



Bogotá D.C.

**Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional
M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
E.S.D.**

Ref: Intervención ciudadana en el proceso PE 033
Norma: Proyecto de ley No. 263 de Senado y 195 Cámara de 2011
por el cual se regulan las actividades de inteligencia y
contrainteligencia

Honorables Magistrados y Magistrada:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Juan Fernando Jaramillo y Paula Rangel Garzón, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia; y Andrés Morales, Emmanuel Vargas Penagos, Pedro Vaca Villarreal y Adriana Blanco Cortés director y asesores de la Fundación para la Libertad de Prensa FLIP, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, atendiendo a la amable invitación de la Corte y obrando en calidad de ciudadanos y ciudadanas colombianas, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes la presente intervención en relación con el proyecto de ley de referencia. Comenzaremos por presentar, a título de introducción, unas consideraciones generales sobre la relación entre la actividad de inteligencia y los derechos fundamentales, para luego resumir en forma general nuestras principales objeciones a la constitucionalidad de algunos aspectos de esta ley y ulteriormente presentar en forma detallada cada una de esas objeciones o cargos.

A. A título de introducción: inteligencia y derechos fundamentales.

El proyecto de ley No. 263 de 2011 de Senado y 195 de 2011 Cámara tiene un gran desafío: regular las actividades de inteligencia permitiendo su efectividad y garantizando la protección a los derechos fundamentales.

El elemento central que caracteriza las actividades de inteligencia es el mantenimiento de la seguridad del Estado (interna y externa). Para este propósito, el Estado busca recopilar, procesar,

analizar y difundir información relacionada con los asuntos que pueden representar una amenaza real para la seguridad, para que, posteriormente, le puedan servir como insumo en la toma de decisiones. Este objetivo no es para nada insignificante. Es la estabilidad mínima que necesita un Estado para cumplir con los demás objetivos. Dada su innegable importancia, las actividades de inteligencia tienen potestades especiales que no tienen otras funciones del poder público. Pueden legítimamente implicar la limitación de algunos derechos fundamentales.

Por esta razón, se requiere un marco legal que brinde sustento y limite dichas actividades. Dicho marco legal es el que se recoge en el proyecto de ley objeto de análisis, en el que *“el punto de partida es la definición legal de unos fines que permitan aclarar la pertinencia de una actividad de inteligencia (y, en sentido contrario, declarar como ilegales las actividades que no estén en concordancia con esos fines). De manera complementaria, es necesario establecer unos límites precisos a la actividad de inteligencia, para que en ningún caso esta se desarrolle por motivos contrarios a los fundamentos del orden democrático, como puede ser la libre pertenencia a un partido político o a una organización no gubernamental.”*¹

Los principales derechos que se ven afectados son: la intimidad, el habeas data, el buen nombre y acceso a la información. De ahí que los problemas jurídicos que debe resolver la Corte sean frecuentemente tensiones entre seguridad y derecho a la intimidad, o seguridad y acceso a la información.

Para lograr una legislación que no vulnere los derechos mencionados es indispensable definir con claridad la forma como se organiza la institución que cumple con las labores de inteligencia, quien puede ordenarlas, cuáles son las razones que se pueden aducir para llevarlas a cabo y cuáles son los métodos permitidos. Así mismo, es fundamental mantener la confidencialidad de la información tratándose tanto de agentes del Estado, como de particulares objeto de las actividades. Y posteriormente, es imperativo el control eficaz que asegure el estricto respeto a los derechos humanos, a la Constitución y a la ley.

Respecto al derecho de acceso a la información y su posible restricción, es esencial respetar el **principio de máxima divulgación.**² En consecuencia, incluso tratándose de actividades de inteligencia, la reserva de información solo puede ser aplicada bajo estrictas condiciones. La cultura del secreto es un problema para la administración pública y para el control de la ciudadanía sobre las actuaciones del Estado que todavía no ha terminado de ser abolida, pese a que el acceso a la información pública es un derecho fundamental y es considerado como una herramienta esencial para el desarrollo de una sociedad democrática saludable. La Fundación para la Libertad de Prensa identificó en su informe *“El acceso a la información pública en Colombia, entre el secreto y la filtración”* que esta cultura del secreto es uno de los mayores problemas para acceder a la información pública que debería ser de fácil acceso para la ciudadanía. En dicho documento se indica que *“no deja de ser preocupante que en muchos casos el funcionario público, al recibir una solicitud de información, se sienta cuestionado e incluso ofendido en lugar de percibir que el*

