



Ref.: DRP/337/18/CB/DM

Bogotá, D.C., 18 de octubre de 2018

Respetado Representante Hoyos:

Asunto: Observaciones generales de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DDHH) sobre el texto del proyecto de Acto Legislativo Nro. 087/2018 Cámara “por el cual se adiciona un artículo transitorio de la Constitución Política”

Tengo el honor de dirigirme a usted en mi condición de Representante Adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y en virtud del marco del Acuerdo suscrito en Ginebra (Suiza) el 29 de noviembre de 1996 por el Gobierno colombiano y la Organización de las Naciones Unidas.

Como es de su conocimiento, la Oficina que represento viene asesorando a los poderes ejecutivo y legislativo acerca de las mejores prácticas para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en el marco del trámite de varias iniciativas legislativas relacionadas con la implementación normativa del punto cinco (5) del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

En tal sentido, nuestra Oficina se permite presentar, de acuerdo a la solicitud enviada por la Honorable Comisión Primera de la Cámara de Representantes a través del oficio No. C.P.C.P-410-18, de 10 de octubre de 2018, nuestras observaciones sobre el Proyecto de Acto Legislativo No. 087 de 2018 Cámara “Por el cual se adiciona un artículo transitorio de la Constitución Política”.

Honorable Representante
Samuel Alejandro Hoyos Mejía
Presidente
Comisión Primera Constitucional
H. Cámara de Representantes
Bogotá D.C., Colombia.

Comisión Primera
Recibí
mañana el 18/18
2:09 pm

I. Consideraciones generales

Los mecanismos judiciales y extrajudiciales (La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición; la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, y la Jurisdicción Especial para la Paz) que conforman el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante, SIVJRNR o Sistema Integral) buscan satisfacer de manera integral los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto.

Estos componentes tienen un potencial inmenso para contribuir: i) al esclarecimiento de los crímenes del pasado ocurridos en el marco del conflicto armado; ii) el procesamiento y la identificación de los responsables de estos hechos; iii) a visibilizar las causas y las consecuencias del conflicto; iv) y a paliar el sufrimiento de las familiares de las personas desaparecidas y v) a promover la implementación de medidas que impidan la repetición de los hechos.

El cumplimiento de los objetivos y las funciones asignadas a cada uno de los componentes, supone, entre otros aspectos, la existencia de garantías jurídicas, políticas y materiales de acceso y preservación de la información pública, incluida aquella que tiene una naturaleza reservada.

Los mecanismos de justicia transicional brindan una posibilidad invaluable para la revelación completa de la verdad sobre hechos cometidos por todos los actores del conflicto armado interno y que permanecen ocultos bajo el manto de la impunidad. Sin duda, el acceso a la información coadyuva de manera determinante a la comprensión del conflicto armado, siendo una condición necesaria para la satisfacción plena de los derechos de las víctimas, el fortalecimiento democrático y la consolidación de una paz estable y duradera.

El presente escrito tiene como finalidad promover la concordancia del proyecto de Acto Legislativo con las normas y los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito del debate legislativo de esta iniciativa.

La Oficina reitera la relación inescindible que existe entre el acceso y la preservación de archivos y la garantía de los derechos a la verdad¹, a la justicia, la reparación y las garantías de

¹ “Los archivos son fundamentales para garantizar el derecho a la verdad. El derecho a conocer la verdad tiene sus raíces en el derecho internacional, en particular en lo que respecta al derecho de las familias a conocer la suerte de

no repetición y, sobre la base de los estándares internacionales de derechos humanos, advierte acerca de las serias limitaciones que el proyecto de Acto Legislativo No. 087 establece a las competencias y atribuciones otorgadas a los mecanismos que conforman el Sistema Integral diseñado en el Acuerdo Final

II. Observaciones sobre el proyecto de Acto Legislativo

En sus informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en Colombia esta Oficina ha señalado que:

“La protección, acceso y uso de archivos de derechos humanos estatales y no estatales son esenciales para la construcción de la paz. La destrucción, pérdida o deterioro de archivos impediría la efectividad de los mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición (...)” y ha ratificado que éstos precisan de “amplio acceso a los archivos para cumplir con sus mandatos.”

