

Señores
Consejeros Sección Primera (Reparto)
Sala de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado
Ciudad

E.S.D.

Ref. Medio de control de NULIDAD contra el Decreto 857 de 2014, con solicitud de medida cautelar

Accionantes:

Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad
Cesar Rodriguez Garavito
Vivian Newman Pont
Mauricio Albarracín Caballero
María Paula Ángel Arango

Accionados:

La Nación - Departamento Administrativo de Presidencia de la República - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Ministerio de Defensa Nacional - Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia - Departamento Administrativo de la Función Pública

El CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD (en adelante "Dejusticia"), persona jurídica identificada con NIT: 830131150 y representada por su representante legal CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO identificado con C.C. No. 79.555.322 de Bogotá; CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, persona natural identificado con C.C. No. 79.555.322 de Bogotá, ciudadano en ejercicio y vecino de esta ciudad, Director de Dejusticia; VIVIAN NEWMAN PONT, persona natural identificada con C.C. No. 32.691.759 de Barranquilla, ciudadana en ejercicio y vecina de esta ciudad, Subdirectora de Dejusticia; MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO, persona natural identificado con C.C. No. 91514122 de Bucaramanga, ciudadano en ejercicio y vecino de esta ciudad, investigador de Dejusticia; y MARÍA PAULA ÁNGEL ARANGO, persona natural identificada con C.C. No. 1.020.766.444 de Bogotá, ciudadana en ejercicio y vecina de esta ciudad, investigadora de Dejusticia, por medio del presente escrito interponemos respetuosamente ante su Despacho el medio de control de NULIDAD previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra el Decreto 857 de 2014 "[p]or el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, "por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones"" suscrito por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Defensa Nacional, el Director del Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Concretamente, por medio de esta acción se demanda la nulidad de los artículos 5º parcial, 6º, 9º parcial, 10 y 19 parcial del Decreto 857 de 2014, por considerar que los mismos fueron expedidos con infracción de las normas en las que deberían fundarse¹. Para mayor claridad de los Honorables Consejeros, antes de pasar a desarrollar el contenido de la demanda, nos disponemos a hacer un breve resumen de los cargos que más abajo se desarrollan *in extenso*.

Por una parte, el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014 pretenden reglamentar la reserva de información consagrada en el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013. Sin embargo, al hacerlo establecen la reserva de todos los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sin precisar documentos, información y elementos técnicos concretos, ni exigir que la reserva sea aplicada con observancia de los principios de razonabilidad y

¹ Tal como lo estableció la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 30 de abril de 2009 en la que se decidía una acción pública electoral instaurada contra el acto de elección de los Diputados del departamento del Atlántico para el período constitucional 2008-2011, "[l]a causal de nulidad (...) por infracción de "las normas en que debería fundarse", se configura por la inobservancia de las normas que constituyen el marco jurídico del acto y surge de la confrontación entre la norma invocada como infringida y el acto administrativo infractor (...)". Ver: Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009). No. de expediente: 2007-00972-01. C.P.: Filemón Jiménez Ochoa.

proporcionalidad. En esa medida, se trata de la creación de una reserva de información más amplia que la que autoriza la Ley Estatutaria 1621 de 2013, lo que constituye una extralimitación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Adicionalmente, se trata de la creación, por medio de normas de rango inferior a la ley, de una reserva de información que es genérica y automática, y que en esa medida, no cumple con los requisitos de reserva legal, claridad y precisión, y razonabilidad y proporcionalidad a los que deben someterse las restricciones al derecho de acceso a la información pública. Por ello, se está también ante la violación del artículo 74 de la Constitución Política, el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 4° y 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, y los artículos 2°, 6° literal d), 19 y 28 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014.

Por su parte, el tercer inciso del artículo 9° y el párrafo 1° del artículo 19 del Decreto 857 de 2014 establecen la reserva de (i) los manuales de inteligencia; y (ii) las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades;. Se trata de la creación de nuevas reservas de información que no se derivan explícitamente (ni incluso implícitamente) del articulado de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 que se pretendía reglamentar, lo que constituye una extralimitación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. De igual forma, se trata de la creación, por medio de normas de rango inferior a la ley, de reservas de información, cuya creación tiene reserva de ley. En esa medida, se está también ante la violación del artículo 74 de la Constitución Política, del artículo 19 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 y del artículo 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

Hecha esta síntesis, procedemos a desarrollar la demanda, la cual está estructurada de la siguiente manera:

- I. Procedibilidad del medio de control seleccionado
- II. Competencia
- III. Hechos
- IV. Pretensiones
- V. Disposiciones violadas y concepto de la violación
 1. Cargos contra el primer inciso del artículo 5°, el artículo 6° y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014
 - 1.1 Violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política
 - 1.2 Violación del artículo 74 de la Constitución Política
 - 1.3 Violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad
 - 1.4 Violación del artículo 4° de la Ley Estatutaria 1621 de 2013
 - 1.5 Violación del artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013
 - 1.6 Violación de los artículos 2°, 6° literal d), 19° y 28° de la Ley Estatutaria 1712 de 2014
 2. Cargos contra el tercer inciso del artículo 9° y el primer párrafo del artículo 19° del Decreto 857 de 2014
 - 2.1 Violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política
 - 2.2 Violación del artículo 74 de la Constitución Política
 - 2.3 Violación del artículo 19° de la Ley Estatutaria 1712 de 2014
 - 2.4 Violación del artículo 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015
- VI. Anexos
- VII. Notificaciones

I. PROCEDIBILIDAD DEL MEDIO DE CONTROL SELECCIONADO

Aun cuando la confrontación de las normas acusadas debe hacerse no solo frente a normas legales sino también frente a las normas constitucionales invocadas, el medio de control que procede es el de simple nulidad, y no el de nulidad por inconstitucionalidad.

Para sustentarlo, es preciso destacar lo que ha establecido la Sala Plena del Consejo de Estado al respecto, al señalar:

“En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible

*inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad, que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo*².

De hecho, es por ello por lo que en la sentencia del 28 de noviembre del 2002³ la Sección Primera del Consejo de Estado decidió darle a una acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 “*Por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas*”, el trámite de acción de simple nulidad, al percatarse de que la confrontación de la norma acusada debía hacerse no solo frente a las normas constitucionales invocadas, sino también frente a normas legales, especialmente el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

Tomando en consideración estas posiciones del honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se ratifica que el medio de control de simple nulidad es el procedente para el presente caso.

II. COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para conocer de este medio de control de nulidad, de conformidad con el artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, que en su parte pertinente establece: “*El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. (...)*”. Entonces, dado que la nulidad que se reclama recae sobre un acto administrativo de carácter general expedido por el Gobierno Nacional, su examen es de competencia del Consejo de Estado.

En cuanto a la sección competente, se trata de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior, en consonancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, según el cual:

“Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Primera:

1-. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones. (...)”.

III. HECHOS

1. El 17 de abril de 2013 entró en vigencia la Ley Estatutaria 1621 de 2013, “[p]or medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”, suscrita por el Presidente de la República, la Ministra de Justicia y del Derecho, el Ministro de Defensa Nacional y el Director del Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia, y publicada en el Diario Oficial 48764 de abril 17 de 2013.
2. El 6 de mayo de 2014 entró en vigencia el Decreto 857 de 2014, “[p]or el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”, suscrito por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Defensa Nacional, El Director del Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, y publicado en el Diario Oficial 49143 de mayo 6 de 2014.
3. El 6 de septiembre de 2014 entró a regir para todos los sujetos obligados del orden nacional la Ley Estatutaria 1712 de 2014, “[p]or medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, suscrita por el Presidente de la República, el Ministro de Justicia y del Derecho, la Ministra de Educación Nacional, y el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y publicada en el Diario Oficial 49084 de marzo 6 de 2014.
4. El 6 de marzo de 2015 entró a regir para los entes territoriales obligados la Ley Estatutaria 1712 de 2014, “[p]or medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones” suscrita por el Presidente de la República, el Ministro de Justicia

² Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del veintitrés (23) de julio de 1996. No. de Expediente: S-612 . C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre del año dos mil dos (2002). No. de Expediente: 110001 03 15 000 2001 0060 01. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

y del Derecho, la Ministra de Educación Nacional, y el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y publicada en el Diario Oficial 49084 de marzo 6 de 2014.

5. El 30 de junio de 2015 entró en vigencia la Ley Estatutaria 1755 de 2015, “[p]or medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, suscrita por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, y publicada en el Diario Oficial 49559 de junio 30 de 2015.

IV. PRETENSIONES

PRIMERA (1). Que se declare la nulidad del primer inciso del artículo 5° del Decreto 857 de 2014, expedido por el Presidente de la República, “*Por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*”.

SEGUNDA (2). Que se declare la nulidad del artículo 6° del Decreto 857 de 2014, expedido por el Presidente de la República, “*Por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*”.

TERCERA (3). Que se declare la nulidad del tercer inciso del artículo 9° del Decreto 857 de 2014, expedido por el Presidente de la República, “*Por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*”.

CUARTA (4). Que se declare la nulidad del artículo 10 del Decreto 857 de 2014, expedido por el Presidente de la República, “*Por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*”.

QUINTA (5). Que se declare la nulidad del parágrafo 1° del artículo 19 del Decreto 857 de 2014, expedido por el Presidente de la República, “*Por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*”.

V. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Tal como se expresó, en la presente acción se demanda la nulidad de los artículos 5° parcial, 6°, 9° parcial, 10 y 19 parcial del Decreto 857 de 2014 por considerar que los mismos fueron expedidos con infracción de las normas en las que deberían fundarse.

En particular, el primer inciso del artículo 5°, el artículo 6° y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014 infringen el numeral 11 del artículo 189, y el artículo 74 de la Constitución Política, el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 4° y 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, y los artículos 2°, 6° literal d), 19 y 28 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. Lo anterior, pues crean una reserva de información más amplia que la que se pretendía reglamentar, con un carácter genérico y automático, con lo cual violan tanto las potestades reglamentarias del Presidente de la República como los estrictos requisitos a los que deben someterse las restricciones al derecho de acceso a la información pública.