1 Exposición de motivos del Proyecto de ley No. 263 de Senado y 195 Cámara de 2011. Gaceta del Congreso 121 del 2011

2 Principio fundamental en materia de acceso a la información desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y retomado por la Corte Constitucional.

petionario simplemente está ejerciendo un derecho fundamental.”³. De acuerdo a esto, de la mano de las disposiciones que se han dado tanto en la jurisprudencia constitucional como internacional, se debe observar con recelo la imposición de normas que fortalezcan el secretismo de la información pública. Por esta razón, pese a que las actuaciones de inteligencia y contrainteligencia tienen completa legitimidad, debe considerarse como limitante válida de éstas el derecho de acceso a la información pública, que tiene es esencial en una democracia pues asegura la confiabilidad, transparencia, y responsabilidad en las actividades estatales. “La ausencia de un derecho efectivo para determinar y calificar o descalificar la estructura de un gobierno afecta la confiabilidad y transparencia del sistema democrático y aumenta la discrecionalidad administrativa.”⁴

Cuando entran en conflicto la seguridad y el acceso a la información, es importante hacer siempre un ejercicio de ponderación entre el beneficio que puede generar la divulgación al público de una determinada información y los potenciales daños a la seguridad que ello acarrea.

En líneas generales, la solución a los problemas jurídicos que se presenten en la ley no puede abstraerse de los parámetros constitucionales, pues aunque las funciones de inteligencia suelen enmarcarse en la excepcionalidad, se rigen por la misma Constitución que gobierna las demás entidades del Estado. Las actividades de inteligencia deben en todo caso respetar el núcleo de los derechos constitucionales y no pueden limitarlos más allá de lo permitido en la jurisprudencia constitucional.

En este campo, es importante tomar en consideración, por su relevancia constitucional, en virtud del bloque de constitucionalidad, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial, el caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala y el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. En relación con los temas que aborda la regulación de inteligencia colombiana, vale reconocer algunos aportes de los anteriores fallos respecto la reserva de información. Al respecto la jurisprudencia interamericana ha dicho que una democracia debe regirse bajo el principio de máxima divulgación que presuma pública la información estatal. La restricción al derecho a la información debe ser necesaria para conseguir un bien público imperativo y entre las diferentes alternativas debe escogerse aquella que restrinja en menor medida el derecho. En caso de que exista reserva, esta debe estar prevista en la ley y cuando se oponga a un ciudadano para negarle el acceso a la información, la respuesta del servidor público debe estar motivada, pues corresponde al Estado probar la imposibilidad de revelar la información. En todo caso, no se puede oponer la reserva a autoridades judiciales cuando realicen investigaciones sobre violaciones a derechos humanos.

Quienes presentamos esta intervención, consideramos igualmente que es útil para la Corte tomar en cuenta en su decisión los aportes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, los principios sobre libertad de expresión,⁵ la Recopilación de Buenas Prácticas de las Naciones Unidas,⁶ los principios

³ Para más información, se puede consultar el informe de la FLIP “El acceso a la información pública en Colombia, entre el secreto y la filtración”, el cual puede ser obtenido en el siguiente enlace: http://flip.org.co/publication_display/2297.html

⁴ Tomado de la Exposición de motivos del proyecto de ley estatutaria 156 de 2011 de Senado, “Por 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. “ Gaceta del Congreso 817 de 2011.

⁵ Los principios sobre libertad de expresión se encuentran en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos13.htm>

de Johannesburgo sobre la seguridad nacional, la libertad de expresión y el acceso a la información,⁷ los principios de Lima,⁸ la declaración de Chapultepec⁹ y la ley modelo interamericana sobre acceso a la información.¹⁰ También, son de utilidad los análisis que han hecho organizaciones civiles y expertos en el tema.¹¹

Un diagnóstico general sobre el proyecto de ley arrojaría que algunos de los parámetros fijados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Constitucional Colombiana han sido retomados en las disposiciones, pero otros son desconocidos. Por ejemplo, hace falta claridad y precisión, pues algunas normas son amplias y vagas, desconociendo que las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser claras y expresas, de lo contrario no son válidas pues desconocen la reserva de ley, según la cual una limitación a un derecho fundamental debe estar expresamente establecida en la propia ley. Pero ese no es el único problema que constatamos: la ley también omite fijar criterios sobre la aplicación y el levantamiento de la reserva. No se ocupa de una clasificación de las materias para determinar cuáles requieren una mayor o menor reserva, o cuáles tienen una alta presunción de divulgación.

