienes tengan a cargo de la investigación deben tener acceso a la escena donde ocurrió la muerte y a la escena donde se encontró el cuerpo, si es que son distintos y se conocen[91]. A su vez, la Corte IDH ha establecido que resulta justo y razonable que los Estados se encuentren obligados a efectuar una búsqueda seria de las víctimas. En este sentido, ha establecido que "*es fundamental que las autoridades a cargo de la investigación puedan tener acceso ilimitado a los lugares de detención, respecto a la documentación así como a las personas*"[92]

Por consiguiente, resulta necesario y razonable que la UBPD, en virtud específicamente de su mandado de *recuperación* pueda acceder a los lugares donde considera que se encontrarán los restos, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad. Sin embargo, dicha facultad de acceso debe armonizarse con otros derechos fundamentales, como es el caso del domicilio, como se verá en el siguiente apartado.

5. Análisis de algunas disposiciones del decreto ley 589 de 2017

El objetivo de este punto es solicitarle a la H. Corte que, en el marco de sus funciones moderadoras, determine la correcta interpretación constitucional de las siguientes expresiones y aspectos:

---

[89] Corte constitucional, sentencia C-274 de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa.
[90] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004; Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, sentencia de 3 de julio de 2004; y Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003.
[91] Protocolo de Minnesota, apartado C.1.
[92] Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, sentencia de 22 de septiembre de 2009.

i) "*personas dadas por desaparecidas*" incorporada en el artículo 2;
ii) "*en coordinación con el INMLCF*" incorporada en los literales d y e del numeral 3 del artículo 5 y la expresión "*por intermedio*" incorporada en el literal g del numeral 3 del mismo artículo;
iii) "*públicas*" incorporada en el numeral 3 del artículo 5;
iv) "*Promover la coordinación interinstitucional para la orientación de, y la atención psicosocial a, los familiares*" incorporada en el numeral 5 del artículo 5;
v) *"y es indelegable"* incorporada en el artículo 8 frente a la capacidad del director de autorizar la entrada a lugares con expectativa razonable de intimidad donde no exista autorización;
vi) "*habitación*" del literal b del numeral 2 del artículo 8;
vii) "*habitación o domicilio*" incorporada en el inciso primero del artículo 9;
viii) El órgano competente para autorizar el ingreso a lugares cuando corresponda, artículo 9;
ix) "*elementos materiales asociados al cadáver*" incorporada en artículo 10;
x) los parámetros básicos de participación de las víctimas que deben ser cumplidos por el Director de la UBPD al momento de establecer los protocolos de participación de víctimas que hace alusión el numeral 4 del artículo 17;
xi) La conformación del Consejo Asesor, artículo 21, y
xii) El carácter preferente de la UBPD frente a la CBPD, artículo 30.

5.1. Expresión "*personas dadas por desaparecidas*" incorporada en el artículo 2

Como se expresó, el mandato de la UBPD supera el de la búsqueda de personas víctimas de desaparición forzada e incluye, según el artículo segundo del decreto ley, a todas las "*personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado*", más acorde a la definición de desaparecido del DIH.

En este orden de ideas, la noción de "*desaparición*" del DIH cubre todas aquellas situaciones en las que la suerte o el paradero de una persona son desconocidos, a saber: los heridos y enfermos en poder del enemigo y que no han sido identificados; los prisioneros de guerra o internados civiles cuyos nombres no han sido registrados o transmitidos; los combatientes "*desaparecidos en acción*"; los combatientes fallecidos en campamentos de grupos armados ilegales (como es el caso de la Farc-EP) o ajusticiados por dichos grupos; las personas civiles arrestadas, encarceladas o secuestradas sin que se informe a sus familiares, así como las personas víctimas de desaparición forzada, en el sentido del Derecho internacional de los DDHH.

A modo de ejemplo, las circunstancias en que pueden producirse desapariciones son diversas: 1. Es frecuente que las personas pierdan el rastro de los familiares que forman parte de las fuerzas armadas o de los grupos armados, porque no se les brinda ningún medio para mantener el contacto con ellos. 2. Los miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados pueden ser declarados desaparecidos en combate cuando mueren y no se les han dado los medios necesarios para identificarlos, como las tarjetas de identidad. 3. Las personas capturadas, arrestadas, secuestradas, pueden desaparecer mientras se las mantiene en la clandestinidad o en un lugar desconocido, y morir durante la detención. 4. Numerosas personas son dadas por desaparecidas tras un exterminio colectivo. Con frecuencia, los cadáveres son abandonados en el lugar, enterrados a toda prisa, desplazados o incluso destruidos. 5. Las personas desplazadas o refugiadas, las poblaciones aisladas a causa del conflicto o las que viven en zonas ocupadas tal vez no puedan estar en contacto con sus familiares. 6. Los niños también pueden ser víctimas de las desapariciones: separados de sus familiares cuando huyen de una zona de combate, enrolados a la fuerza, arrestados o incluso adoptados sin seguir las formalidades correspondientes, 7. Por último, cuando se efectúan

exhumaciones o exámenes post mortem, la información que permite confirmar la identidad de una persona fallecida no siempre se conserva ni se administra de manera adecuada[93].

Por consiguiente, se solicita a la H. Corte que, al interpretar el artículo 2 del Decreto Ley 589 de 2017 manifieste que la expresión "*personas dadas por desaparecidas*" no puede subsumirse a personas desaparecidas forzadamente y debe, por consiguiente, seguir la interpretación más amplia posible.

5.2. La expresión "*en coordinación con el INMLCF*" incorporada en los literales d y e del numeral 3 del artículo 5 y la expresión "por intermedio" incorporada en el literal g del numeral 3 del artículo quinto

El literal d del numeral 3 del artículo 5 determina que la UBPD tiene como función "*fortalecer y agilizar los procesos para la identificación de cuerpos esqueletizados,* ***en coordinación con el INMLCF***", a su vez, el numero e dice que también es una función de la UBPD "***en coordinación con el INMLCF****, promover y adelantar acciones que permitan la recolección y aporte de muestra biológicas de los familiares para completar el Banco de Perfiles Genéticos previa autorización de los mismos"*. Por otro lado el literal g del numeral 3 de dicho artículo establece, en cabeza de la UBPD, la función de "*solicitar la práctica de examen médico legal a cadáveres,* ***por intermediario del INMLCF****"*.