Por su parte, el tercer inciso del artículo 9° y el parágrafo 1° del artículo 19 del Decreto 857 de 2014 violan el artículo 74 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, así como el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015. Esto, toda vez que crean, por medio de normas de rango inferior a la ley, nuevas reservas de información que no se derivan explícitamente (ni incluso implícitamente) del articulado de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 que se pretendía reglamentar, violando así tanto las potestades reglamentarias del Presidente de la República como el principio de reserva legal que rige la creación de reservas de información pública.

A continuación, se pasará a exponer estos dos grupos de cargos y el concepto de violación de cada una de las disposiciones infringidas.

1. Cargos contra el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014

El primer inciso del artículo 5º del Decreto 857 de 2014 prevé:

*“Artículo 5º. Documentos de Inteligencia y Contrainteligencia. Son documentos de inteligencia y contrainteligencia **todos** aquellos originados, procesados y/o producidos en los organismos de inteligencia y contrainteligencia con los niveles de clasificación establecidos en el presente decreto. **Estos documentos de conformidad con la ley están protegidos por la reserva legal.** (...)”* (negrilla fuera del texto).

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 857 de 2014 señala:

*“Artículo 6º. Protección de los documentos de inteligencia y contrainteligencia. De conformidad con la ley, **los documentos de inteligencia y contrainteligencia estarán amparados, en todo momento, por la reserva legal en cualquiera de los niveles de clasificación que se les asigne.** La difusión contenida en estos documentos de inteligencia y contrainteligencia observará los parámetros y restricciones consagrados en la Constitución, la Ley 1621 de 2013, el presente decreto, los manuales y protocolos que se establezcan al interior de cada organismo para su adecuada administración, protección, custodia y seguridad de la información”* (negrilla fuera del texto).

Por último, el artículo 10º del Decreto 857 de 2014 prescribe:

*“Artículo 10º. Reserva legal. En los términos del artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, **los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia estarán amparados por la reserva legal** y se les asignará un nivel de clasificación de acuerdo con lo establecido en el siguiente artículo”* (negrilla fuera del texto).

Las disposiciones acusadas establecen la reserva de los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, entendiendo por documentos *“todos aquellos originados, procesados y/o producidos en los organismos de inteligencia y contrainteligencia con los niveles de clasificación establecidos en el presente decreto”* (subrayado fuera del texto). Lo anterior, sin especificar documentos, información y elementos técnicos concretos, más allá del origen de los mismos. Así mismo, sin precisar—como sí lo hace el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 que pretenden reglamentar—que esa reserva procede en atención a la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Por último, sin puntualizar —como sí lo hace el parágrafo 2º del artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 que pretenden reglamentar—que su aplicación debe estar sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que implica también hacer un test de daño.

Por medio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República se amplía entonces el alcance de la reserva de información que se pretende reglamentar, violándose así el numeral 11º del artículo 189º de la Constitución Política (Cargo 1.1). Así mismo, por medio de normas de rango inferior al legal se crea una reserva de información que es genérica y automática, pues cubija un amplísimo conjunto de información y documentos públicos indeterminados, y sin cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad exigidos por la normativa aplicable para poder imponer restricciones al derecho de acceso a la información pública. Con ello, se violan los principios de reserva legal; claridad y precisión; y razonabilidad y proporcionalidad consagrados en las normas que protegen el derecho de acceso a la información pública y regulan sus restricciones, siendo éstas: el artículo 74º de la Constitución Política (Cargo 1.2); el artículo 13º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Cargos 1.3); el artículo 4º de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 (Cargo 1.4); el artículo 33º de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 (Cargo 1.5); y los artículos 2º, 6º literal d), 19º y 28º de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 (Cargo 1.6), como se pasa a explicar seguidamente.

1.1. Violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política

La reserva genérica y automática que el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10º del Decreto 857 de 2014 establecen viola el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el cual consagra la potestad reglamentaria del Presidente de la República en los siguientes términos:

*“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)
11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...)”*

El Decreto 857 de 2014 cuyos artículos se cuestionan fue proferido por el Gobierno Nacional en ejercicio de esa potestad reglamentaria. En particular, el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 de

dicho decreto fueron formulados con la finalidad de reglamentar la reserva de información consagrada en el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, que en su parte pertinente establece:

*“Artículo 33. Reserva. **Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia** sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada. (...)”*

*Parágrafo 2°. El organismo de inteligencia que decida ampararse en la reserva para no suministrar una información que tenga este carácter, debe hacerlo por escrito, y por intermedio de su director, **quien motivará por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y la fundará en esta disposición legal.** En cualquier caso, frente a tales decisiones procederán los recursos y acciones legales y constitucionales del caso. (...)”* (negrilla fuera del texto).

No obstante, el Consejo de Estado ha dicho que la potestad reglamentaria del Presidente se encuentra restringida bajo estrictos límites, que impiden ampliar o restringir el alcance de la ley, pues su objeto es precisamente ejecutar los contenidos de la ley sin excederse. Así, por ejemplo, en la sentencia del 2 de septiembre de 2010 en la que se resolvía una acción de nulidad contra el Decreto 1020 del 30 de marzo de 2007, en el que el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007 en lo concerniente a la ejecución y giro de unos recursos del régimen subsidiado y a la prestación de servicios de salud con cargo a los subsidios a la demanda, la Sección Primera del Consejo de Estado señaló:

*“(...) ha de entenderse que las potestades a que alude el artículo constitucional anteriormente transcrito, **no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico.** La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, **so pretexto de aclarar y hacer mucho más explícita una norma de carácter legal, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de recortar o ampliar lo que en ella se dispone,** pues ello, además de constituir un ejercicio desbordado e ilegítimo de dicha función, equivale a desconocer el espíritu del legislador y el principio democrático en el cual se inspira el cumplimiento de la función legislativa por parte del Congreso de la República.*

*Es por ello que **la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones** y en una invasión de las competencias del legislador”*⁴ (negrilla fuera del texto).

Por su parte, en la sentencia del 29 de octubre de 2012, en la que se resolvió una acción de nulidad contra el Decreto 1039 de 2010, por medio del cual el Gobierno Nacional incluyó los convenios de apoyo o colaboración para la defensa y seguridad nacional suscritos por el Ministerio de Defensa Nacional con personas jurídicas relacionadas con algunos sectores económicos estratégicos en la lista de contratos reservados del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

*“(...) la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa **está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes”** (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, **concretar por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley.** De lo contrario la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser desarrollo de la decisión legislativa conducente a su debida ejecución, a pretender modificar la disposición del legislador que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del representante popular, al decretar normas que únicamente a este último competen”*⁵ (negrilla fuera del texto).

De esta forma, en el ejercicio de la potestad reglamentaria no está permitido introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, así como tampoco ampliar o restringir los

⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del dos (2) de septiembre de dos mil diez (2010). No. de expediente: 2007-00265-00. C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012). No. de expediente: 2010-00046-00. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

alcances de la ley. Lo anterior, toda vez que dicha potestad se debe restringir a **concretar** el enunciado abstracto de la ley en orden a tomarlo efectivo en el terreno práctico. En esa medida, el ejecutivo se encuentra obligado a respetar la letra y el espíritu de la ley, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones. Más aún, tratándose de la reglamentación de leyes estatutarias, en las que se regulan materias especialmente trascendentales del marco constitucional vigente, como lo son los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. En tanto los derechos fundamentales son la base esencial del Estado Constitucional de Derecho, la reglamentación de las leyes estatutarias que los regulen debe ser la más estricta y limitada, pues de lo contrario se corre con el riesgo de afectar dichos derechos de forma contraria a lo pretendido por el legislador.

Sin embargo, el contenido del primer inciso del artículo 5º, del artículo 6º y del artículo 10 del Decreto 857 de 2014 no concreta lo establecido por el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2012, sino que por el contrario, amplía su alcance. Así, al omitir que la reserva de los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia procede por la naturaleza de las funciones que cumplen estos organismos, los artículos reglamentarios dejan de desprenderse natural y lógicamente de la disposición legal que pretenden reglamentar. Por otra parte, al no hacer referencia a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que incluye el parágrafo 2º del artículo 33º, desconocen la letra y el espíritu de la Ley 1621 de 2012. De esta forma, lo que hacen no es reglamentar la reserva establecida en el artículo 33º de dicha ley, sino crear una nueva reserva, que a diferencia de la primera, tiene un carácter genérico y automático, sin posibilidad del respectivo análisis de razonabilidad y proporcionalidad que corresponde.

En consecuencia, al introducir por medio de su potestad reglamentaria una nueva reserva de información en el ordenamiento jurídico, el Ejecutivo incurrió en una extralimitación de sus funciones, infringiendo así el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por ello, se solicita que se declare la nulidad del primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014.

1.2. Violación del artículo 74 de la Constitución Política

La reserva genérica y automática que el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014 establecen viola el artículo 74 de la Constitución Política, el cual consagra el derecho de acceso a la información pública en los siguientes términos:

“Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable” (negrilla fuera del texto).

Para comprender el contenido de este artículo de orden constitucional, así como su violación, resulta conveniente referirse a algunas de las decisiones de la Corte Constitucional dirigidas a definir el alcance del derecho de acceso a la información pública. Lo anterior, en virtud del carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, cabe destacar lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-053 de 2015, según la cual *“los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico.”*⁶

Así, por un lado, en la sentencia C-951 de 2014, en la que se realizó el examen previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria del Derecho Fundamental de Petición (Ley Estatutaria 1755 de 2015), la Corte Constitucional sistematizó los principios rectores del derecho de acceso a la información pública, siendo estos:

“Máxima divulgación, lo cual implica que el derecho de acceso a la información debe ser sometido a un régimen limitado de excepciones.