De igual forma, la ley incurre en lo que consideramos un punitivismo excesivo con la creación de delitos y aumento de penas para otros relacionados con la divulgación de información reservada. Además, muchos delitos resultan ser desproporcionados cuando dan la espalda a hacer un análisis del caso concreto y el beneficio que puede generar la divulgación de información para el interés público.

En conclusión, el proyecto de ley se sitúa en medios de múltiples debates constitucionales que deben ser resueltos por la Corte garantizando el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. Hechas estas consideraciones generales, pasamos entonces a sintetizar nuestras principales objeciones o cargos contra la mencionada ley.

B. Resumen general de nuestras objeciones y cargos contra ciertos apartes de la ley.

En el presente escrito exponemos ante la Corte argumentos para estudiar la constitucionalidad de los artículos 2, 3, 4, 33, 17, 18, 22, 35, 37, 39, 41, 44, 45, 49 y 54 del proyecto de ley “por medio

⁶ Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión. Se encuentra en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.46_sp.pdf

⁷ Los Principios de Johannesburgo se pueden encontrar en: <http://www.informacionpublica.gub.uy/sitio/descargas/declaraciones/principios-de-johanesburgo.pdf>

⁸ Los principios de Lima están disponibles en: http://transparencia-economica.mef.gob.pe/normas/Principios_Lima.php

⁹ La declaración de Chapultepec se encuentra en: http://www.declaraciondechapultepec.org/chapultepec_declaration.htm

¹⁰ La ley modelo sobre acceso a la información se puede encontrar en la siguiente dirección: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

¹¹ Vale la pena revisar los principios que han creado diversas organizaciones lideradas por Open Society Justice en relación con el tema de seguridad y acceso a la información: <http://right2info.org/exceptions-to-access/national-security>

del 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".

Para la exposición de nuestras consideraciones agruparemos los cargos en seis temas: i) La caracterización de las actividades de inteligencia, ii) La reserva legal y los criterios para la clasificación de los documentos, iii) La supervisión a las actividades de inteligencia, iv) Los métodos para recolectar información que requieren orden judicial, v) Las características de los informes de inteligencia, vi) Los delitos modificados o creados por el proyecto de ley.

El primero, relativo a la caracterización de las actividades de inteligencia, se predica de los artículos 2, 3 y 4. En estos sostenemos que debe haber una definición clara y precisa de las actividades de inteligencia, así como de quienes la ejercen y cuáles son los alcances de los principios que la guían, según el proyecto de ley. Específicamente consideramos que es inconstitucional la expresión que pretende incorporar como justificación para iniciar actividades de inteligencia la protección de los derechos humanos, pues esta daría pie a que en un sinnúmero de situaciones los funcionarios especializados puedan poner en marcha sus actividades y el objeto de la inteligencia sería completamente difuso. También solicitamos que la Corte aclare que cuando una ley otorgue funciones de inteligencia a un organismo del Estado, dicha ley debe ser estatutaria, pues la determinación de los actores que realizan inteligencia es parte esencial de la regulación de la misma. Igualmente, pedimos a la Corte pronunciarse acerca del sentido del “principio de reserva legal” que según el artículo 4 limitará las funciones de inteligencia. En este punto consideramos que ante las diferentes acepciones de la expresión, ésta debe ser entendida como “principio de confidencialidad”.

En segundo lugar, respecto a la reserva legal y los criterios para la clasificación de los documentos, presentamos cinco cargos que revisan la constitucionalidad de diferentes expresiones del artículo 33 y el artículo 37 del proyecto. En el análisis del artículo 33 consideramos que es inconstitucional que todos los documentos de los organismos de inteligencia, sin excepción, sean reservados, pues esto atenta contra el criterio restrictivo que ha dado a la jurisprudencia a la reserva, y omite justificar la imposición del secreto en los casos pertinentes. Igualmente, estimamos que la ley carece de un procedimiento para que se declare un documento como reservado y que el hecho de que un documento sea declarado como reservado no significa que los ciudadanos no puedan conocer sobre su mera existencia ni que no deban elaborarse versiones públicas de los mismos, en los casos en que sea posible. En estos eventos solicitamos que la norma sea declarada exequible, en el entendido de que ella incorpora estas exigencias constitucionales. También consideramos inconstitucional que la reserva de información sobre grupos armados ilegales pueda extenderse hasta la desmovilización de los mismos, pues está en contra del carácter exclusivamente temporal de la reserva. Pedimos la exequibilidad condicionada cuando para la extensión hasta 15 años más de la reserva se trae como única justificación la relación de la información con grupos armados ilegales, pues la norma crea una regla general en virtud de quien se predica la información y prescinde de motivar la ampliación de la reserva para la consecución de un fin constitucional como la seguridad nacional. En relación con los períodos de reserva de la información solicitamos también que se declare que ellos no operan cuando se trate de investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos y al DIH. Así mismo, solicitamos la exequibilidad de la expresión en la que se garantiza el uso de mecanismos