En este sentido, sin negar el trascendental apoyo técnico que puede dar el INMLCF a la labor de la UBPD, haciendo una lectura sistemática del decreto ley y el Acuerdo Final se observa que deberían interpretarse dichas expresiones en el entendido según el cual no se pueden realizar dichas labores por medio de otra entidad, o que se requiere la aprobación del INMLCF para realizar convenios con otras entidades para cooperar con la realización de dichas funciones, pues ello constituiría una limitación irrazonable a la funciones y autonomía de la UBPD.

Como se manifestó, el artículo 1 del decreto ley le da la competencia a la UBPD para realizar todos los convenios y contratos que considere necesarios en aras de cumplir eficaz y eficientemente su mandato, tanto con instituciones nacionales como internacionales. Así, interpretando en forma restrictiva los literales d, e y g del numeral 3 del artículo 5, dicha competencia resulta prácticamente inocua, visto que, por dichas actividades se podrían hacer sólo con el INMLCF, o con su autorización, y por consiguiente virtualmente limitaría la efectiva firma de los convenios con otras instituciones tanto nacionales como internacionales.

Por otro lado, existen procedimientos, como por ejemplo estudios genéticos, los cuales el INMLCF no está en grado de realizar, que requieren, para su realización convenios con organismos internacionales en EEUU o en Guatemala. A su vez, a nivel interamericano e internacional existen instituciones con décadas de experticia en el campo forense, como lo es el Equipo Argentino de Antropología Forense, el cual ha apoyado en investigaciones internacionales tan relevantes como lo es el caso de los 43 normalistas desaparecidos en Ayotzinapa, México.

Así, en virtud de la garantía de los derechos de las víctimas a lograr la satisfacción del derecho a la verdad lo más expedito y eficientemente posible, se requiere a la H. Corte que interprete dichas expresiones en forma amplia, sin limitar la autonomía de la UBPD y, en esa medida, que no signifique una autorización o definición de asuntos propios de la Unidad dependiente de la opinión del INMLCF.

5.3. Las expresiones "*y*" luego de INNMLCF y "*públicas*" incorporadas en el numeral 3 del artículo 5

---

[93] CICR. *Las personas desaparecidas Guía para los parlamentarios N 17*. 2009.

El numeral 3 del artículo 5 manifiesta que una de las funciones de la UBPD es "*coordinar y adelantar, con el apoyo técnico científico del INMLCF,* ***y*** *de otras entidades* ***públicas****, procesos de búsqueda, localización recuperación, identificación y entre digna".*

Frente a estas expresiones los motivos por los cuales no se observa una armonía de las mismas frente al decreto visto en forma sistemática son similares a las del punto 5.3 recién expuesto.

En este sentido, la conjunción "*y*", en vez de "*o*", no implica alternancia, sino que obliga que a la UBPD que se coordine siempre con el INMLCF, claramente limitando su autonomía y mostrando una falta de lógica con las funciones mismas del INMLCF el cual sólo puede asistir en la recuperación e identificación, mas no en las otras tres funciones de la UBPD.

Por otro lado, la limitante de entidades públicas como entidades con las cuales la UBPD puede realizar convenios y acuerdos para coordinar y adelantar sus funciones es claramente contradictoria con el inciso 3 del artículo 1 ya expuesto, así como del artículo 14, el cual determina que la UBPD podrá firmar convenios y 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 internacionales*".

Es así que, haciendo una interpretación sistemática, ambas disposiciones son contrarias al decreto como un todo y por consiguiente se requiere a la H. Corte las declara inexequibles.

5.4. La expresión "*Promover la coordinación interinstitucional para la orientación de, y la atención psicosocial a, los familiares*" incorporada en el numeral 5 del artículo 5

El numeral 5 del artículo 5 establece que la UBPD tendrá la facultad de "*promover la coordinación interinstitucional para la orientación de, y la atención psicosocial a, los familiares de los personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. En todo caso la Unidad para las Víctimas y el Ministerio de Salud conservarán su competencia respecto de lo establecido en el artículo 135 de la Ley 1448 de 2011, el capítulo 4 del título VII del Decreto 4800 de 2011 y el artículo 8 de la Ley 1408 de 2010".*

En este sentido, la atención psicosocial en las investigaciones forenses, y las diversas etapas del proceso frente a los casos de desapariciones un factor fundamental que, dependiendo la forma en la cual se realicen las investigaciones, pueden provocar re-victimizaciones o, por el contrario, pueden proporcionar elementos reparadores. Actualmente, la legislación colombiana (ley 1408 de 2010 y su decreto reglamentario 303 de 2015) establece una serie de medidas orientadas a garantizar la atención psicosocial durante el proceso de búsqueda, localización, exhumación, identificación y entrega de los cuerpos óseos a familiares de víctimas de desaparición forzada, atendiendo el principio de acción sin daño. Estas medidas incluyen la presentación del Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a las Víctimas (PAPSIVI) y las indicaciones pertinentes en lo que respecta al plan de atención a seguir, con el propósito de mitigar el impacto y afectación a la integridad psicológica y moral de las personas, familias o comunidades victimizadas.

No obstante, se ha constatado la continuidad de barreras para el acceso a la atención psicosocial por parte del PAPSIVI; ya sea por su escasa cobertura territorial o por falta de personal, ligada a contratos laborales intermitentes y discontinuos[94]. En este sentido, existen una serie de factores estructurales del PAPSIVI que favorecen la revictimización de los familiares y desconocen el enfoque de Acción sin Daño. En primera medida, la concepción de un número limitado de sesiones para la atención a las víctimas, es una negación en sí

[94] Comisión VII de la Cámara de Representantes. Debate de control política. *La atención psicosocial y la salud integral a víctimas*, 18 de mayo de 2016.

misma del enfoque psicosocial, al tratar de estandarizar una atención que debe responder a la magnitud y particularidad de las afectaciones sufridas por los familiares de las víctimas de desaparición forzada.