En ese contexto, la Oficina ha recomendado al Estado colombiano proteger de forma inmediata y transparente los archivos de derechos humanos y armonizar el régimen de acceso a la información con los estándares internacionales y los objetivos del proceso de paz. Asimismo, ha instado a todos los países con información útil para la justicia transicional en Colombia, a facilitar el acceso expedito a los archivos relevantes que se encuentren en su poder.”²

En el informe anual sobre la situación de derechos humanos de Colombia en 2016, la Oficina reiteró:

“(...) la necesidad de introducir cambios legales, institucionales, presupuestales y culturales relacionados con la identificación, protección, acceso y uso de archivos estatales para facilitar el trabajo del sistema de justicia transicional (...) y ratificó “la necesidad de proteger archivos

sus familiares, así como a la obligación de los Estados de buscar a las personas desaparecidas.” Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos. (2015). Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto. Archivos. New York. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_14_4_Archives_sp.pdf Página 3.

² Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos. Informe anual. Situación de los derechos humanos en Colombia. 2015. Párrafos 49 y 51. Recomendación (f)A/HRC/31/3/Add.2. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anales/8774-informe-del-altocomisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-colombia-durante-el-ano-2015>

enteros relacionados con las graves violaciones a los derechos humanos del pasado. Aunque el Acuerdo de Paz omite referencia a la necesidad de que las FARC-EP aporten sus archivos, estos deberían ser incluidos y considerados de la misma manera que aquellos del Estado.”³

Por ello, es necesario recordar que el cumplimiento a cabalidad de los mandatos asignados a los mecanismos del SIVJNRN depende de que puedan acceder a la información contenida en archivos públicos y privados, nacionales e internacionales, relacionados con las violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario ocurridas en el marco del conflicto armado. La experiencia internacional ha evidenciado que las restricciones al acceso completo de la información pública ha configurado un obstáculo que ha afectado seriamente el correcto funcionamiento de los mecanismos (extrajudiciales y judiciales) en procesos de justicia transicional (especialmente por su destrucción u ocultamiento)⁴.

Al respecto, el Relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de Naciones Unidas, ha reiterado su llamado a los Estados para que presten “(...) todo su apoyo a los mecanismos que buscan la verdad durante su ciclo de existencia, lo que incluye el acceso a los archivos que contienen información sobre violaciones graves de los derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario, a fin de que ellos estén disponibles para implementar de manera efectiva e independiente su mandato”⁵.

Sobre el acceso a información relacionada con violaciones graves de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que:

“en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es

³ Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos. Informe anual. Situación de los derechos humanos en Colombia. 2016. Párrafo 25. A/HRC/34/3/Add.3. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anales/8775-informe-del-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-colombia-durante-el-ano-2016>

⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido del conflicto. Archivos. HR/PUB/14/4. 2015. Páginas 35 y ss. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_14_4_Archives_sp.pdf.

⁵ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. A/HRC/30/42, 7 de septiembre de 2015, *Set of general recommendations for truth commissions and archives*, párrafo 6. Disponible en: <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/30/42>.

accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones. Asimismo, este Tribunal ha determinado que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. De igual manera, el derecho a conocer la verdad también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.”

En consecuencia, ese tribunal interamericano ha reiterado que:

“en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar 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. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada.”⁶

De manera más precisa, la Corte IDH se refirió a la colisión de intereses entre la protección del secreto de Estado y los derechos de las víctimas en materia de archivos, así:

“[E]n el marco de un procedimiento penal, especialmente cuando se trata de la investigación y persecución de ilícitos atribuibles a las fuerzas de seguridad del Estado, surge una eventual colisión de intereses entre la necesidad de proteger el secreto de Estado, por un lado, y las obligaciones del Estado de proteger a las personas de los actos ilícitos cometidos por sus agentes públicos y la de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los mismos, por el otro lado. [...] Los poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos. En casos de violaciones de derechos humanos, cuando los órganos judiciales están tratando de esclarecer los hechos y juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones, el ampararse en el secreto de Estado para entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la ‘clandestinidad del Ejecutivo’ y perpetuar la impunidad. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. [...] De esta manera, lo que resulta incompatible con un Estado de Derecho y una tutela judicial efectiva ‘no es que haya secretos, sino que estos secretos escapen de la ley,

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Párrafos 199, 200 y 202.

esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable porque no están regulados jurídicamente y que por tanto están al margen de todo sistema de control”⁷.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado que:

“(…) no entregar a los órganos que están investigando violaciones de derechos humanos información estatal que puede facilitar el esclarecimiento de los hechos, atenta contra el orden público y la seguridad nacional, cuyo fundamento es el respeto a los derechos humanos y el sometimiento de los servidores públicos a la ley; compromete la posibilidad de esclarecer los crímenes cometidos y con ello el derecho de las víctimas y sus familiares a la justicia; y, finalmente, quebranta, la llamada “igualdad de armas”, uno de los principios medulares del debido proceso, pues si la agencia que niega el acceso a la información es la misma acusada por acción u omisión, por las agresiones cometidas, la víctima de tales agresiones queda en imposibilidad de demostrar sus argumentos.”⁸

Del mismo modo, la Comisión Interamericana ha indicado que:

“En toda transición, el derecho de acceso a la información se convierte en una herramienta esencial para impulsar el esclarecimiento de las atrocidades del pasado. Es por esto que la CIDH ha indicado que en contextos de transición a la democracia, la libertad de expresión y el acceso a la información adquieren una importancia estructural. En efecto, es con fundamento en estos derechos que es posible reconstruir el pasado, reconocer los errores cometidos, reparar a las víctimas y formar una opinión pública vigorosa que contribuya a la recuperación democrática y a la reconstrucción del Estado de Derecho.”⁹

Finalmente, la Comisión Interamericana ha concluido que: “(…) en ningún caso una agencia del Estado puede negar a las autoridades que investigan violaciones de derechos humanos, información estatal que pueda ayudar a esclarecer tales violaciones. Dicha información debe ser entregada tanto a jueces como a organismos autónomos de investigación (como, por ejemplo, el ministerio público o una comisión de la verdad.”¹⁰

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 181.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe “El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano.” El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Segunda edición. OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.(OAS official records; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2012. Párrafo 83. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/acceso%20a%20la%20informacion%202012%202da%20edicion.pdf>

⁹ Ibidem, párrafo 86.

¹⁰ Ibidem, párrafo 81.

Por su parte, el proyecto de Acto Legislativo establece que “en ningún caso y bajo ninguna circunstancia” los mecanismos del Sistema Integral podrán:

“solicitar, requerir, pedir u oficiar a entidades públicas de cualquier orden, a los organismos de control, a los servidores públicos y a los particulares que cumplen o cumplieron funciones públicas, información, datos, documentos de carácter reservado, documentos de altísima sensibilidad, expedientes de carácter reservado, información sometida a reserva, o cualquiera otra operación relacionada con información estatal o documentos de cualquier índole, en donde se señale, indique, mencione, describa, o especifique información relacionada con la seguridad nacional tales como operaciones militares, operaciones estatales, operaciones de inteligencia, operaciones de contrainteligencia o cualquier otra información que atente o ponga en riesgo mínimo la seguridad nacional o de cualquiera de sus agentes.”

La Oficina considera que el proyecto consagra una restricción general y absoluta de acceso y preservación de la información que no se corresponde con las normas y estándares internacionales sobre derechos humanos que han sido presentados. En efecto, el proyecto anula las facultades en materia de acceso y preservación de información que le fueron otorgadas a los mecanismos del Sistema Integral, y que ya fueron examinadas y avaladas por la H. Corte Constitucional¹¹, así como desconoce las disposiciones estatutarias del marco jurídico nacional que regulan la transparencia y acceso a la información pública¹².

¹¹ Proyecto de Ley número 008 de 2017 Senado – 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, artículo 111; Ley 1922 de 2018 del 18 de julio de 2018, artículos 20 y 21; Decreto 589 del 5 de abril de 2017, artículos 11-14; Decreto 588 del 5 de abril de 2017, artículo 15-18.