“Acceso a la información es la regla y el secreto la excepción, toda vez que como todo derecho no es absoluto, pero sus limitaciones deben ser excepcionales, previstas por la ley, tener objetivos legítimos, ser necesarias, con estricta proporcionalidad y de interpretación restrictiva.

“Carga probatoria a cargo del Estado respecto de la compatibilidad de las limitaciones con las condiciones y requisitos que debe cumplir la reserva.

“Preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación.

“Buena fe en la actuación de las autoridades obligadas por este derecho, de tal manera que contribuya a lograr los fines que persigue, su estricto cumplimiento, promuevan una cultura de transparencia de la gestión pública y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional”⁷ (negrilla fuera del texto)

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-053 del doce (12) de febrero de dos mil quince (2015). M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-951 del cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014). No. de expediente: PE-041. M.P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

En este sentido, de acuerdo con la interpretación autorizada de la Corte Constitucional el derecho de acceso a la información pública implica que el principio de máxima divulgación es la regla y la reserva de documentos es la excepción. Lo anterior, debido a la importancia que el derecho de acceso a la información pública tiene para garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos, posibilitar el ejercicio de otros derechos constitucionales, y asegurar la transparencia de la gestión pública, al constituirse en un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal.

En lo que respecta a las restricciones al derecho de acceso a la información, en la sentencia C-491 de 2007, en la que se discutió la constitucionalidad del carácter reservado de los gastos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes, la Corte Constitucional consolidó los requisitos constitucionales para encontrar ajustada a la Carta la limitación del derecho de acceso a la información pública. En esa medida, estableció:

“la Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando:
i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información”⁸ (negrilla fuera del texto).

Posteriormente, dichos requisitos fueron textualmente citados por la Sección Segunda del Consejo de Estado en una sentencia del siete (7) de julio de 2010⁹, en la que se resolvió una acción de tutela interpuesta contra un Brigadier de la Brigada Treinta del Ejército Nacional, con la finalidad de que se protegieran los derechos del accionante, presuntamente vulnerados al no entregársele copia de la Orden de Operaciones y Misión Táctica adelantada el 6 de agosto de 2009.

Para el presente caso son particularmente relevantes los requisitos consagrados en los numerales i), ii) y ix) antes mencionados, siendo éstos: cumplimiento del principio de reserva legal; precisión y claridad de la norma legal; y sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, a continuación pasamos a detallar la forma en la que la reserva genérica y automática que las disposiciones aquí acusadas consagran incumple cada uno de estos requisitos.

a) Incumplimiento del principio de reserva legal: Ausencia de Ley creadora de la reserva

En la sentencia C-491 de 2007 ya mencionada¹⁰ la Corte Constitucional fue clara al establecer que “(...) donde quiera que no exista **reserva legal expresa** debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información”¹¹ (negrilla fuera del texto original). Así, la Corte Constitucional ha interpretado que el acceso a los documentos públicos sólo puede ser limitado por la reserva legal a la que puedan estar sujetos algunos de ellos, **la cual debe estar establecida por una ley** que la determine de manera específica. En consecuencia, es requisito indispensable que toda reserva esté expresamente consagrada en una ley (en sentido estricto) o en la Constitución.

Esta interpretación fue también adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado en una sentencia del dieciocho (18) de noviembre de 2010 en la que se resolvió una acción de tutela interpuesta contra la Jefatura de Inteligencia y Contrainteligencia Militar conjunta, con la finalidad de que se protegieran los derechos del accionante, presuntamente vulnerados al no entregársele copias auténticas de unos documentos que hacen parte de un contrato de compraventa suscrito entre el accionante y la Jefatura alegando seguridad nacional¹².

En el caso de la reserva genérica consagrada en las disposiciones aquí acusadas, la misma está *en principio* basada en la reserva legal expresa establecida en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013. Sin embargo, si se

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). No. de expediente: D-6583. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del siete (7) de julio de dos mil diez (2010). No. de expediente: 2010-00129-01(AC). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁰ En la que se discutió la constitucionalidad del carácter reservado de los gastos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). No. de expediente: D-6583. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

¹² Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010). No. de expediente: 2010-02217-01(AC). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

analiza en detalle el mencionado artículo, se evidencia que la reserva que allí se establece es distinta a la que prevén los artículos acusados, pues la primera tiene un espectro mucho más reducido y exigente que el de la reserva genérica bajo estudio.

Tal como ya se vio, el tenor del artículo 33 es el siguiente:

*“Artículo 33. Reserva. **Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia** sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada. (...)”*

*Parágrafo 2°. El organismo de inteligencia que decida ampararse en la reserva para no suministrar una información que tenga este carácter, debe hacerlo por escrito, y por intermedio de su director, **quien motivará por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y la fundará en esta disposición legal.** En cualquier caso, frente a tales decisiones procederán los recursos y acciones legales y constitucionales del caso. (...)”* (negrilla fuera del texto).

Según ese artículo, los documentos, información y elementos técnicos que pueden gozar de reserva son sólo aquellos que tienen relación directa con **la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia**. Esto, en la medida en que es precisamente la naturaleza de esas funciones el criterio expreso y determinante de la norma para prescribir tal secreto o reserva. Por el contrario, las disposiciones acusadas en esta sección de la demanda amplían la reserva a todos los documentos, información y elementos técnicos originados, procesados y/o producidos en los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sin hacer distinción alguna entre los que tienen y los que no tienen relación con la naturaleza de las funciones que dichos organismos cumplen. En esa medida, mientras el artículo 33 previamente citado define la reserva en relación con la naturaleza de la función de inteligencia y contrainteligencia, los artículos acusados la definen en virtud de las entidades en donde se originan los documentos. De esta manera, amplían de forma desmesurada e indiscriminada el universo de documentos cubiertos por la reserva.

Pero adicionalmente, el parágrafo 2° del artículo 33 de Ley 1621 de 2013, que es por lo demás obligatorio y no puede ser obviado por el intérprete, exige que para reservar un documento se justifique, en cada caso concreto, la razonabilidad y proporcionalidad de su reserva. En oposición, los artículos cuya legalidad se discute no hacen referencia alguna a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, haciendo que la reserva allí consagrada pierda el carácter condicional del que goza la establecida en el artículo 33.

En esta medida, en una norma de carácter reglamentario se consagra una reserva más amplia y menos exigente, que no encuentra sustento legal ni en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 ni en ninguna otra disposición de orden legal. De esta forma, se incumple el principio de reserva legal exigido por la Corte Constitucional como uno de los requisitos indispensables para que pueda restringirse el derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 74 Superior.

b) Incumplimiento del requisito que exige a la reserva fundarse en una norma clara y precisa

En la sentencia C-491 de 2007 ya mencionada¹³ la Corte Constitucional señaló:

*“La ley que limita el derecho fundamental de acceso a la libertad de información **debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y qué autoridades pueden establecer dicha reserva.** En efecto, la Constitución en este sentido rechaza las normas genéricas o vagas que pueden terminar siendo una especie de **habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado.** Para que esto no ocurra y no se invierta la regla general de la publicidad, la ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas”*¹⁴ (negrilla fuera del texto).

Contrario a lo exigido por la Corte, las disposiciones que aquí nos ocupan consagran una reserva en términos genéricos y amplios, en la que se incluyen **todos** los documentos originados, procesados y/o producidos en los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sin distinción alguna. Así, se trata de una norma genérica y vaga en la que no se especifica qué tipo de información en concreto puede ser objeto de reserva.

¹³ En la que se discutió la constitucionalidad del carácter reservado de los gastos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). No. de expediente: D-6583. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Al respecto, cabe destacar lo ya decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-274 de 2013, en la que se realizó el examen previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley Estatutaria 1712 de 2014). En esa providencia la Corte Constitucional declaró inconstitucional el parágrafo 2° del artículo 5°¹⁵ de la mencionada ley, que, de forma similar a los artículos aquí acusados, establecía de manera general que toda la información, documentos, base de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales sería reservada. Para declarar su inconstitucionalidad esta Alta Corporación argumentó lo siguiente:

*“En efecto, este listado genérico cobija todo tipo de información, **sin precisar de manera clara y concreta el tipo de información cobijada por la reserva, ni las razones por las cuales esa reserva deba garantizarse.***

*“Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una **habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP**, porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP).*

*“Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino **que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional.** Así por ejemplo, con esta **fórmula abierta**, quedan cobijadas por la reserva tanto el detalle de gastos reservados como la cuantía de los mismos, impidiendo así el control ciudadano sobre la forma como las entidades utilizan los recursos. También podían quedar amparados el contenido de un documento público y su existencia, y **todo tipo de información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional.***

“Por lo anterior, este parágrafo desconoce el principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, según el cual el legislador puede establecer límites al acceso a la información pública que sean excepcionales, razonables y ajustadas a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales”¹⁶ (negrilla fuera del texto).

Así, parecer claro que se encuentran prohibidas las expresiones genéricas o vagas, que en lugar de precisar qué información es la que goza de este tratamiento excepcional se convierten en fórmulas abiertas que habilitan a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado.

Caso distinto es el del artículo 40¹⁷ del Decreto 218 de 2001, que consagra la reserva de los documentos, mensajes, grabaciones, fotografías y material clasificado del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., por la naturaleza de las funciones que cumple ese organismo. Cuando la Sección Primera del Consejo de Estado evaluó la legalidad de dicho artículo en la sentencia del 13 de noviembre de 2003, momento en el que aún no estaba vigente la Ley Estatutaria 1712 de 2014, no encontró vocación de prosperidad de los cargos de nulidad, pues:

*“el carácter secreto o reservado de los documentos, mensajes, grabaciones, material clasificado por el DAS, **se justifica en razón a la naturaleza de las funciones que cumple este organismo que no en vano se denomina “Departamento Administrativo de Seguridad”, en la salvaguarda de la seguridad nacional, las cuales entran en el presupuesto de la excepción prevista en el artículo***

¹⁵ “Parágrafo 2°. Se exceptúan de la aplicación de esta ley y por tanto gozan de reserva legal la información, documentos, bases de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución Nacional, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, el artículo 27 de la Ley 594 de 2000, la Ley 1097 de 2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1219 de 2008, el artículo 2° de la Ley 1266 de 2008, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan”.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). No. de expediente: PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.