judiciales para proteger el acceso a la información, siempre que se tenga en cuenta que el recurso de insistencia dispuesto para ello, no es efectivo, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional a falta de un recurso efectivo debe proceder la tutela. Solicitamos entonces que la Corte declare que mientras la legislación incorpora un recurso con estas condiciones, se puede interponer directamente la tutela. Para finalizar, argumentamos la inconstitucionalidad del artículo 37 que ordena al Ejecutivo la reglamentación de los niveles de inteligencia, pues se están entregando materias esenciales de la regulación de ley estatutaria cuya regulación es exclusiva del Congreso.

El tercer punto, acerca de la supervisión a las actividades de inteligencia, estudia los artículos 18 y 39 del proyecto de ley. En el primer cargo se solicita que los inspectores que presentan el informe anual a la Comisión de Seguimiento y al Ministerio de Defensa, puedan tener acceso a los métodos y fuentes de los organismos para verificar el cumplimiento de los derechos humanos y la calidad de la información que se recolecta y usa para tomar decisiones en el Estado. Este cargo busca evitar que exista una serie de actividades abstraídas de control legal y constitucional. Ahora bien, el cargo sobre el artículo 39 promueve el cumplimiento de los derechos humanos solicitando que se declare inconstitucional la excepción de deber de denuncia de los funcionarios de inteligencia, pues esta disposición es contraria a los deberes de los ciudadanos y en especial a la de los servidores públicos.

El cuarto eje temático, sobre los métodos para recolectar información, advierte que algunos de los mecanismos allí contemplados necesitan orden judicial en razón de su afectación a la intimidad y al habeas data; tal es el caso del monitoreo del espectro electromagnético y el acceso a los historiales de comunicaciones telefónicas. Estos cargos son contra los artículos 17 y 54.

En quinto lugar, para establecer las características de los informes de inteligencia, consideramos que la existencia de un informe no puede ser reservado y únicamente puede serlo su contenido. Así pues, los informes a los que se hace alusión en los artículos 18 y 22 deben ser conocidos hasta donde sea posible y solo aquello que constituya una amenaza para la seguridad y la reserva sea necesaria, idónea y proporcional, puede ser secreto. Respecto al valor probatorio de los informes de inteligencia (artículo 35), estimamos que esta disposición es constitucional en lo que se refiere a las afirmaciones allí contenidas sobre las personas. Empero, consideramos que el informe debe tener valor probatorio cuando permita probar cómo funcionan los organismos de inteligencia y la responsabilidad de sus funcionarios en actividades no autorizadas.

Para terminar, analizaremos la creación y modificación de algunos tipos penales, específicamente los consignados en los artículos 41, 44, 45 y 49. Frente al artículo 45 que penaliza la divulgación de información reservada, argumentamos que es inconstitucional en tanto no cumple con las exigencias que ha establecido la Corte para limitar el derecho a la libertad de expresión e informar, crea una diferencia errónea entre particulares y periodistas, desestimando la función de control al poder al poder público que podrían cumplir los primeros, y la descripción del artículo no cumple con las exigencias del principio de taxatividad, asociado al principio de legalidad penal. En relación con los artículos 41, 44 y 49 consideramos que debe existir un eximente de responsabilidad cuando el beneficio de la revelación de información es mayor al daño causado con la misma, pues de lo contrario el tipo penal se torna desproporcionado e ilegítimo.

C. Presentación detallada de los cargos

I. La caracterización de las actividades de inteligencia.

1. La definición de las funciones de inteligencia y contrainteligencia es excesivamente amplia y no cumple con las exigencias del principio de legalidad.