La Corte Constitucional ha expresado: “En este orden de ideas, las reglas fundamentales que se derivan del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte y el alcance que la Corte IDH ha dado al derecho a la información consagrado en el artículo 13 de la CADH, en relación con el derecho de acceso a la información pública, pueden ser sintetizadas de la siguiente manera: (i) Existe un derecho fundamental y una prerrogativa general de acceso a la información y los documentos públicos en cabeza de toda persona y de entidades públicas y privadas. (ii) Esta prerrogativa general se rige por el principio de la máxima divulgación, según el cual, toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal. (iii) Se admiten, sin embargo, restricciones al acceso a la información pública, respecto de documentos reservados o clasificados, siempre que, además de la reserva de ley, se cumplan con los demás requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte (supra fundamento 223.3.). (iv) En todo caso, no es admisible restricción alguna al acceso a la información pública relacionada con violaciones a los DDHH y delitos de lesa humanidad, sin perjuicio del deber de protección de los derechos de las víctimas de tales violaciones. (v) Los órganos judiciales y extrajudiciales de investigación oficial de la verdad y reconstrucción de la memoria, en escenarios de transición, deben tener acceso pleno a toda la información pública, con independencia de su contenido o de que pueda ser reservada o clasificada, siempre que sea necesaria para el cumplimiento de sus objetivos, mandato y/o funciones, dada su intrínseca relación con la garantía del derecho de las víctimas y la sociedad a conocer la verdad. En todo caso, deberán protegerse los derechos. Corte Constitucional. Sentencia C-017 del 21 de marzo de 2018. Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera. Párrafo.



Adicionalmente, es necesario destacar que de conformidad con los Principios Globales sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información (“los Principios Tshwane”):

“la información relacionada con otras violaciones de los derechos humanos o el derecho humanitario está sujeta a una alta presunción de divulgación, y en ningún caso podrá ser clasificada invocando razones de seguridad nacional de forma tal que se evitara la rendición de cuentas por dichas violaciones, o se despojara a la víctima de la oportunidad de acceder a una reparación efectiva”¹³.

Las posibles restricciones al acceso basadas en el vínculo de la información con la seguridad nacional deben ser taxativas, estar motivadas y someterse a control judicial. Estos planteamientos se recogen con claridad en el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cuando se advierte que:

“(n)o se podrá denegar la consulta de los archivos por razones de seguridad nacional excepto que, en circunstancias excepcionales, la restricción haya sido prescrita por ley; que el Gobierno haya demostrado que la restricción es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo y que la denegación sea objeto de examen judicial independiente”¹⁴.

En conclusión, el acceso efectivo a la información y a los archivos de las entidades estatales, incluidos aquellos sobre los cuales subsiste el deber de mantener la reserva legal y la confidencialidad, es de suma importancia para alcanzar los objetivos de los mecanismos que integran el Sistema Integral. Las reformas legislativas orientadas a regular las competencias y facultades de los mecanismos del Sistema Integral deben maximizar la capacidad de éstos para garantizar de manera eficaz los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto a la

229. Dichas reglas fueron reiteradas en la Sentencia C- 067 del 20 de junio de 2018. Magistrado Sustanciador. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹² El inciso (tercero) 3 del artículo 21 de la Ley 1712 del 6 de marzo de 2014 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional se dictan otras disposiciones” 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.”

¹³ Principios Globales sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información (“los Principios Tshwane”), concluidos en Tshwane, Sudáfrica, y emitidos el 12 de junio de 2013. Principio 10.1. Disponibles en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/tshwane-espanol-10302014%20%281%29.pdf>.

¹⁴ Consejo Económico y social. *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (E/CN.4/2005/102/Add.1) de 8 de febrero de 2005. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Principio 16.



verdad y la memoria colectiva. En el mismo sentido, todas las reformas legislativas deben estar orientadas a fortalecer las garantías democráticas y el Estado de Derecho.

En consecuencia, la Oficina ratifica que la capacidad de los mecanismos de justicia transicional para procesar el pasado de violaciones de derechos humanos cometidas en el conflicto armado implica la adopción de un marco jurídico que asegure el cumplimiento de sus objetivos. Adicionalmente, y en virtud del principio de colaboración armónica, las entidades estatales preexistentes deben brindar plena colaboración a los mecanismos del Sistema Integral para garantizar la articulación y coordinación conjunta necesaria que facilite el amparo efectivo de los derechos de las víctimas y el cumplimiento de los fines para los cuales fueron creados.

En los términos expuestos, dejo presentado el concepto técnico solicitado por la Honorable Comisión Primera de la Cámara de Representantes a través del oficio No. C.P.C.P-410-18, en relación con el Proyecto de Acto Legislativo No. 087 de 2018 Cámara “Por el cual se adiciona un artículo transitorio de la Constitución Política”, ratificando la entera disposición de la Oficina que represento para contribuir con su labor en tanto considere pertinente y oportuna nuestra intervención.

Acepte, honorable representante, la expresión de nuestra más distinguida consideración.

GUILLERMO FERNANDEZ MALDONADO

Representante Adjunto

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos
Humanos