¹⁷ “Artículo 40. Reserva. Por la naturaleza de las funciones que cumple el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., en la salvaguarda de la seguridad nacional, los documentos, mensajes, grabaciones, fotografías y material clasificado del Departamento, tiene carácter secreto o reservado. En consecuencia, no se podrán compulsar copias ni duplicados, ni suministrar datos relacionados con ellos. El servidor público que indebidamente los dé a conocer incurrirá en causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Los ex funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad que revelen información sujeta a reserva serán acreedores de las sanciones civiles y penales a que haya lugar”.

12 de la Ley 57 de 1985 que modificó el artículo 19 del C.C.A. y que precisamente tienen que ver con la defensa o seguridad nacional”¹⁸ (negrilla fuera del texto).

Así, el hecho de que el artículo acusado incluyera la expresión “[p]or la naturaleza de las funciones que cumple el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., en la salvaguarda de la seguridad nacional, (...)” hizo que el mismo gozara de la precisión y la claridad solicitada por la jurisprudencia para la creación de reservas de documentos. De hecho, esa misma expresión llevó al Consejo de Estado a concluir que:

“(...) esta reserva no cobija toda la documentación que reposa en el DAS, pues mal podría extenderse a los contratos, nombramientos, calificación de cargos de carrera, por ejemplo, que no tienen relación directa con las funciones de defensa y seguridad nacionales, y es por ello que el Decreto parcialmente acusado habla de información “clasificada” con la que es objeto de reserva”¹⁹.

Empero, en el caso *sub examine* no existe una expresión que lleve a concluir que la reserva en cuestión se limita sólo a aquellos documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia que tengan relación directa con la naturaleza de las funciones que cumplen estos organismos. Por el contrario, y tal como se mencionó anteriormente, el único criterio de diferenciación o precisión que se incluye en los artículos aquí acusados es el del órgano de origen de los documentos.

Sin embargo, la utilización de ese único criterio de precisión no concuerda con lo que establecen varios principios que constituyen doctrina relevante en materia de acceso a la información en ámbitos de seguridad nacional. Este es el caso de los Principios Globales Sobre Seguridad Nacional y el Derecho a la Información—Principios de Tshwane (2013)²⁰—y los Principios sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información—Principios de Johannesburgo (1996)²¹—. Tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, “si bien [estos principios] en principio no integran el bloque de constitucionalidad, en todo caso constituyen doctrina relevante para interpretar los tratados internacionales que hacen parte del mismo”²². En esa medida, son relevantes para establecer el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública, y en esa medida, pueden ser utilizados como parámetros para el análisis de las disposiciones que en el ámbito nacional desarrollan este derecho.

La consideración del órgano de origen de los documentos como único criterio para aplicar la reserva viola por un lado el Principio #5 de Tshwane (2013)²³, que en su parte pertinente afirma:

“No se podrá clasificar información por motivos relativos a la seguridad nacional **simplemente con el argumento de que fue generada por**, o transmitida a un Estado extranjero o un organismo intergubernamental, **determinada autoridad pública** o unidad dentro del ámbito de una autoridad” (negrilla fuera del texto).

Incluso, la relación de los documentos con la defensa y seguridad nacional tampoco es un criterio suficiente para definir una reserva de documentos de forma precisa y clara. Al respecto, el Principio #12 de Johannesburgo (1996)²⁴ establece:

“Un estado no podrá denegar acceso de modo terminante a **toda la información relativa a la seguridad nacional**, sino que **deberá designar en ley sólo aquellas categorías específicas y**

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003). No. de expediente: 2003-00329-01. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003). No. de expediente: 2003-00329-01. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

²⁰ Estos “Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información”, emitidos el 12 de junio de 2013, fueron redactados por 22 organizaciones durante un periodo de dos años, en el que se contó con la asesoría de más de 500 expertos de al menos 70 países. El proceso de redacción culminó con una reunión en la ciudad sudafricana de Tshwane, de la que estos Principios tomaron su nombre.

²¹ Estos “Principios sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información” fueron aprobados el 1 de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos convocado por ARTÍCULO 19, el Centro Internacional Contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios Legales Aplicados de la Universidad de Witwatersrand, en Johannesburgo, ciudad de la que toman su nombre.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-511 del 18 de junio de 2010. No. de expediente: T-2.395.898. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Pronunciado para referirse a los Principios de Chapultepec, a los de Johannesburgo y a los de Lima en materia de libertad de expresión.

²³ Estos “Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información”, emitidos el 12 de junio de 2013, fueron redactados por 22 organizaciones durante un periodo de dos años, en el que se contó con la asesoría de más de 500 expertos de al menos 70 países. El proceso de redacción culminó con una reunión en la ciudad sudafricana de Tshwane, de la que estos Principios tomaron su nombre.

²⁴ Estos “Principios sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información” fueron aprobados el 1 de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos convocado por ARTÍCULO 19, el Centro Internacional Contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios Legales Aplicados de la Universidad de Witwatersrand, en Johannesburgo, ciudad de la que toman su nombre.

estrictas de información que sea necesario no revelar para proteger un interés legítimo de seguridad nacional” (negrilla fuera del texto).

Es por eso por lo que “[s]e considera buena práctica que la legislación nacional establezca una lista exclusiva de categorías de información limitadas” (Principio #9 de Tshwane (2013))²⁵. Al respecto, cabe destacar que la Ley Estatutaria 1621 de 2013 sí incluye expresamente categorías de documentos que deben ser *prima facie* reservados, como lo son el Plan Nacional de Inteligencia (artículo 8º), el informe anual que debe rendir la Junta de Inteligencia Conjunta ante la Comisión Legal de Seguimiento (artículo 13-h), el informe anual que deben rendir los Inspectores de la Policía o de la Fuerza Militar a la que pertenezcan los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia (artículo 18) y el informe anual que debe presentar la Comisión Legal de Seguimiento ante el Presidente de la República (artículo 22-a). Sin embargo, también incluye en el artículo 33 una habilitación general—aunque sujeta a ciertos requisitos—para reservar “documentos, información y elementos técnicos”, la cual se vuelve aún más general e indeterminada cuando es reglamentada por los artículos aquí acusados.

En conclusión, la fórmula abierta e imprecisa consagrada en las disposiciones acusadas es una restricción genérica y a futuro, que hace que la reserva pase de ser la excepción a ser la regla general. Así, lo que se tiene en el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014 es una habilitación general e indeterminada a los organismos de inteligencia y contrainteligencia para mantener en secreto toda la información que producen y que discrecionalmente consideren adecuado reservar. En esa medida, esa indeterminación incumple otro de los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para que pueda restringirse el derecho de acceso a la información pública protegido por el artículo 74 de la Constitución Política, siendo éste, la claridad y precisión de la norma que establece la reserva.

c) Incumplimiento del requisito que exige a la reserva sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

Por último, en lo que respecta a la exigencia jurisprudencial de que la reserva se sujete estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en la sentencia C-872 de 2003, en la que se evaluó la constitucionalidad del carácter reservado de los documentos que sirven de base para la evaluación de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, la Corte Constitucional estableció:

*“el principio de proporcionalidad comprende tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales **debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo**; el segundo, que **la medida legislativa debe ser lo más benigna posible con el derecho intervenido**, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, y la tercera, alude a que **la intervención en el derecho fundamental intervenido deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general**”²⁶ (negrilla fuera del texto).*

²⁵ Inclusive dicho principio incluye una lista de posibles categorías, a saber: “(i) Información sobre planes de defensa en curso, operaciones y cuestiones sobre capacidad durante el periodo en que la información resulte de utilidad operativa. Nota: Debe entenderse que la frase “durante el periodo en que la información resulte de utilidad operativa” exige divulgar la información una vez que esta ya no suponga revelar datos que podrían ser aprovechados por enemigos para conocer la capacidad de reacción del Estado, su capacidad, sus planes, etc. (ii) Información sobre la producción, capacidades, o uso de los sistemas de armamentos y otros sistemas militares, incluidos los sistemas de comunicaciones. Nota: Dicha información incluye datos e inventos tecnológicos, e información sobre su producción, capacidad o uso. La información sobre partidas presupuestarias relativas a armamento y otros sistemas militares deberían encontrarse disponibles para el público. Ver los Principios 10C(3) y 10F. El que los Estados mantengan y publiquen una lista de control de armamento supone una buena práctica alentada por el Tratado sobre el Comercio de Armas en lo que concierne a armas convencionales. La publicación de información relativa a armas, equipos y números de tropas también es una buena práctica. (iii) Información sobre medidas específicas destinadas a resguardar el territorio del Estado, infraestructura crítica o instituciones nacionales fundamentales (*institutions essentielles*) contra amenazas, uso de la fuerza o sabotaje, cuya efectividad depende de su confidencialidad; Nota: “Infraestructura crítica” hace referencia a recursos estratégicos, activos y sistemas, ya sea físicos o virtuales, de tal importancia para el Estado que su destrucción o incapacidad tendría un impacto debilitador en la seguridad nacional. (iv) Información perteneciente a, o derivada de, operaciones, fuentes y métodos de los servicios de inteligencia, siempre que conciernan a asuntos relativos a la seguridad nacional; e (v) Información relativa a asuntos de seguridad nacional suministrada por un Estado extranjero u organismo intergubernamental con una expectativa expresa de confidencialidad; y otras comunicaciones diplomáticas en tanto tengan que ver con asuntos relativos a la seguridad nacional. Nota: Se considera buena práctica dejar constancia de estas expectativas por escrito. Nota: en la medida en que la información relativa a terrorismo y a medidas para la lucha contra el terrorismo esté comprendida en una de las categorías expuestas anteriormente, el derecho del público al acceso de dicha información podría estar sujeta a restricciones por motivos de seguridad nacional de acuerdo con estas y otras disposiciones de los Principios. A su vez, alguna información relacionada con terrorismo, o con medidas para la lucha contra el terrorismo podría ser de alto interés público: ver ej. Principios 10A, 10B y 10H(1)”.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-872 del treinta (30) de septiembre de dos mil tres (2003). No. de expediente: D-4537. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