Del mismo modo, la Corte Constitucional, al realizar la evaluación del PAPSIVI como política pública en el auto 373 de 2016, identificó falencias en: i) la capacidad limitada de atención, (ii) la inestabilidad presupuestal, (iii) los problemas de articulación entre las entidades territoriales y la Nación, (iv) la falta de personal capacitado para atender en el marco del PAPSIVI, (v) la falta de conocimiento por parte de las víctimas del programa, y (vi) la ausencia de un enfoque reparador. Sin embargo, lo que más llama la atención y que resume la situación actual del PAPSIVI es la alerta que realiza la Corte sobre el posible retroceso que se está dando en materia de rehabilitación[95].

Por otro lado, el personal contratado para el desarrollo del programa que en ocasiones no cuenta con el perfil y la experiencia requerida para la atención de casos de desaparición forzada[96], y los esfuerzos por parte del Estado para capacitar el recurso humano se pierden, en tanto la modalidad de contratación privilegia vinculaciones cortas y cambiantes. Esta intermitencia del personal no permite una continuidad en la atención, re-victimizando a quienes deben narrar una y otra vez los hechos de violencia sufridos.

Finalmente, se encuentra que, en términos generales, los familiares de las víctimas no han recibido atención psicosocial en ninguna de las fases del proceso teniendo en cuenta la búsqueda, exhumación, identificación y entrega de digna de restos óseos, afectando con ello sus derechos, siendo esta una de las falencias del PAPSIVI.

Es así que visto que el centro del SIVJRNR son las víctimas, la relevancia del acompañamiento psicosocial a las víctimas así como los problemas estructurales del PAPSIVI, se requiere que la H. Corte interprete dicho artículo en el entendido en que la UBPD no solo debe promover la coordinación para la orientación de la atención psicosocial de las víctimas sino que debe garantizar la misma efectivamente en el marco de los procesos de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna, que adelante. A su vez, se solicita se determinen como parámetros mínimos a la atención las 16 normas y buenas prácticas presentes en el "*Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo Psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales*" de 2011.

5.5. Imposibilidad de delegar la autorización para entrar a lugares con expectativa razonable de intimidad, artículo 8, e imposibilidad de delegar la solicitud de autorización judicial para ingresar cuando no se cuenta con autorización, artículo 9.

El parágrafo del artículo 8 determina que la orden que prevé el numeral 2 de dicho artículo (por medio de la cual se puede ingresar a lugares con expectativa razonable de intimidad donde no medie autorización del propietario o simple tenedor) es *indelegable*. A su vez, el parágrafo del artículo 9 determina que la solicitud a la autoridad judicial competente para ingresar a lugar donde se deba tener autorización y la misma no se obtenga también es *indelegable.* En este sentido, el artículo 9 de la ley 489 manifiesta que

> *Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*

---

[95] Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, auto 373 de 2016, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
[96] Coalición Colombiana contra la Tortura, *Tortura y tratos o penas crueles e inhumanos en Colombia*, 2015. Informe alterno presentado al Comité contra la Tortura de la ONU.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley.
Parágrafo.- Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente Ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

Así, se tiene que como principio general, con base constitucional, la delegación de funciones por parte de los funcionarios públicos, en aras de garantizar los principios de la administración pública de eficacia y eficiencia. En cuanto a estos principios, esta corporación ha expresado que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la CP, especialmente en el artículo 2, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la CP; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 40, 268 numeral 2, 277 numeral 5 y 343, relativos al control de gestión y resultados. En este sentido, la Corte ha señalado que la eficacia constituye una cualidad de la acción administrativa en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo. Así mismo añade que en definitiva, la eficacia es la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado. Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia, ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados. En síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia[97].

Así, al momento de realizar una limitación de dicho principio se debe valorar si la misma cumple con los principios de necesidad y proporcionalidad, siendo útil analizar casos comparados en los cuales se permita a una autoridad administrativa ingresar a un predio sin autorización del propietario, poseedor, tenedor u ocupante del mismo, pero con autorización de la entidad administrativa.

En este orden de ideas el ejemplo más próximo es el artículo 162 de la ley 1801, por medio del cual los alcaldes pueden dictar mandamiento escrito para el registro de domicilios o de sitios abiertos al público. En dicha disposición se determina que la orden de ingreso deberá ser escrita y motivada y que deberá levantase un acta en la que conste el procedimiento. Finalmente, aunque el artículo comienzo diciendo "*los alcaldes podrán*", el parágrafo 1 termina diciendo que "*el funcionario que autorizó el ingreso al inmueble…*", habilitando así la delegación de dicha función. Finalmente, los motivos por los cuales el artículo 162 permite el ingreso son:

1. Para aprehender a persona con enfermedad mental que se encuentre en un episodio de la enfermedad de crisis o alteración que pueda considerarse peligrosa o enfermo contagioso.
2. Para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública o transgresión de las normas ambientales.

---

[97] Corte Constitucional, sentencias: C-469 de 19/92, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-479 de 19/92, MM.PP.: José Gregoria Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; T-321 de 19/99, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, y C-826 de /2013., M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

3. Para obtener pruebas, cuando existan motivos fundados, sobre la existencia de casas de juego o establecimiento que funcione contra la ley o reglamento.
4. Para practicar inspección ordenada en procedimiento de policía.
5. Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidente o calamidad, cuando existan indicios de riesgo o peligro.
6. Verificar que no exista maltrato, abuso o vulneración a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mujeres y adultos mayores y discapacitados.
7. Verificar el desarrollo de actividades económicas, comerciales, industriales, de prestación, venta o depósito de bienes o servicios contrarios a la ley o reglamento.
8. Cuando se adelante obra en un inmueble, para determinar el cumplimiento de las normas en materia de usos de suelo, obras o urbanismo.
9. En establecimientos públicos o de comercio o en inmuebles donde se estén desarrollando obras o actividades económicas, cuando se requiera practicar diligencia o prueba ordenada en un procedimiento de policía, para utilizar un medio o para ejecutar una medida correctiva de policía.