El artículo 2 del proyecto de ley, que establece la definición de la función de inteligencia y contrainteligencia, dice:

“Artículo 2º. Definición de la función de inteligencia y contrainteligencia. La función de inteligencia y contrainteligencia es aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los Derechos Humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta ley.”

Consideramos que la expresión subrayada es inconstitucional porque incluye un fin mediato y general, dentro de los objetivos que identifican y justifican directamente las labores de inteligencia. Si bien la protección a los derechos humanos debe ser un objetivo de cualquier entidad del Estado, la recolección, análisis y difusión de información que hacen los organismos de inteligencia no se puede enmarcar en un objetivo tan general – proteger los derechos humanos- porque atenta contra el principio de reserva legal en la restricción de los derechos constitucionales.

La definición de la función de inteligencia debe ser precisa y clara porque en ella se estipulan las competencias de los organismos de inteligencia. Así mismo, las consecuencias jurídicas del artículo son variadas, por ejemplo, argumentando que se llevan a cabo actividades de inteligencia puede negarse el acceso a determinada información. Por esto, es de especial importancia que las facultades estipuladas en la ley sean concretas, pues de allí se desprende la posibilidad de controlar los deberes y responsabilidades de los organismos de inteligencia, así como de conocer qué les está permitido.

Específicamente, consideramos que la expresión “proteger los Derechos Humanos” debe ser declarada inconstitucional porque es amplia y extiende las funciones de inteligencia a infinitos espacios en los cuales no debe operar.

No existe una definición constitucional de inteligencia, pero la Corte Constitucional ha identificado elementos presentes en la misma, a saber:

“i) se trata de actividades de acopio, recopilación, clasificación y circulación de información relevante para el logro de objetivos relacionados con la seguridad del Estado y de sus ciudadanos; ii) el propósito de esas actividades y el de la información a que se ha hecho referencia es prevenir, controlar y neutralizar situaciones que pongan en peligro tales intereses legítimos, así como hacer posible la toma de decisiones estratégicas que permitan la defensa y/o avance de los mismos; iii) es inherente a estas actividades el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas

*podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos; iv) dado que se trata de detectar y prevenir posibles hechos ilícitos y/o actuaciones criminales, la información de inteligencia y contrainteligencia es normalmente recaudada y circulada sin el conocimiento, ni menos aún el consentimiento de las personas concernidas.*¹²

El artículo 2 del proyecto de ley incluye la seguridad como un objetivo, así como las amenazas al régimen democrático, constitucional y legal, y la defensa del Estado. Estos últimos están relacionados con la seguridad y el mantenimiento del orden público en el Estado y por ello su enunciación no altera el concepto de inteligencia y ofrecen una definición coherente sobre el terreno en el que se mueve la inteligencia. Aunque, la sola referencia a uno de estos objetivos no basta para iniciar actividades de inteligencia, pues debe justificarse la protección de la seguridad nacional y esto requiere demostrar un riesgo real que tenga la entidad de desestabilizarla.

Ahora, la inclusión de la expresión “*proteger los Derechos Humanos*” dentro de los objetivos de la inteligencia al mismo nivel de la protección contra las amenazas al régimen democrático y a la seguridad nacional, aumenta de forma indeterminada las actividades de inteligencia, tanto así que ya no se puede reconocer que hace parte de este concepto y qué queda por fuera.

Esta expresión trae un objetivo general de todos los organismos del Estado a los motivos por los cuales se justifica directamente la recopilación y análisis de información, así como la restricción de derechos fundamentales. El problema de esto, es que no cumple con las exigencias del principio de legalidad porque es altamente impreciso pues en caso de riesgo de cualquier derecho humano, las actividades que se adelanten son de inteligencia.

Por ejemplo, cuando la Policía Nacional—que según el artículo 4 tiene funciones de inteligencia—lleva a cabo un operativo para capturar a un homicida, ¿está llevando a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia porque está protegiendo los derechos humanos? Creemos que la respuesta es negativa, pues si dicha actividad se califica como inteligencia, se podría, por ejemplo, restringir el acceso a la información sobre la forma como se realizó la captura y justificar la restricción de otros derechos más, hasta por 30 años más. Si bien la investigación de un delito tiene un periodo de reserva del sumario, se trata de un tiempo menor a la reserva de la inteligencia y por razones diferentes, por lo que no deben confundirse ambas funciones.