En consecuencia, la jurisprudencia constitucional requiere que las reservas sean sometidas a un examen de proporcionalidad. En el caso de la reserva que aquí se estudia, el examen de proporcionalidad debe ser estricto, puesto que se trata de una decisión que afecta el derecho fundamental de acceder a la información que reposa en el Estado, un derecho que – como ocurre con la libertad de expresión e información – tiene un carácter preferente. Al respecto, en la sentencia T-1025 de 2007 en la que se discutía la constitucionalidad del carácter reservado de los nombres de los miembros de las fuerzas militares que se encontraban de servicio cuando habrían ocurrido vulneraciones de los derechos de los ciudadanos miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, la Corte Constitucional precisó:

*“[e]l hecho de que en este caso el examen de proporcionalidad sea estricto implica que el juicio no se reduce a observar si la decisión del Ministerio de la Defensa persigue un fin acorde con la Constitución y es adecuada para lograrlo, sino que también implica observar **si esa medida es necesaria para lograr un fin que, más que legítimo, es imperioso, y si los beneficios logrados con ella en materia de protección de un derecho constitucional están en una relación de proporcionalidad estricta con los derecho[s] y bienes constitucionales que afecta**”²⁷ (negrilla fuera del texto).*

En el presente caso, la reserva de los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia pretende un objetivo legítimo que se encuentra contemplado en el artículo 19 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, pues es sabido que la libre circulación y el público conocimiento de dichos documentos podría ocasionar el fracaso de operaciones de inteligencia, en especial aquellas en las cuales es importante la oportunidad y eficacia con que se actúa. De esta forma, la reserva es también una medida idónea para garantizar la seguridad nacional y defensa del Estado. No obstante, es pertinente traer a colación lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 2007 ya mencionada²⁸, según la cual:

*“(…) la finalidad de proteger la seguridad o defensa nacional es constitucionalmente legítima y por lo tanto para el logro de tales objetivos puede establecerse la reserva de cierta información. Sin embargo, en cada caso es necesario ‘acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace necesario mantener la reserva’. En otras palabras, **no basta con apelar a la fórmula genérica ‘defensa y seguridad del Estado’ para que cualquier restricción resulte admisible. Adicionalmente es necesario que se satisfagan los restantes requisitos que han sido mencionados**”²⁹ (resaltado fuera del texto).*

Y es que en el caso *sub examine* la reserva consagrada en las disposiciones acusadas no cumple con los restantes requisitos de necesidad y de estricta proporcionalidad que incorpora el examen estricto de proporcionalidad. Por un lado, la reserva no es necesaria en la medida en que la protección de la defensa y seguridad del Estado podría lograrse a través de medidas menos lesivas del derecho de acceso a la información. Por ejemplo, tal como lo hace el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 o el artículo 40 del Decreto 218 de 2001, la reserva que los artículos acusados consagran podría restringirse a los documentos que tengan relación directa con la naturaleza de las funciones de inteligencia y contrainteligencia. Con esto; (i) se impediría poner en riesgo la seguridad y el orden público, y vulnerar derechos de los administrados; pero, (ii) se aseguraría el libre acceso a documentos como los contratos, nombramientos, calificación de cargos de carrera de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, por ejemplo, que no tienen relación directa con la naturaleza de la función de seguridad y defensa nacional y que son de interés para la ciudadanía.

Por otro lado, la reserva bajo estudio no cumple con el requisito de estricta proporcionalidad, pues los beneficios que proporciona la medida para la seguridad y defensa del Estado no se encuentran en una relación de estricta proporcionalidad con las restricciones que genera para el derecho de acceso a la información pública del que habla el artículo 74 Superior. Ciertamente, la restricción en comento hace inoperante en este caso el derecho ciudadano de acceder a la información que reposa en los organismos de inteligencia del Estado. En esta medida, se suprime por completo la posibilidad de participación democrática y control ciudadano de la actividad de inteligencia del Estado. Sin embargo, dicho sacrificio no se ve recompensado con un beneficio concreto y tangible para la seguridad y defensa del Estado, que sea de igual o mayor valor. De hecho, al no exigirse que en cada caso concreto se evalúe la razonabilidad y proporcionalidad de la reserva a aplicar, ni siquiera se tiene la posibilidad de conocer cuál es el bien jurídico que se está privilegiando y contra el cual se está contraponiendo el acceso a la información pública.

En conclusión, con la reserva genérica y automática consagrada en los artículos acusados se incumplen los requisitos de reserva legal, claridad y precisión, y sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que exige el artículo 74 la Constitución Política para poder restringir el acceso a la información pública. Por

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1025 del tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007). No. de expediente: T-1401460. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁸ En la que se discutía la constitucionalidad del carácter reservado de los gastos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). No. de expediente: D-6583. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

ello, se solicita que se declare la nulidad del primer inciso del artículo 5°, el artículo 6° y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014.

1.3. Violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad

La reserva genérica y automática que el primer inciso del artículo 5°, el artículo 6° y el artículo 10° del Decreto 857 de 2014 establecen viola el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. **Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.***

2. ***El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:***

a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

b) ***la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.***

(...)” (negrilla fuera del texto).

Así mismo, dicha reserva genérica viola también el artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo contenido es del siguiente tenor:

“Artículo 19.

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; **este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.***

3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. **Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:***

a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*

b) ***La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”***

(negrilla fuera del texto).

Teniendo en cuenta que estos artículos hacen parte de tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, los mismos son entonces parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, entendido como el conjunto de normas y principios que, aun cuando no aparecen en el texto constitucional, se entienden integrados a la Constitución y formalmente hacen parte de ella³⁰. A este propósito conviene mencionar que, según el artículo 93 de la Constitución, “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En esa medida, su articulado debe ser entendido como parte integral de nuestra Constitución, por lo que su violación también comprende una infracción a la Constitución Política.

Para comprender el contenido de los artículos 13° y 19° citados, así como su violación, resulta conveniente referirse a varias decisiones judiciales en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), en su calidad de intérprete autorizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha desarrollado y determinado el alcance del derecho consagrado en el artículo 13° de la Convención. Al respecto, cabe destacar que de acuerdo con la Corte Constitucional, “la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad”³¹. Entonces, siendo un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas contenidas en uno de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, los pronunciamientos de la Corte IDH hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato. Lo anterior, teniendo en cuenta que “la Corte [Constitucional] ha establecido una importante distinción entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, al cual pertenecen los tratados internacionales ratificados por Colombia, y el bloque en sentido lato, compuesto por un conjunto más heterogéneo de normas y criterios auxiliares de interpretación, que sirven a esta Corporación

³⁰ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-225 del dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995). No. de expediente: L.A.T.-040. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-442 del veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011). No de Expediente: D-8295. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

para interpretar la naturaleza, el contenido, y el alcance de las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos ratificadas por Colombia. En esa medida, el bloque de constitucionalidad en sentido lato constituye un complemento que permite que el bloque en sentido estricto tenga un efecto útil dentro de nuestro ordenamiento constitucional³².

Al interpretar el citado artículo 13° la Corte IDH ha establecido que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho a buscar y a recibir información pública³³. Así, en la sentencia del 19 de septiembre de 2006, en la que se discutía el Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*³⁴ para determinar si la falta de entrega de una parte de la información de interés público sobre unos proyectos mineros en curso, constituyó o no una violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los solicitantes, la Corte IDH estableció que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Este derecho también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea³⁵.

La Corte IDH también ha dicho que el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones y ha establecido los requisitos para que las restricciones de que puede ser objeto el derecho mencionado sean compatibles con la Convención Americana³⁶. Por ejemplo, en la sentencia del 02 de julio de 2004, en la que se resolvía el Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* para determinar si Costa Rica restringió o no indebidamente el derecho a la libertad de expresión del periodista Mauricio Herrera Ulloa, como consecuencia del procedimiento penal y de las sanciones penales y civiles impuestas, se señaló que las restricciones a la libertad de expresión:

“1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”³⁷.

Respecto del primer requisito, en la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte IDH del 9 de mayo de 1986 se estableció:

“En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general”³⁸.

Por su parte, frente al último requisito, en la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte IDH del 13 de noviembre de 1985 la Corte IDH señaló:

*“la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, **dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo**”³⁹ (negrilla fuera del texto).*

³² Corte Constitucional. Sentencia C-035 del ocho (8) de febrero de dos mil dieciséis (2016). No. De Expediente: D-10864. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

³³ Ver, entre otros: Corte IDH. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

³⁴ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

³⁵ Posteriormente, esta posición fue textualmente reiterada en la sentencia del 24 de noviembre de 2010 en la que se resolvía el Caso *Gomes Lund y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil* sobre la responsabilidad del Estado en la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas en el contexto de la dictadura militar de Brasil.

³⁶ Ver, entre otras: Corte IDH. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

³⁷ Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C No. 107.

³⁸ Corte IDH. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6

³⁹ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5

Entonces, las normas de derecho internacional admiten que pueda existir una reserva con la finalidad de garantizar la defensa y seguridad nacional. Sin embargo, señalan que en todo caso es necesario satisfacer los requisitos antes mencionados, a saber, la consagración legal (en sentido estricto), y la necesidad de la restricción. En otras palabras, indican que para limitar un derecho de la importancia del derecho de acceso a la información pública no basta con apelar a conceptos amplios y de notable nivel de abstracción como el concepto de defensa y seguridad nacional. Y tal como ya se vio en el apartado anterior, la reserva genérica y automática consagrada en los artículos acusados, a pesar de apelar a esa finalidad, no satisface ninguno de esos requisitos, pues, como se demostró en la subsección anterior: (i) está establecida en artículos de orden reglamentario y no en una ley (en sentido estricto); (ii) no es necesaria en la medida en la que existen medios menos gravosos para el derecho de acceso a la información pública; y (iii) genera una restricción desmesurada sobre dicho derecho, que no se compensa con los beneficios (indeterminados) obtenidos por ésta.