Como se puede observar, hay dos grandes diferencias entre el parágrafo del artículo 8 del decreto 589 de 2017 y el artículo 162 del Código de Policía que permiten observar que la limitación de la delegación del director de la UBPD es desproporcional y por consiguiente viola el principio de eficacia de la administración pública. Por un lado, el artículo 162 permite el ingreso no sólo a predios sino también a domicilios, caso expresamente exceptuado en el caso del artículo 9 del decreto ley 589 de 2017[98]. A su vez, el motivo por el cual la UBPD requiere el ingreso al lugar no es simplemente el "*determinar el cumplimiento de las normas en materia de usos de suelo, obras o urbanismo*" sino cumplir con obligaciones internacionales frente a la desaparición y el derecho fundamental a la verdad de las víctimas. En este orden de ideas, la desproporción del parágrafo del artículo 9 del decreto 589 de 2017 es aún más evidente ya que dicha función es sólo la de solicitud de autorización judicial, la cual, al no poder ser delegada vulnera irrazonablemente el principio de eficacia constitucional.

Así, se le solicita a la H. Corte la declaración de inexequibilidad de la expresión "*y es indelegable"* por violación de los principios constitucionales de eficacia y eficiencia de la administración pública.

5.6. <u>La expresión "*habitación*" del literal b del numeral 2 del artículo 8</u>

El artículo 8, que regula el acceso y protección de lugares cuando exista una expectativa razonable de intimidad determina, en su numeral 2, literal b, que, en caso de no existir consentimiento expreso del propietario el Director de la UBPD podrá dar orden de ingresar al lugar cuando éste "*no coincida con su casa de **habitación**, en el caso de personas naturales"* (negrita fuera del original). En este sentido, se le solicita a la H. Corte que, en virtud de sus facultades moderadoras, interprete como "domicilio" la expresión "habitación" para así garantizar efectivamente el derecho de inviolabilidad del domicilio acorde la CP y la jurisprudencia consolidada de esta corporación.

El artículo 28 de la C.P. determina que "*Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su **domicilio** registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*" (negrita fuera del original). En este sentido, la Corte Constitucional ha afirmado de manera reiterada que la potestad de configuración del legislador al establecer restricciones a la libertad individual, es una

[98] Según el artículo 9 del decreto ley 589 de 2017, en caso de domicilio, y cuando no existe autorización expresa de su propietario o tenedor, se debe requerir autorización judicial.

competencia limitada y ha de ser ejercida conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que tales limitaciones no resulten arbitrarias[99]

Así, en la sentencia C-1024 de 2002, se explicó que la privacidad del domicilio es una consecuencia necesaria de la libertad individual, y en la sentencia C-519 de 2007[100], se indicó que "*la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista*", por lo que comprende además de los lugares de habitación, todos los espacios en donde la persona desarrolla de manera más inmediata su intimidad y su personalidad, abarcando entonces la protección de la seguridad, la libertad y la intimidad del individuo. En dicho pronunciamiento a su vez se expresó que el vocablo domicilio constitucionalmente tiene una significación más amplia que en las normas del derecho civil, como quiera que abarca, entre otros, "el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental", verbi gratia, la habitación en un hotel, el camarote de un barco, una casa rodante.

Por consiguiente, solicitamos a la H. Corte que, al interpretar la expresión *habitación* la entienda como *domicilio*. A su vez, como se vio en el punto anterior, esto no viola el derecho a la verdad visto que, en caso de domicilio, la UBPD tiene la facultad de solicitar dicho ingreso a la autoridad judicial.

5.7. <u>La expresión "*habitación o domicilio*" del inciso primero del artículo 9</u>

Los artículos 7 y 8 del Decreto ley 589 de 2017 determinan dos casos en los cuales la UBPD no puede ingresar: cuando existe una expectativa razonable de intimidad y no existe consentimiento expreso (artículo 7 primer inciso y artículo 8) y cuando "*en caso de requerirse por norma legal expresa, la UBPD cuente con autorización para el ingreso, emitida por la autoridad competente que controle su administración*". A su vez, el artículo 9 regula los requisitos para que el director de la UBPD requiera la autorización judicial para el ingreso a lugares sólo frente a "*lugares **de habitación o domicilio**"*, dejando así un vacío legal frente a los casos en los cuales se requiere autorización por normal legal expresa y la autoridad competente de su administración no la dé.

Como se explicó en el numeral 4 una de las obligaciones estatales derivadas del derecho a la verdad es el acceder a lugares donde se presume se encuentran los restos óseos de personas desaparecidas. En este sentido, la omisión legislativa frente a la posibilidad de dirimir judicialmente la controversia de acceso a lugares cuando no exista autorización y la misma sea requerida conllevaría la violación de dichas obligaciones. Esto se evidencia con mayor obviedad en el caso de cuarteles, bases, guarnición, puesto, o cualquier otro edificio militar o policial.

Haciendo un paralelismo entre el deber de permitir el acceso a lugares donde se presume hay restos de personas desaparecidas, en particular víctimas de desaparición forzada, y el deber de acceso a la información ya explicado[101], es menester recordar que el Estado debe

---

[99] Corte Constitucional, sentencias: C-1404 de 2000, MM.PP.: Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis, SV: Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo, Martha Victoria Sáchica y Alejandro Martínez Caballero; C-173 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-551 de 2001 MP.: Álvaro Tafur Galvis; C-592 de 1998 MP.: Fabio Morón Díaz, y C-309 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[100] Posteriormente ratificada por la Corte Constitucional en las sentencias C-806 de 2009, M.P.: María Victoria Calle Correa y C-366 de 2014, M.P.: Nelson Pinilla Pinilla.

[101] El paralelismo propuesto se basa en el deber estatal de dar información y no obstruir en la investigación en caso de violaciones a DDHH o DIH. Así, la Corte IDH ha establecido que las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de una investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo (Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C No. 168; Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, sentencia de 31 de agosto de 2011, y caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012).
En consecuencia, 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

contar con un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que, en los casos en que una autoridad pública niegue una información, resuelva la cuestión y ordene, si es el caso, la entrega de la información[102]. Es así como las autoridades judiciales deben tener la posibilidad de acceder a la información privadamente (*in camera*) o con el mismo lugar (*in loco*) de la autoridad para determinar, bien si los argumentos de otras agencias del Estado son legítimos, o para comprobar si una información que se ha reputado inexistente efectivamente lo es[103].

En este sentido, no puede permitirse que la decisión de calificar como secreta la información en estos supuestos y de negar su entrega dependa exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la posible comisión del hecho ilícito[104]. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada[105].