Esto no significa que los entes de inteligencia no deban proteger los derechos humanos, pues esta es una de las funciones esenciales del Estado. Lo que sucede es que no puede convertirse en una razón suficiente para poner en funcionamiento el aparato de inteligencia del Estado. De hecho, en el artículo 4 el respeto a los derechos humanos se señala como un límite de las actividades. La protección a los derechos humanos es un fin mediato, más no inmediato que defina las actividades de inteligencia.

No existen razones para incluir este propósito dentro de la caracterización de las actividades de inteligencia. Una de las consecuencias de proteger la seguridad nacional es proteger los derechos humanos. Así, es común que dentro de las definiciones de seguridad, se incluyan los derechos de las personas. Sin embargo, aún en este caso, los derechos humanos están contenidos en los

¹² Corte Constitucional, sentencia C 913 de 2010. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

propósitos de seguridad. Pero esto es diferente a pensar que cuando se protegen, en general, los derechos humanos, se están cumpliendo funciones de inteligencia o se están cumpliendo actividades de inteligencia. Pues si este objetivo se deja fuera de un marco de seguridad, tiene mayores alcances y son más las situaciones en las que pueden necesitarse las actividades de inteligencia.

Teniendo en cuenta que el artículo 2 tiene consecuencias jurídicas, en tanto, allí se enuncian los motivos por los que es posible adelantar actividades de recolección y análisis de información, es indispensable que estos sean precisos y no se abra el camino para las arbitrariedades.

Los peligros de este nuevo objetivo son varios: serán muchas las ocasiones en las que pueda demostrarse un riesgo para los derechos humanos, y si las autoridades de inteligencia no actúan, comprometerían su responsabilidad disciplinaria pues estarían incumpliendo su deber; y si actúan, podrían estar restringiendo innecesariamente otros derechos fundamentales, como el derecho de acceso a la información, que a su vez es un derecho instrumental para ejercer otros derechos. Esto demuestra que la precisión de las funciones de un servidor público es importante tanto para él, como para la ciudadanía. Un requisito mínimo es entonces que la definición de las funciones cumpla con los parámetros del legalidad, so pena de ser declarada inconstitucional, como ya lo ha hecho la Corte.¹³

De acuerdo con lo anterior, solicitamos que el apartado “*proteger los Derechos Humanos*” del artículo 2 del proyecto de ley sea declarado inexecutable porque atenta contra el principio de legalidad en la definición de las actividades de inteligencia.

2. Reserva legal de ley estatutaria para asignar funciones de inteligencia y contrainteligencia

El artículo 3 del proyecto de ley dice:

“ORGANISMOS QUE LLEVAN A CABO LA FUNCIÓN DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA. *La función de inteligencia y contrainteligencia es llevada a cabo por las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional organizadas por éstas para tal fin, la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), y por los demás organismos que faculte para ello la Ley. Estos organismos conforman la comunidad de inteligencia y son los únicos autorizados para desarrollar actividades de inteligencia y contrainteligencia. Todos los organismos que lleven a cabo estas actividades estarán sujetos al cumplimiento de la presente ley de manera integral”*

¹³ Corte Constitucional, sentencia C 1339 de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell. En aquella ocasión la Corte declaró inconstitucional el numeral 21 del artículo 17 del decreto 272 del 2000 porque la función endilgada al Auditor no cumplía con los requisitos del principio de legalidad. La expresión declarada inexecutable decía: “*Las demás que no estén expresamente relacionadas en este decreto y que sean inherentes a la naturaleza del cargo, sin perjuicio de las delegaciones a que hubiere lugar, así como, aquellas que le sean asignadas por la Constitución y la ley*”.

La expresión subrayada permite que a través de una ley se asignen funciones de inteligencia y contrainteligencia a organismos no mencionados en el artículo. Esto es constitucional sólo si la nueva ley es estatutaria.