Entonces, al ser claro que la reserva que los artículos acusados crea no cumple con dos de los requisitos exigidos por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su ilegalidad se hace evidente. Por ello, se solicita que se declare la nulidad del primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014.

Al respecto, cabe destacar que la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra en relación con el artículo 2º de la misma Convención, según el cual:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En consecuencia, la declaración de la nulidad aquí solicitada se erige como una medida para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública que está consagrado en el artículo 13º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que está siendo violado por el contenido de los artículos aquí acusados.

1.4. Violación del artículo 4º de la Ley Estatutaria 1621 de 2013

La reserva genérica y automática que el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10º del Decreto 857 de 2014 establecen viola el artículo 4º de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, que en su parte pertinente establece:

*Artículo 4º. Límites y fines de la Función de Inteligencia y Contrainteligencia. La función de inteligencia y contrainteligencia estará limitada en su ejercicio al respeto de los derechos humanos y al cumplimiento estricto de la Constitución, la Ley y el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En especial, **la función de inteligencia estará limitada por el principio de reserva legal que garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y al debido proceso.** (...)* (negrilla fuera del texto).

Tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012, en la que se realizó el examen previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia del Estado (Ley Estatutaria 1621 de 2013), la escasa regulación legal en Colombia y las situaciones de abuso que se han generado hacían imperioso para el Gobierno y el Congreso la expedición de una regulación legal estatutaria que fijara de manera clara y precisa las atribuciones y límites a la actividad de los organismos de inteligencia. Con ello se buscaba sujetar las actividades de inteligencia y contrainteligencia a la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Así mismo, se intentó favorecer la transparencia y permitir que la ciudadanía previera cuáles de esas atribuciones de las agencias podrían utilizarse en su contra y los mecanismos que podría disponer para la garantía de sus derechos fundamentales.

Así, con la Ley Estatutaria 1621 de 2013 se pretendió dotar a las actividades de inteligencia y contrainteligencia de un conjunto rector de principios de derechos humanos. Así mismo, se buscó crear un marco jurídico integral que definiera los controles al funcionamiento de las actividades de inteligencia y contrainteligencia así como el alcance de la reserva de sus documentos. Con ello, se intentó dejar atrás la falta de control y el secretismo en el que vivieron los servicios de inteligencia en Colombia durante sesenta años, contados desde la creación del Departamento Administrativo de Seguridad (en adelante “DAS”). Falta de control que permitió que se fraguaran y ejecutaran, entre otras, actividades ilegales como las capturas

masivas⁴⁰, la Operación Dragón⁴¹, o las interceptaciones a periodistas, magistrados y políticos de oposición⁴² que desembocaron en la liquidación del DAS.

Es por eso por lo que al evaluar la constitucionalidad del artículo 4º, en la sentencia C-540 de 2012 ya mencionada⁴³ la Corte Constitucional estableció que la sujeción de la función de inteligencia y contrainteligencia al principio de reserva legal resulta legítima, pero que ello no da lugar para sostener que la excepción es ahora la regla general, ni para alegar la existencia de una reserva legal ilimitada en materia de inteligencia y contrainteligencia. Lo anterior, toda vez que cualquier restricción debe resultar razonable y proporcionada a los fines que se busca alcanzar. Para sustentarlo, la Corte Constitucional citó el siguiente apartado de la sentencia C-491 de 2007 ya mencionada⁴⁴:

“(…)En otras palabras, la confidencialidad de los documentos públicos en un Estado democrático no puede ser absoluta, como quiera que la regla general es el principio de publicidad en la actuación de las autoridades y la excepción es la reserva; por consiguiente, el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. (…)”⁴⁵.

A partir de esta interpretación dada por la Corte, se debe entender que el principio de reserva legal del que habla la Ley Estatutaria 1621 de 2013 en su artículo 4º no implica la existencia de una reserva legal ilimitada en materia de inteligencia y contrainteligencia. Por el contrario, dicha reserva se encuentra sujeta a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales deben ser evaluados para cada caso concreto. Y es que interpretar ese principio de forma distinta implicaría aceptar que con la Ley Estatutaria 1621 de 2013 no se superó la llamada “cultura del secreto”, característica de sociedades de tendencia antidemocrática en las cuales no existe publicidad de los actos de las autoridades públicas, sino que se perpetuó oficialmente el secretismo.

Empero, contrario a la interpretación dada por la Corte Constitucional para el artículo 4º de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, la reserva consagrada en el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10º del Decreto 857 de 2014 parece ser ilimitada y automática en materia de inteligencia y contrainteligencia. Esto, toda vez que la misma no menciona categorías específicas de documentos, ni hace referencia a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser aplicados para cada caso concreto.

De esta forma, existiendo una evidente contradicción entre el contenido del primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10º del Decreto 857 de 2014 y el artículo 4º de la Ley 1621 de 2013, se solicita que se proceda a declarar la nulidad de los primeros.

1.5. Violación del artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013

La reserva genérica y automática que el primer inciso del artículo 5º, el artículo 6º y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014 establecen viola el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, el cual—como ya se dijo—pretenden reglamentar. De acuerdo con el mencionado artículo, *inter alia*:

*“Artículo 33. Reserva. **Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia** sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada.*

(…)

*Parágrafo 2º. El organismo de inteligencia que decida ampararse en la reserva para no suministrar una información que tenga este carácter, debe hacerlo por escrito, y por intermedio de su director, **quien motivará por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y la fundará***

⁴⁰ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Reporte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 2002* (E/CN.4/2003/13).

⁴¹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Reporte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 2004* (E/CN.4/2005/10).

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Reporte Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009* (OEA/Ser.L/V/ II.51).

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-540 del doce (12) de julio de dos mil doce (2012). No. de expediente: PE-033. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁴ En la que se discutió la constitucionalidad del carácter reservado de los gastos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). No. de expediente: D-6583. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

en esta disposición legal. *En cualquier caso, frente a tales decisiones procederán los recursos y acciones legales y constitucionales del caso.*
(...)”

Si aplicamos el criterio de interpretación gramatical establecido en el artículo 27⁴⁶ de la Ley 57 de 1887, nos percatamos de que el artículo 33 antes citado incluye un párrafo 2º, según el cual, el organismo de inteligencia que pretenda cobijar con reserva la información que posee deberá motivar por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión, fundándose en la respectiva norma legal. Así, quien desee proteger de la publicidad la información de inteligencia que produce tendrá que demostrar previamente y por escrito, en cada caso concreto que (i) es un organismo de inteligencia creado por ley, (ii) está cumpliendo con los fines de la inteligencia, (iii) produce y/o posee la información o elementos en ejercicio de funciones de inteligencia y (iv) reservó la información fundamentándose en un examen de proporcionalidad y razonabilidad estricto.

En esta medida, para el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 no todos los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia serán *per se* reservados. Por el contrario, para cada uno de dichos documentos el funcionario público o quien haga sus veces debe comparar el derecho fundamental de acceso a la información *vis à vis* el bien constitucional frente al cual se contraponen. En esta comparación además de estimar cuál es el daño no genérico ni potencial sino el daño concreto que se está tratando de evitar al ocultar la información pública, deberá resolver la tensión entre principios en conflicto.

Sin embargo, el criterio de interpretación gramatical no es el único criterio que nos lleva a la anterior conclusión. Así mismo se cuenta con el criterio de interpretación lógico. Este criterio nos lleva a concluir que si existiera una restricción general al acceso de toda la información de inteligencia, sin necesidad de practicar examen de cumplimiento de requisitos y de proporcionalidad para cada caso, no habría necesidad de que la ley reconociera—como lo hizo en por lo menos 4 artículos—la reserva expresa de ciertos documentos de inteligencia. En efecto, el amparo de reserva consagrado en los artículos 8º (carácter reservado del Plan Nacional de Inteligencia), 13-h (carácter reservado del informe anual que debe rendir la Junta de Inteligencia Conjunta ante la Comisión Legal de Seguimiento), 18 (carácter reservado del informe anual que deben rendir los Inspectores de la Policía o de la Fuerza Militar a la que pertenezcan los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia); y 22-a (carácter reservado del informe anual que debe presentar la Comisión Legal de Seguimiento ante el Presidente de la República) sería superfluo, pues establece la reserva de documentos concretos de inteligencia que no la requerirían si hubiera un artículo de reserva general para los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia. En esa medida, debe entenderse que el único propósito del mencionado artículo 33 fue esencialmente el de señalar (i) la legitimidad global de otorgar reserva a los documentos vinculados a actividades de inteligencia que cumplan con los requisitos y con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y (ii) el término de reserva que cubre a los documentos que sean reservados.

Por último, se debe también tener en cuenta el carácter vinculante del precedente. Particularmente, en relación con la sentencia C-540 de 2012⁴⁷ ya citada⁴⁸, en la que al examinar la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, la Corte Constitucional no realizó el test estricto de proporcionalidad que legitimaría en principio la reserva legal de los documentos, información y elementos técnicos de inteligencia de manera general. Así, no se ocupó de hacer el examen de cumplimiento de las condiciones necesarias para exceptuar el principio general de acceso a la información, examen que viene exigiendo de tiempo atrás y que por supuesto realizó minuciosamente respecto de otros artículos. Por el contrario, respecto de este primer inciso del artículo 33º, la Corte se limitó a estudiar la constitucionalidad del término de la reserva pero no aclaró si toda esa información podía o no ser secreta. Entonces, ¿cuál es el razonamiento detrás de que la Corte haya decidido hacer un test estricto de proporcionalidad de la reserva de cierta información pero haya dejado por fuera del test otras reservas, siendo este último el caso del artículo 33º? La explicación sólo puede atender a que, por un lado, y como ya se dijo, el artículo 33º de reserva exige un examen de razonabilidad y proporcionalidad para cada caso concreto que no podía hacer la Corte porque se trataba de una reserva amplia; y por otro lado, el examen de proporcionalidad de la Corte, que sí hizo respecto de otros artículos, cumple un rol de apoyo para los análisis que deba hacer posteriormente el funcionario público en cada caso concreto en el que quiera aplicar el artículo 33 de la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia del Estado.