Así, llevando dichos principios y obligaciones al acceso a lugares donde se presupone existen restos óseos, se requiera autorización para ingresar y dicha autorización no se otorga, resulta violatorio del Derecho Internacional que sea la misma autoridad encargada de la administración del lugar quien decida sobre su acceso o no sin que exista posibilidad de resolver judicialmente la situación presentada. En este sentido, se solicita a la H. Corte, que en sus funciones moderadoras, declare la inexequibilidad de la expresión "*habitación o domicilio*" utilizada en el título y en el inciso primero del artículo 9 y determine que la autoridad judicial competente (i.e. Sección de Revisión de la JEP, o, hasta el funcionamiento de ésta, la jurisdicción ordinaria[106]) deberá resolver los casos en los cuales no hay autorización expresa del propietario o tenedor del domicilio o cuando no haya autorización expresa de la autoridad administrativa del lugar.

5.8. Órgano judicial competente para autorizar el ingreso a lugares mientras entra en funcionamiento la JEP.

El artículo 9 determina que la autoridad judicial competente para otorgar la autorización judicial, cuando ésta sea requerida, es la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz de la JEP. En este sentido, se observa una laguna legislativa, subsanable por la H. Corte, frente al plazo de tiempo que existirá entre la conformación y puesta en funcionamiento de la UBPD y la conformación y puesta en funcionamiento de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz de la JEP, calculando que el segundo entrará en ejercicio recién durante el año 2018[107]. Por consiguiente, se observa una posible vulneración de derechos fundamentales de las víctimas por dicho vacío.

---

o legales. En ese sentido, por ejemplo, si una información que debía custodiar fue destruida o ilegalmente sustraída, y la misma era necesaria para esclarecer violaciones de DDHH, el Estado debe adelantar, de buena fe, todos los esfuerzos a su alcance para recuperar o reconstruir dicha información (CIDH, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2009, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, y CIDH, Informe derecho a la verdad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2 13 agosto 2014).

[102] Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

[103] CIDH, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos. El derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos de acceder a la información que resida en dependencias estatales sobre dichas violaciones*.

[104] Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

[105] Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

[106] Para mayor precisión, ver punto 5.7.

[107] Se propone el año 2018 como año de entrada en ejercicio de la Sección de Revisión visto que a la fecha todavía no se ha hecho pública la metodología de selección de los magistrados de la JEP por parte del Comité de Escogencia (artículo 3, decreto 587 de 2017), por consiguiente no ha comenzado aún el proceso de escogencia de los Magistrados. A su vez, una vez elegidos, los mismos deberán presentar un proyecto de ley al Congreso de la República con el reglamento de la JEP.

En este orden de ideas, se le solicita a la H. Corte que establezca que mientras entre en funcionamiento la Sección en cuestión, la autoridad judicial competente para dirimir estas cuestiones sea la jurisdicción penal ordinaria.

5.9. Expresión "*elementos materiales asociados al cadáver*" incorporada en artículo 10

El artículo 10 del Decreto Ley 589 de 2017 determina las reglas para aseguras los "*elementos materiales asociados al cadáver*" los cuales, según el parágrafo del artículo 3, "*podrán ser requeridos por las autoridades judiciales competentes y tendrán valor probatorio*". Sin embargo, en ninguna de las cláusulas normativas se define qué debe entenderse por estos elementos. Es, por consiguiente, menester que esta H. Corte los defina, realizando una interpretación acorde a estándares internacionales en la materia y garantizando así el derecho a la verdad.

Durante el levantamiento de cadáveres existen diferentes elementos aparte de los restos óseos propiamente dichos. Así, se encuentran los elementos claramente asociados al cuerpo, que en vida era utilizados o pertenecían a la víctima (anteojos, efectos personales, vestimenta, prótesis, etc.) y que son una pieza fundamental para lograr la identificación de los restos. Sin embargo, también existen evidencias asociadas como monedas, proyectiles de arma de fuego, papeles, restos de comida, restos de cigarrillos, etc., los cuales no cumplen ya una función de identificación pero sí son fundamentales para lograr determina qué fue lo ocurrido y quién ha sido el perpetrador.

A nivel internacional y comparado existen tanto protocolos como decisiones judiciales que determinan la obligación de realizar un levantamiento diligente, so pena de violar obligaciones internacionales. Así, como ha indicado la Corte IDH, el Estado tiene la obligación de realizar el levantamiento de la prueba en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados[108]. Por otro lado, según el Protocolo de Minnesota, la zona contigua del cadáver debe cerrarse o acordonarse[109]. La zona debe ser lo suficientemente grande y la protección de la escena del crimen es parte fundamental de la debida diligencia. La violación de esta obligación puede generar la responsabilidad internacional del Estado[110].

A su vez, la Corte IDH ha declarado que existe negligencia de las autoridades encargadas de examinar las circunstancias de la muerte de una persona cuando no ha habido una recolección oportuna de pruebas *in situ* y no se han obtenido testimonios relevantes[111]; así como cuando no se examina la escena del crimen por la presencia de sangre, cabellos, fibras o algún tipo de huellas[112]. Por otro lado, dicho tribunal ha considerado "*violatorio del derecho de acceso a la justicia que dichos procesos no abarquen la totalidad de los hechos violatorios de derechos humanos [...], cuya gravedad es evidente*"[113]

En esta línea, la Corte Europea señaló que el hecho de que el mapa de la escena solo contuviese información sobre el interior de la casa donde ocurrió el crimen y no sobre sus alrededores, sin establecer con precisión los lugares donde se habían encontrado elementos

---

[108] Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005; Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, sentencia de 26 de noviembre de 2003, y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009

[109] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protocolo modelo para la investigación legal de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Protocolo de Minnesota*) apartado C.1.a)*

[110] Protocolo de Minnesota apartado C.1.a). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo Modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos. págs. 39 y 44.

[111] Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009

[112] Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006. Protocolo de Minnesota, apartado C.1. f)

[113] Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006.

balísticos, había afectado la investigación[114]. En otros casos consideró que la no realización de exámenes balísticos[115], y la no recolección de cartuchos en la escena del crimen[116], violaban el deber de debida diligencia.