El trámite de ley estatutaria se exige cuando la regulación genera una afectación a los derechos fundamentales. Tratándose de actividades de inteligencia la Corte ha dicho que esta debe cumplir el trámite de ley estatutaria, razón por la cual declaró inconstitucional la pasada ley 1288 de 2009:

“Las labores de inteligencia y contrainteligencia causan afectaciones ciertas, aunque de diversa intensidad, a la intimidad de las personas y que siendo ésta un derecho fundamental, calidad que se extiende a todas sus distintas facetas, entre ellas el hábeas data, el desarrollo legislativo de esos temas está, al menos en principio, sujeto a la reserva de ley estatutaria”¹⁴

La asignación de funciones de inteligencia a organismos o dependencias del Estado comporta una afectación a los derechos fundamentales, porque se otorga a un nuevo actor la potestad de limitar los derechos. Por esta razón, cuando se encarguen funciones de inteligencia se está legislando una materia de ley estatutaria. En consecuencia, cuando se concedan estas funciones, el Congreso deberá aprobarlo por medio de una ley estatutaria. De lo contrario, se estaría permitiendo que a través de leyes ordinarias se regulen temas esenciales sobre derechos fundamentales, exclusivos de leyes estatutarias.

Esto cobra especial importancia porque la ciudadanía debe tener claridad sobre cuáles son las instituciones que hacen inteligencia y, en consecuencia, pueden afectar su derecho a la intimidad y limitar su derecho de acceso a la información. Además, un trámite estricto como el de la ley estatutaria, brinda mayor garantía de la constitucionalidad de las normas pues exige mayores consensos y tiene un control previo por parte de la Corte Constitucional. Estas garantías deben aplicarse a la concesión de facultades de inteligencia, pues no es lo mismo que se le asignen a la UIAF –como hace la ley- a que se le asignen a las empresas públicas de telecomunicaciones.

Por consiguiente solicitamos que la expresión “y por los demás organismos que faculte para ello la Ley” sea declarada constitucional en el entendido de que la ley debe ser estatutaria, con fundamento en el principio de reserva de ley estatutaria que tiene esta materia.

3. Cargo acerca del alcance del principio de reserva legal

El artículo 4 del proyecto de ley de inteligencia y contrainteligencia, señala:

“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

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C 913 de 2010. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y al debido proceso.” (Subrayado propio)

La última frase incorpora el principio de reserva legal en las actividades de inteligencia para proteger los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad, pero no define en qué consiste este principio. Esto es de importancia, pues la expresión “reserva legal” tiene diferentes connotaciones en el ordenamiento jurídico colombiano; una, hace referencia a la competencia del Congreso para la regulación de ciertos temas, y la otra, a la medida específica de mantener en secreto información. Consideramos que la Corte debe definir cuál es el contenido del principio de reserva legal del artículo 4 y si este es respetuoso de los parámetros constitucionales.

El principio de reserva legal ha sido comúnmente definido como la facultad exclusiva del Congreso para regular ciertos temas, excluyendo que sean otras autoridades quienes ejerzan esa función.¹⁵ Pero, este es un requisito relacionado con la adopción de la ley, mas no con su contenido, así que su significado no es aquello a lo que hace referencia el artículo 4 del proyecto de ley.

De otro lado, la Corte ha hecho referencia a la expresión “reserva legal” en el sentido de mantener secreta información cuya divulgación puede causar un perjuicio a los intereses legítimos del Estado. En materia de inteligencia y contrainteligencia, la reserva ha sido catalogada como inherente a los servicios de inteligencia y contrainteligencia. Tal como lo dijo la Corte en la sentencia C 913 de 2004:

*“iii) es inherente a estas actividades el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos;”*¹⁶

En relación con la expresión completa “principio de reserva legal” hay pronunciamientos de la Corte de 1992 en los que se entendía el principio como la aplicación de parámetros bajo los cuales debía realizarse la inteligencia:

“(…) Lo anterior no impide que los organismos de inteligencia realicen sus propias investigaciones. Pero lo harán sin vulnerar los derechos fundamentales tales como la

¹⁵ En la sentencia C 372 de 2009 la Corte lo definió así: “La reserva de ley tiene distintos significados: en primer lugar hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley, sólo normas con rango de ley pueden realizar una regulación principal que los afecte; también se utiliza como sinónimo del principio de legalidad o de cláusula general de competencia del Congreso, significando que, en principio, todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley; también es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales en las que el constituyente ordena al legislador que ciertos temas, en razón de su trascendencia, deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley. En este sentido, dicho principio determina que el proceso de elaboración de disposiciones que regulan ciertos temas de importancia para la sociedad, sea desarrollado por el órgano de representación popular.”