Entonces, bajo una interpretación gramatical, lógica y del precedente, del artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 se puede concluir que la reserva allí planteada únicamente señala la legitimidad global de otorgar reserva a los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y

⁴⁶ “ARTICULO 27. INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-540 del doce (12) de julio de dos mil doce (2012). No. de expediente: PE-033. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁸ En la que se realizó el examen previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia del Estado (Ley Estatutaria 1621 de 2013).

contrainteligencia, **siempre y cuando** se cumplan con los requisitos y con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad exigidos en ese mismo artículo.

En oposición, los artículos aquí acusados establecen una reserva genérica y automática de todos los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sin requerir que su aplicación se sujete a un análisis de cumplimiento de requisitos ni a un examen de razonabilidad y proporcionalidad. En esa medida, el contenido de los artículos acusados en esta sección no concuerda con el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013. Por ello, se solicita que se declare la nulidad del primer inciso del artículo 5°, el artículo 6° y el artículo 10 del Decreto 857 de 2014.

1.6. Violación de los artículos 2°, 6° literal d), 19° y 28° de la Ley Estatutaria 1712 de 2014

La reserva genérica y automática que consagran los artículos acusados viola los artículos 2°, 6° literal d), 19° y 28° de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. A diferencia de los demás artículos violados, en este caso el concepto de la violación será abordada de manera conjunta. Lo anterior, en el entendido de que el sentido de cada uno de los artículos que se aducen violados sólo se comprende si se lee en conjunto con el resto de los artículos. En parte, porque cada uno de ellos tiene una referencia o remisión expresa a otro de los artículos que aquí se estudiará.

La Ley Estatutaria 1712 de 2014 consagró varios principios y estándares que ya habían sido reconocidos tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, como por la jurisprudencia interamericana para el derecho de acceso a la información pública. Por ello, en varios de sus artículos regula lo concerniente a las excepciones al derecho de acceso a la información pública.

De acuerdo con el artículo 2° de la Ley Estatutaria 1712 de 2014:

*“Artículo 2°. Principio de máxima publicidad para titular universal. 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, de conformidad con la presente ley**”.*

En línea con lo ya establecido por el artículo 74 de la Constitución Política y por la jurisprudencia que lo ha interpretado, este artículo establece que toda información estatal es pública, salvo las excepciones que estén consagradas en normas legales o la Constitución. Pero además, establece que dicha reserva debe darse *“de conformidad con la presente ley”*. En esa medida, remite a los demás artículos de la ley que regulan la materia para que se pueda entender el sentido completo de este primer artículo.

De conformidad con el literal d) del artículo 6° de la mencionada ley:

“d) Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley.”

Nuevamente, para poder entender en qué consiste la información pública reservada, al intérprete no le basta con conocer el literal antes citado, y por el contrario, debe remitirse al artículo 19 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, según el cual:

“Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

- a) La defensa y seguridad nacional;*
- b) La seguridad pública;*
- c) Las relaciones internacionales;*
- d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;*
- e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;*
- f) La administración efectiva de la justicia;*
- g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;*
- h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;*
- i) La salud pública.*

Parágrafo. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos”.

A su vez, en la sentencia C-274 de 2013 ya citada⁴⁹ la Corte Constitucional estableció que el artículo 19° antes citado debe ser interpretado en consonancia con el artículo 28° de esa misma ley, según el cual:

“Artículo 28. Carga de la prueba. Le corresponde al sujeto obligado aportar las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información”⁵⁰ (negrilla fuera del texto).

Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

“A pesar de que el texto del artículo 19 no expresa tales criterios ni cualifica la motivación que debe presentar el sujeto obligado, la carga probatoria que debe cumplir éste, fue expresamente recogida en el artículo 2[8] de este proyecto. Por ello, el sujeto obligado que niegue el acceso a un documento información pública, alegando su carácter reservado deberá (i) hacerlo por escrito y demostrar que (ii) existe un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse es significativo. Por lo que no encuentra la Corte que respecto del artículo 19 exista reproche constitucional”.

Adicionalmente, en esta sentencia la Corte Constitucional dejó claro que a pesar de la aparente generalidad de los términos empleados por el legislador estatutario en el listado de intereses públicos protegidos señalados en los literales del artículo 19, la posibilidad de que tales intereses en concreto den lugar al establecimiento de una reserva depende en todo caso de que dicha restricción obedezca a un interés legítimo e imperioso y no exista otro medio menos restrictivo para garantizar dicho interés.

En esta medida, ninguno de los artículos de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 que regulan la reserva de información pública puede ser entendido de forma aislada. Así, a partir de una lectura armónica de ellos se comprende que el hecho de que se esté ante una circunstancia de defensa y seguridad nacional no es suficiente para que se pueda proceder a rechazar el acceso a una información pública. Por el contrario, la Ley Estatutaria 1712 de 2014 exige que en cada caso concreto se constate que la reserva se encuentra consagrada en la ley, así como se sustente que la restricción obedece a un interés legítimo e imperioso, que no existe otro medio menos restrictivo para garantizar dicho interés, y que la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.

En contraste, la reserva consagrada en el primer inciso del artículo 5°, el artículo 6° y el artículo 10° del Decreto 857 de 2014 restringe el derecho de acceso a la información en poder de los organismos de inteligencia con base en una de las circunstancias previstas en el artículo 19 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 (defensa y seguridad nacional), pero no atiende a los requisitos exigidos por los artículos 2° y 28° de la misma ley. Particularmente, no es creada por una ley en sentido estricto y no hace referencia a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar la aplicación de reservas, ni a la imperiosidad de practicar un test de daño para cada caso concreto. Siendo así, viola los artículos 2°, 6° literal d), 19° y 28° de la Ley 1712 de 2014, y por ello, los artículos en los que se encuentra establecida deben ser declarados nulos.

2. Cargos contra el tercer inciso del artículo 9° y el primer párrafo del artículo 19° del Decreto 857 de 2014

De conformidad con el tercer inciso del artículo 9° del Decreto 857 de 2014:

*“Artículo 9°. (...) **Los manuales y los demás documentos que hagan parte de ellos tendrán el nivel de clasificación que establezca cada organismo y mantendrán la reserva legal, de acuerdo con la Constitución, la ley estatutaria vigente en materia de inteligencia y contrainteligencia y el presente decreto reglamentario**” (negrilla fuera del texto).*

Por su parte, el tenor del párrafo 1° del artículo 19 del Decreto 857 de 2014 es el siguiente:

“Artículo 19. (...)

⁴⁹ En la que se realizó el examen previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley Estatutaria 1712 de 2014).

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). No. de expediente: PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.

Parágrafo 1°. *Las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades, no deberán ser revelados, incorporados, ni publicados en páginas y/o portales electrónicos o web u otros medios similares” (negrilla fuera del texto).*

Las disposiciones acusadas establecen la reserva legal de (i) los manuales de inteligencia y (ii) las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades.

De esta forma, crean nuevas reservas de información que no se derivan explícitamente (ni incluso implícitamente) del articulado de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 que se pretende reglamentar, violándose así los límites de la potestad reglamentaria del Presidente de la República establecida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política (Cargo 2.1). Así mismo, crean, por medio de normas de rango inferior a la ley, reservas de información, cuya creación tiene reserva de ley. En esa medida, violan el principio de reserva legal que se encuentra consagrado tanto en el artículo 74 de la Constitución Política (Cargo 2.2), como en el artículo 19 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 (cargo 2.3) y 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 (Cargo 2.4), como se pasará a ver.

2.1 Violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política

Las nuevas reservas de información creadas mediante el tercer inciso del artículo 9° y el primer párrafo del artículo 19 del Decreto 857 de 2014 violan el numeral 11° del artículo 189 de la Constitución Política, que como ya se vio, consagra la potestad reglamentaria del Presidente de la República en los siguientes términos:

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...)”

De conformidad con dicho artículo Superior, el Presidente de la República, como primera autoridad administrativa del orden nacional, tiene asignada de manera expresa la potestad de reglamentar las leyes. Sin embargo, ya se ha precisado que el Consejo de Estado ha sido claro al reseñar las limitaciones que tiene esa potestad. Así, las potestades reglamentarias no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Esto, en la medida en la que sólo debe buscar facilitar la interpretación, ejecución y cumplimiento de la ley o decreto ley que reglamenta. Más aún, tratándose de la reglamentación de leyes estatutarias, en las que se regulan derechos y deberes fundamentales de las personas y que por ende, deben estar sujetas a la más estricta y restringida reglamentación, so pena de correr con el riesgo de afectar los derechos de forma contraria a lo pretendido por el legislador.

Hechas las anteriores acotaciones, no es dable afirmar que al incluir la reserva de los manuales de inteligencia y contrainteligencia y de la de las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades, el Gobierno Nacional simplemente esté aclarando o haciendo mucho más explícito lo dispuesto en la norma reglamentada. Por el contrario, está estableciendo nuevas reservas de información que no habían sido previamente contempladas en la ley que se pretendía reglamentar.