De acuerdo con el Protocolo de Minnesota además de lo anterior, se debe, entre otros: i. dejar constancia de todo vehículo que se encuentre en la zona; ii. hacerse y conservar moldes de yeso de las marcas, las huellas de neumáticos o calzado o cualquier otra huella de carácter probatorio, y iii. guardar para su uso como prueba y análisis de escritura todos los documentos pertinentes[117]. Asimismo, según el Protocolo Modelo de la Oficina del Alto Comisionado y el Equipo Argentino de Antropología Forense, cuando la escena del crimen o lugar de hallazgo del cuerpo se encuentre sobre un suelo húmedo o arenoso, deberá excavarse unos centímetros, para observar si se produjo algún desplazamiento vertical de indicios[118]. Finalmente, el Departamento de Justicia de Estados Unidos señala, además, que después de remover la evidencia y el cuerpo deben fotografiarse las áreas de donde fueron recogidas para documentar si existía algo debajo de ellas. Asimismo, antes de liberar la escena del crimen debe realizarse una búsqueda final para localizar elementos adicionales[119].

En este sentido, como se ha dicho en el punto anterior, el derecho a la verdad en caso de desaparición no implica sólo la entrega del cuerpo, sino que es más amplio e incluye el derecho (y consiguiente obligación del Estado) de saber el modo, las circunstancias, los motivos y la identidad de los responsables de la desaparición; por consiguiente, solicitamos a la H. Corte que interprete "*elementos materiales asociados al cadáver"* en forma amplia y no subsuma dicha expresión simplemente a los elementos utiles para la identificación, sino que incluya aquellos necesarios para satisfacer plenamente el derecho a la verdad.

5.10. Parámetros básicos de participación de víctimas, artículo 17.4

Entre los principios rectores del Acuerdo Final, y que se deben irradiar en las normas de desarrollo del mismo, se encuentra la centralidad y participación de las víctimas. Así, la UBPD debe, desde el inicio de sus actividades hasta el último procedimiento que realizara garantizar su participación y velar por la garantía de sus derechos. El decreto ley, en consonancia con dichos principios, determina que la UBPD tiene como función "*solicitar y recibir información de personas, […] y de víctimas que contribuyan a la búsqueda, localización, recuperación e identificación*" (artículo 5.1.b), "*incentivar a la sociedad en general a sumistrar información*" (artículo 5.1.c), "*diseñar y poner en marcha un plan nacional que establezca las prioridades para el cumplimiento de su objetivo y planes regionales […] con la participación de las víctimas y organización de víctimas y derechos humanos"* (artículo 5.2), "*garantizar la participación de los familiares de las personas dadas por desaparecidas […] en los procesos de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna"* (artículo 5.4), y "*entregar a los familiares un reporte oficial detallado"* (artículo 5.6). A su vez, el artículo 17 manifiesta que dentro de las funciones del director de la UBPD se encuentran "*4. establecer protocolos de participación de víctimas en las actividades de la UBPD, [y] 5. Mantener una interlocución constante con las víctimas y sus organizaciones".*

---

[114] Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Onen Vs.Turquía, sentencia de 14 de mayo de 2002, para. 88. No. 22876/93.
[115] Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Nuray Sen Vs. Turquía (No. 2), sentencia de 30 de marzo de 2004, No. 25354/94.
[116] Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Gul Vs. Turquía, sentencia de 14 de diciembre de 2000, No. 22676/93.
[117] Protocolo de Minnesota, apartados C.1.h), C.1.i), C.1.m), C.1.n), C.1.o). Para investigación de casos de tortura ver Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, serie de Capacitación Profesional Nº 8. Nueva York y Ginebra, 2001 (Protocolo de Estambul), párr. 102.
[118] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo Modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos, pág. 45.
[119] Departamento de justicia de los Estados Unidos. Programas de la oficina de Justicia. Instituto nacional de Justicia. *Mass Fatality Incidents: A Guide for Human Forensic Identification*, Junio 2005, sección tercera.

La experiencia demuestra que los familiares de las personas desaparecidas desempeñan un rol fundamental en la investigación de lo sucedido, de hecho, son el motor de la misma. Esto, no es sólo una opción para la familia, sino que es, ante todo, un derecho consagrado y protegido por el derecho internacional[120]. En este orden de ideas, el derecho a una investigación incluye el derecho de los familiares a presentar una denuncia o informe para iniciar una investigación y ser informados de los avances y resultados de la investigación[121].

Sin embargo, el derecho a la investigación no se limita a estos dos aspectos. Como señaló la Corte IDH, implica que los familiares deben tener pleno acceso y capacidad para actuar en todas las etapas y niveles de la investigación, presentar sus observaciones y presentar pruebas, aclarar los hechos[122]. A su vez, la Corte IDH ha declarado que las autoridades que investigan las desapariciones forzadas deben dar a las familias una adecuada oportunidad de aportar sus conocimientos a la investigación[123], y ha hecho énfasis en la obligación del Estado de garantizar a las víctimas y sus familiares un trato no discriminatorio en las investigaciones, por ejemplo, cuando son miembros de una comunidad indígena

> *"Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin [...]"*[124]

Asimismo, para que la participación sea efectiva y real es necesario que, el Estado garantice:

- Un enfoque regional y permanente de inclusión y mayor participación de familiares y organizaciones de víctimas, sociales o especializadas en DDHH.
- Una plataforma donde las víctimas puedan acceder a la información sobre el proceso de búsqueda y conocer la etapa en la que se encuentra cada caso y otra información relevante, de manera que se realice un seguimiento efectivo.
- Una socialización y pedagogía en aras de que toda la comunidad logre conocer y comprender suficientemente bien sus derechos. Así, se deben incrementar los esfuerzos para su socialización y apropiación, reforzando el sentido de construcción de confianza que lo motiva.
- Un espacio público en la televisión, radio, prensa escrita e internet para difundir los datos de las personas desparecidas o los cuerpos recolectados y no identificados. A su vez, se deben realizar campañas masivas de comunicación visibilizando el reconocimiento de las víctimas por parte de toda la sociedad y promoviendo la sensibilización frente al tema.

---

[120] Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (artículo 24.2); Principios relativos a la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias (principio 16); Principios y directrices básicos sobre el derecho a un recurso ya reparación para las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos Violaciones graves del DIH (artículos 11 c. Y 12); Y Directrices sobre la justicia en materia de participación de niños víctimas y testigos de delitos (artículo 20).