Al respecto, cabe resaltar que lo establecido en el artículo 16⁵¹ de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 en relación con los manuales de inteligencia no tiene nada que ver con la obligación de reservarlos, sino únicamente la obligación de que sean adecuados a los estándares de derechos humanos. Del mismo modo, lo señalado en el artículo 40⁵² de la mencionada ley en relación con la protección de la identidad de los servidores públicos

⁵¹ **“Artículo 16. Adecuación de Manuales de Inteligencia y Contrainteligencia.** *Los Directores y Jefes de los organismos de inteligencia y contrainteligencia adecuarán la doctrina de inteligencia y contrainteligencia ajustándola a derecho y derogando aquellas disposiciones que sean contrarias a la Constitución y la presente Ley, en el término máximo de un (1) año contado a partir de la vigencia de la presente ley. Cada organismo de inteligencia establecerá los procedimientos necesarios para revisar la integración de las normas en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario en los manuales de inteligencia y contrainteligencia. Al finalizar este período el Gobierno Nacional deberá presentar un informe sobre la adecuación de los manuales a la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia del Congreso de la República”.*

⁵² **“Artículo 40. Protección de la Identidad.** *Con el fin de proteger la vida e integridad de los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, y para facilitar la realización de las actividades propias de su cargo, el gobierno a través de la Registraduría Nacional del Estado Civil, les suministrará documentos con nueva identidad que deberán ser utilizados exclusivamente en el ejercicio de sus funciones y actividades. Los Jefes y Directores de los organismos de inteligencia serán los únicos autorizados para solicitar ante la Registraduría Nacional del Estado Civil la expedición del nuevo documento de identificación para la protección de sus funcionarios, sin perjuicio de la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal por la omisión de denuncia del uso indebido, y el incumplimiento al debido control del uso de los documentos expedidos.*

que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, no implica la reserva general de las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades. Así, si bien la Ley Estatutaria 1621 de 2013 estableció la reserva legal de la información de los agentes que: (i) desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia y (ii) adopten una nueva identidad para facilitar el ejercicio de sus funciones y actividades, no hizo lo mismo con la información del resto de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia. En esa medida, no existe hasta ahora disposición alguna de orden legal que haya establecido esa reserva, que es mucho más amplia que la planteada en la Ley Estatutaria 1621 de 2013.

Entonces, si la ley a reglamentar no creó esas reservas expresas, el Presidente no podía crearlas en el decreto reglamentario, pues las mismas no se derivan explícitamente (ni incluso implícitamente) del texto de la ley. Con mayor razón tratándose de la reglamentación de una ley estatutaria, que afecta derechos fundamentales como pueden ser el acceso a la información pública y la intimidad, y que se ven seriamente violentados si la restricción de acceso a la información no se consulta con el poder legislativo, sino que se impone directamente desde el ejecutivo.

Por todo lo anterior, consideramos que con el establecimiento de esas nuevas reservas legales el Gobierno se arrogó una potestad que no tiene, violando así el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por ello, solicitamos que se declare la nulidad del tercer inciso del artículo 9º, así como del primer párrafo del artículo 19º del Decreto 857 de 2014.

2.2 Violación del artículo 74 de la Constitución Política

Las nuevas reservas de información creadas mediante el tercer inciso del artículo 9º y el primer párrafo del artículo 19º del Decreto 857 de 2014 violan el artículo 74º de la Constitución Política, que como ya se vio, es del siguiente tenor:

*“Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo **los casos que establezca la ley**. El secreto profesional es inviolable”* (negrilla fuera del texto).

Tal como lo mencionamos en la primera sección de la demanda, la Corte Constitucional, en su calidad de intérprete autorizado de la Constitución, ha dicho que este artículo Superior implica: (i) que el principio de máxima divulgación es la regla, mientras que la reserva es la excepción; y (ii) que toda excepción debe cumplir con unos requisitos indispensables, siendo estos: principio de reserva de ley, claridad y precisión de la norma que establece la reserva, y por último, cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el presente caso, las reservas de (i) los manuales de inteligencia y (ii) las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades, podrían estar cumpliendo con la claridad y precisión requeridas, así como con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, como se pudo comprobar en la subsección anterior (2.1), éstas se están mencionando por primera vez en un decreto reglamentario, sin haber sido previamente creadas por la Ley Estatutaria 1621 de 2013 ni por ninguna otra disposición de orden legal. En esa medida, dichas nuevas reservas no cumplen con el principio de reserva legal.

En consecuencia, dado que las reservas creadas en el tercer inciso del artículo 9º y el párrafo 1º del artículo 19º del Decreto 857 de 2014 no están conformes con uno de los requisitos exigidos por el artículo 74 de la Constitución Política para poder reservar información pública, se solicita que se declare su nulidad.

En caso de necesitarse la expedición de otros documentos públicos o privados para el cumplimiento de la misión, los funcionarios de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia podrán utilizar para el trámite el nuevo documento de identidad expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, sin que el uso de los nuevos documentos constituya infracción a la ley.

*La Registraduría Nacional del Estado Civil con el apoyo de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, reglamentarán la implementación del sistema de custodia de la **información relacionada con la identidad funcional de los agentes** con el fin de garantizar la seguridad de la información y la protección de la vida e integridad física de los agentes.*

*Los organismos de inteligencia serán responsables de garantizar la **reserva** de esta información de acuerdo con lo establecido en la presente ley.*

***Parágrafo 1º.** En la implementación de los mecanismos de protección contemplados en este artículo, las entidades estatales deberán suscribir los convenios interinstitucionales a que haya lugar con el fin de establecer protocolos para asegurar la **reserva**, seguridad y protección de la información.*

***Parágrafo 2º.** El servidor público que indebidamente dé a conocer **información sobre la identidad de quienes desarrollen actividades de inteligencia o contrainteligencia** incurrirá en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.*

***Parágrafo 3º.** El uso indebido de los documentos de identidad a los que se refiere el presente artículo será causal de mala conducta sin perjuicio de las acciones penales a las que haya lugar”* (negrilla fuera del texto).

2.3 Violación del artículo 19 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014

Las nuevas reservas de información creadas mediante el tercer inciso del artículo 9° y el primer párrafo del artículo 19 del Decreto 857 de 2014 violan el artículo 19° de la Ley 1712 de 2014, que como vimos, en su parte pertinente establece:

*“Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, **siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:***

a) La defensa y seguridad nacional;” (negrilla fuera del texto)

Así, el artículo antes citado autoriza la reserva de información en circunstancias de defensa y seguridad nacional. Sin embargo, exige como requisito indispensable que dicho acceso esté expresamente prohibido por una norma legal o constitucional. En esa medida, reclama el cumplimiento del principio de reserva legal ya mencionado. No obstante, dicho principio es echado de menos en el caso de las reservas creadas por medio del tercer inciso del artículo 9° y el primer párrafo del artículo 19 del Decreto 857 de 2014.

Así, la reserva legal de (i) los manuales de inteligencia y (ii) las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades están respondiendo a circunstancias de defensa y seguridad nacional. Sin embargo, fueron establecidas mediante un decreto reglamentario, y no mediante una ley. Siendo así, existe una violación del principio de reserva legal consagrado en el artículo 19 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, razón por la cual se reclama la nulidad del tercer inciso del artículo 9°, así como del primer párrafo del artículo 19 del Decreto 857 de 2014.

2.4 Violación del artículo 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015

Las nuevas reservas de información creadas mediante el tercer inciso del artículo 9° y el primer párrafo del artículo 19 del Decreto 857 de 2014 violan el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, que en su parte pertinente establece:

*“Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. **Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: (...)**”* (negrilla fuera del texto).

En la sentencia C-951 de 2014, en la que como ya se dijo se realizó el examen previo de constitucionalidad de esta ley, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente en relación con el artículo 24 antes citado:

*“Los fundamentos del artículo 24 descansan en lo dispuesto en los artículos 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene el derecho fundamental de acceder a la información pública. En este sentido, **dónde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información**”⁵³* (negrilla fuera del texto).

Así, en consonancia con el artículos 74 Superior, el 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 exige explícitamente que los documentos sean expresamente sometidos a reserva por medio de una ley o por la Constitución. En esa medida, dicha reserva no puede darse por medio de un decreto reglamentario, que además, se desborda en su facultad. Lo anterior, en la medida en que—como se ha visto repetidamente a lo largo de la demanda—uno de los requisitos que deben ser cumplidos para poder establecer una reserva legal es el principio de reserva legal más arriba explicado.

Entonces, dado que las nuevas reservas legales que aquí se estudian fueron creadas por medio de un decreto reglamentario y no de una ley, su creación viola el principio de reserva legal consagrado en el artículo 24° de la Ley 1755 de 2015. Por ello, se solicita que se declare la nulidad del tercer inciso del artículo 9°, así como del primer párrafo del artículo 19 del Decreto 857 de 2014.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-951 del cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014). No. de expediente: PE-041. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

VI. ANEXOS

Nos permitimos anexar a la presente demanda:

1. Copia del Certificado de existencia y representación legal del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
2. Copia del Decreto 857 de 2014, “[p]or el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones” acusado.
3. Copia de la demanda y sus anexos para el traslado a cada una de las entidades demandadas.
4. Copia de la demanda y sus anexos para el Ministerio Público.
5. Copia de la demanda y sus anexos para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

VII. NOTIFICACIONES

El Departamento Administrativo de Presidencia de la República recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co o en la dirección Calle 7 No.6-54, Bogotá D.C., Colombia.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co o en la dirección Carrera 8 No. 6C-38, Bogotá D.C., Colombia.

El Ministerio de Defensa Nacional recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@mindefensa.gov.co o en la dirección Carrera 54 No. 26-25 CAN, Bogotá D.C., Colombia.

El Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@dni.gov.co o en la dirección Avenida Calle 26 No. 69 -63, Bogotá D.C., Colombia.

El Departamento Administrativo de la Función Pública recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co o en la dirección Carrera 6 No. 12-62, Bogotá D.C., Colombia.

Los demandantes reciben notificaciones en el correo electrónico malbarracin@dejusticia.org, o en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—, ubicado en la Carrera 24 No. 34-61, Bogotá D.C., Colombia.

Atentamente,

Cesar Rodríguez Garavito

Representante Legal y Director

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

T.P.: 79.527 del Consejo Superior de la Judicatura

Vivian Newman Pont

Subdirectora

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

Mauricio Albarracín Caballero

Investigador

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

T.P.: 17.0071 del Consejo Superior de la Judicatura

María Paula Ángel Arango

Investigadora

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—