[121] Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 24.2.); Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 13 4); Principios relativos a la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias (principios 16 y 17); Y Principios y directrices básicos sobre el derecho a recibir reparación y reparación para las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos, violaciones graves del DIH (artículos 11.c y 24).

[122] Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículos 12 y 24); Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 13); Principios sobre la Prevención Efectiva e Investigación de Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (Principios 9 y siguientes); Y Principios y directrices básicos sobre el derecho a recibir reparación y reparación para las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos, violaciones graves del DIH (artículos 3.c, 11 y 12).

[123] Corte IDH. Caso de Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru, sentencia de 8 de julio de 2004; Caso de Baldeón García v. Peru, sentencia de 6 de abril de 2006; Caso de Huilca Tecse v. Peru, sentencia de 3 de marzo de 2005, y caso de Anzualdo Castro v. Peru, sentencia de 22 de septiembre de 2009.

[124] Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008.

- La conformación de una red de organizaciones de víctimas que permita la circulación dinámica de la información desde las bases sociales y su retroalimentación.

Por otro lado, los procesos de acompañamiento individual, familiar, comunitario y social de las familias que buscan a las personas desaparecidas deben realizarse bajo un enfoque psicosocial, orientado a reparar las graves consecuencias de este crimen, a promover el bienestar, apoyo social y sostén emocional de las familias y a estimular el desarrollo de acciones que permitan la continuidad del proceso.

Es así que se solicita a la Corte Constitucional que fije, como parámetros mínimos de participación de víctimas, para efectos del establecimiento de los procedimientos para el funcionamiento de la UBPD, los siguientes: i. Tener acceso a información relevante para la investigación; ii. ser notificadas de todos los avances y tener tiempo suficiente para dar sus opiniones; iii. Participar en el desarrollo de los planes de búsqueda, registro de fosas y lugares de entierro clandestino, audiencias u otra diligencia realizadas durante la investigación; iv. Presentar pruebas y testimonios; v. Solicitar la asistencia de testigos; vi. Solicitar opinión de expertos y segundas opiniones; vii. Asistir a exhumaciones y excavaciones de tumbas; v. poder presentar la información a la instancia judicial; viii. Recibir una atención psicosocial adecuada y durante todo el proceso, y ix. La participación se realice por medio de procesos de respeto a la cultura y tradiciones de cada comunidad.

5.11. Conformación del Consejo Asesor, artículo 21

Según el Relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición[125], existen cuatro formas de participación efectiva y significativa de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional[126], siendo dos de ellas de especial interés para este punto: *Búsqueda de la verdad*, y *Reparaciones*. En ambos componentes, la participación de las víctimas tiene una relevancia fundamental, pues son sólo ellas las que conocen sus necesidades. En este sentido, sólo serán exitosas las medidas de reparación consultadas con la sociedad civil y las víctimas estando efectivamente involucradas en el diseño de los programas. Lo anterior con el propósito de que las medidas sean proporcionales al daño sufrido y contribuyan al reconocimiento de las víctimas como titulares de derechos.

A su vez, según el mismo estudio, esas formas de participación envuelven diferentes niveles de involucramiento, aporte/control sobre los procesos, donde se vincula un mayor éxito del proceso de justicia transicional donde se encuentre una mayor participación de las víctimas por medio del empoderamiento total. En este sentido, se observa una conformación del Consejo Asesor (artículo 21) con una participación estatal desproporcionada frente a las víctimas (siendo las primeras más de la mitad y por consiguiente logrando así mayoría decisoria).

Por otro lado, frente a la inclusión del director de la CEV, se observa que la interrelación de la CEV con la UBPD se realizará por medio de protocolos y directrices[127] y son tanto el Director de la UBPD como el presidente de la CEV los encargados de crearlos; así, se observa un posible conflicto de intereses del presidente de la CEV. Por otro lado, es importante mencionar la duración de la CEV frente a la UBPD, siendo que la primera sólo estará por 3 años, mientras que la UBPD tiene un mandato de 20 años, prorrogables.

Por lo expuesto, solicitamos a la H. Corte la declaración de inexequibilidad del numeral 1 del artículo 21.

---

[125] Pablo de Greiff, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, 28 de agosto 2013, A/HRC/24/42.

[126] Las cuatros formas de participación de las víctimas son durante: la búsqueda de la verdad, la persecución Penal, las reparaciones y las garantías de no repetición.

[127] Ver: numerales 7 y 11 del artículo 5 del decreto 589 de 2017 y el Acuerdo Final punto 5.1.1.2. párrafo 4, puntos 4 y 11 y párrafo 10.

5.12. El carácter preferente de la UBPD frente a la CBPD

El artículo 30 del decreto ley 589 de 2017 determina la articulación que debe existir entre la UBPD y la CBPD en los siguientes términos "*el director de la UBPD coordinará con la CBPD, a fin de canalizar la información y experiencias de esta última en especial la aplicación del Plan de Búsqueda de Personas Desparecidas, el Protocolo de Entrega Digna, el Registro Nacional de Desaparecidos y otros mecanismos y herramientas aplicables*". De dicha disposición se observa un claro vacío legal frente a los casos de desaparición frente a los cuales existan dudas sobre su conexión con el conflicto armado, así como frente a la relación práctica que tendrán ambas instituciones más allá de un intercambio de experiencias aprendidas por la CBPD.

Las diferencias entre la UBPD y la CPBD no se limitan al mandato de cada una (siendo la primera sólo para casos dados en el contexto y razón del conflicto armado y la segunda para todos los demás casos), sino frente a la real posibilidad de cada uno para satisfacer el derecho a la verdad. En este orden de ideas, uno de los principales motivos por los cuales ha fracasado la labor de la CBPD tiene que ver con su falta de autonomía e independencia, así como de capacidad institucional. En este sentido, uno de las principales razones para comprender la falta de cumplimiento de su mandato ha sido que:

> "*sólo es un organismo intermediador entre las víctimas y los organismos estatales dedicados a la búsqueda y localización de los desaparecidos, así como a la investigación, persecución y judicialización de los responsables, lo cual, sumado a su dependencia financiera de la Defensoría del Pueblo, resultan en [su] casi absoluta inoperancia*"[128].

Cabe mencionar al menos tres factores que atentan contra el desempeño efectivo de la CBPD. En primer lugar, pese a la participación regular de las entidades estatales que la conforman, las cabezas de estas entidades no asisten a las sesiones de la Comisión, y los delegados de estas entidades, no suelen tener facultades para tomar las decisiones que se requieren. En segundo lugar, a diferencia de la UBPD, la CBPD no tiene personería jurídica propia, y por ende no tiene autonomía administrativa ni presupuestal, y depende completamente, en términos de recursos humanos y financieros, de la Defensoría del Pueblo. En tercer lugar, su la Secretaría técnica y equipo son reducidos, con lo cual su capacidad operativa es limitada.

Así, la UBPD se encuentra en mejores condiciones de cumplir con las obligaciones internacionales frente al derecho a la verdad y en relación con el fenómeno de desaparición, por consiguiente se solicita a la H. Corte que, en caso de duda frente al contexto en el cual se produjo la desaparición, sea la UBPD quien se abrogue la función búsqueda, localización, identificación y entrega digna, hasta el momento en el cual se determine la falta de conexidad con el conflicto. En virtud de esta solicitud, se solicita que se extienda el objetivo del artículo 30 y determine que la articulación entre la UBPD y la CBPD debe incluir esta situación de preferencia de la UBPD.

Conclusiones

Por las razones expuestas, atendiendo la invitación que nos ha sido formulada por la H. Corte, en nuestro concepto esta alta corporación debe declarar la exequibilidad del Decreto Ley 589de 2017 y la constitucionalidad condicionada, así como la inexequibilidad, de algunas disposiciones o expresiones, en los siguientes sentidos.

---

[128] Mesa de Desaparición Forzada CCEU, *Informe Alterno sobre la Situación de las Desapariciones Forzadas en Colombia presentado ante el Comité contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas*, septiembre 2016, Pág. 7.

1. La expresión "*personas dadas por desaparecidas*" incorporada en el artículo 2 se entienda bajo un concepto amplio de desaparición y no solo como aquella que se denomina forzada.
2. La expresión "*en coordinación con el INMLCF*" incorporada en los literales d y e del numeral 3 del artículo 5 no se entienda en un sentido restrictivo que vulnere la autonomía de la UBPD y, en esa medida, no signifique una autorización o definición de asuntos que dependa del INMLCF.
3. Las expresiones "*y*" y "*públicas*" incorporada en el numeral 3 del artículo 5 sea declarada inexequible al limitar de manera injustificada la posibilidad de que en función de su autonomía la UBPD pueda desarrollar asuntos específicos de los procesos de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna con entidades públicas o privadas, entendidas estas últimas bajo un concepto amplio que incluya organizaciones nacionales o internacionales expertas en la materia que corresponda.
4. La expresión "*por intermedio*" incorporada en el literal g del numeral 3 del artículo quinto, se entiendan bajo un sentido amplio de colaboración sin que signifique que la UBPD no pueda solicitar el examen médico legal de manera directa o incluso, a entidad distinta al INMLCF.
5. La expresión "*Promover la coordinación interinstitucional para la orientación de, y la atención psicosocial a, los familiares [...]*" incorporada en el numeral 5 del artículo 5 debe ser entendida en el sentido que la UBPD debe garantizar la efectiva atención psicosocial de las víctimas en el marco de los procesos de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna, que adelante.
6. La expresión "*habitación"* incorporada en el literal b del numeral 2 del artículo 8 debe ser entendida como domicilio.
7. La inexequibilidad de la expresión "*y es indelegable"* incorporada en los parágrafos de los artículos 8 y 9 por violar el principio de eficacia de la administración pública.
8. La inexequibilidad de la expresión "*habitación o domicilio*" utilizada en el título y en el inciso primero del artículo 9 en la medida que el numeral 2 del artículo 7 incorpora la posibilidad de que una autoridad competente deba autorizar el ingreso a un lugar por norma legal. Se esta manera se conserva la disposición, pero permitiendo una interpretación coherente con el contenido del numeral 2 mencionado bajo una lectura sistemática y teleológica, permitiendo resolver la situación por parte de una autoridad judicial ante la ausencia de autorización de la autoridad competente del lugar.
9. La inexequibilidad del numerales 1 del artículo 21 por posibles conflictos de intereses, tal y como se explicó en el apartado 5.11 de este documento.
10. Inexequibilidad condicionada del artículo 30 en el sentido de que la UBPD debe tener un carácter preferente en el conocimiento y realización de los procesos de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de las personas desaparecidas hasta tanto se establezca claramente que los hechos no tuvieron relación con el conflicto armado interno, o en los cuales existan dudas sobre dicha relación.

Adicionalmente, consideramos relevante que la H. Corte se pronuncie en su sentencia sobre los siguientes asuntos:

- Parámetros básicos de participación de las víctimas.
- Establecer que mientras entre en funcionamiento la sección de revisión del Tribunal para la Paz en la Jurisdicción Especial para la Paz, lo establecido en el artículo 9 deberá ser conocido por los jueces penales.
- Establecer que la expresión "*elementos materiales asociados al cadáver*" debe ser objeto de una interpretación técnica y jurídica no restrictiva, permitiendo que las actividades desplegadas por la UBPD tengan en cuenta todos los elementos que puedan ser ubicados en el lugar del hallazgo en un área determinada.

Adjunto

- Comunicado **¡Tenemos que encontrar a todas las personas desaparecidas!** Del 1 de junio de 2017, firmado por más de organizaciones y personas.
- Cuadro de análisis del decreto 589 de 2017, de acuerdo con los juicios planteados en el punto 1.

Atentamente,

GUSTAVO GALLON GIRALDO
C. C. No. 19.157.375
Director

JUAN CARLOS OSPINA RENDÓN
C. C. No. 1.053.775.609
Coordinador de Incidencia Nacional

MARIA CIELO LINARES
C. de Ext. No. 523.333
Abogada de Incidencia Nacional

YALI HENRY SEQUEIRA
P. 12AK33563 de Francia
Investigador de Incidencia Nacional

JUAN MANUEL MALAGÓN RUBIO
C.C. 1.104.708.988
Pasante de Incidencia Nacional