¹⁶ Corte Constitucional sentencia C 913 de 2004. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

*intimidad, el buen nombre y la honra de las personas. Para tal efecto las investigaciones deben adelantarse bajo los estrictos lineamientos impuestos por el **principio de la reserva**”¹⁷
(subrayado propio)*

Es razonable considerar que cuando la ley de inteligencia hace referencia a principio de reserva legal, debe entenderse en el contexto de la reserva como aplicación de secreto. El problema jurídico consiste en determinar si es constitucional la creación de un “principio de reserva legal” que privilegie el ocultamiento de información, teniendo en cuenta que es una obvia contradicción con el principio de máxima divulgación, y elevarlo a la categoría de principio lo convierte en una directriz hermenéutica en la aplicación de las normas y determinaría que en casos de dudas, se opte por la aplicación de la reserva.¹⁸

A la luz de los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional¹⁹, no es posible considerar que exista un principio de reserva legal, entendido como aplicar sistemáticamente la medida de secreto a la información. Al contrario, la reserva se ha caracterizado por ser excepcional y precisa, tal como señaló en sentencia C 491 de 2007 la Corte:

“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.”²⁰

Sin embargo, una mirada general a la jurisprudencia sobre inteligencia, permite identificar que la reserva también puede ser entendida como la obligación de mantener en secreto la información que ha sido catalogada como reservada. Es decir, que no se circunscribe al momento previo en el que se decide si un documento es reservado o no, sino que es una obligación posterior que surge después de la clasificación de los documentos reservados, que indica que debe ocultarse la información. Esto es entendido como el deber de confidencialidad.

El principio de confidencialidad obliga a no divulgar la información reservada y mantenerla bajo custodia con el fin de evitar su difusión. Esta es una obligación de los servidores públicos para proteger los fines constitucionales por los cuales se impuso la reserva. Es el medio adecuado para proteger los datos íntimos de las personas que han colaborado con los organismos de inteligencia o que han sido objeto de seguimiento por parte de estos. La Corte ha definido este principio de la siguiente forma:

¹⁷ Corte Constitucional sentencia T 252 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón

¹⁸ De acuerdo con la sentencia C 818 de 2005, los principios tienen tres características especiales: “(i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho.”

¹⁹ Sólo fue reiterada en una sentencia de T 066 de 1998 sin entrar a ahondar en los lineamientos del “principio de reserva”

²⁰ Corte Constitucional sentencia C 491 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

“(L)a confidencialidad es uno de los principios que regula la actividad del tratamiento de datos personales, en virtud del cual, las personas que intervengan en la recolección, almacenamiento, uso, divulgación y control de estos datos están obligadas, en todo tiempo, a garantizar la reserva de la misma, incluso después de finalizar sus relaciones con el responsable del tratamiento”²¹

De esta manera puede pensarse que cuando se hace referencia al principio de reserva legal en realidad se trata del principio de confidencialidad como forma de proteger el derecho a la intimidad de los titulares de información de inteligencia reservada. La confidencialidad es uno de los alcances de la aplicación del secreto, de la cual depende la materialización del mismo. Es además, el medio adecuado para proteger información cuya divulgación afecta gravemente los derechos a la intimidad, el habeas data y el buen nombre; y que no tienen ningún beneficio ni interés para la sociedad. Los organismos de inteligencia cuentan con muchos datos de este tipo. Por ejemplo, la información sobre la vida personal de un posible colaborador de un grupo armado, los datos de sus hijos, los sitios que frecuentaban, sus apodos; todos estos son datos que deben ser confidenciales y no deben ser divulgados.

No obstante, como las acepciones de la expresión “principio de reserva legal” tienen diferentes alcances dependiendo del momento en el cuál se piense su aplicación, consideramos que la Corte debe precisar su contenido. En ese sentido, estimamos que respetando el principio de máxima divulgación y el carácter restrictivo de la reserva legal, la expresión debe ser declarada constitucional siempre que se entienda como “principio de confidencialidad”.

II. La reserva legal y los criterios para la clasificación de los documentos.

4. La reserva legal para todos los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia contradice el principio de máxima divulgación

El artículo 33 del proyecto de ley de que define cuáles son los documentos que están sometidos a reserva, dice:

“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.” (Subrayado propio)

Consideramos que la expresión subrayada no se ajusta a la jurisprudencia constitucional que establece que la reserva es excepcional, clara y precisa, porque crea una regla general de reserva para todos los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia, sin importar su contenido ni su relevancia para la misión constitucional de estos organismos. Con ello,

²¹ Corte Constitucional sentencia C 336 de 2007. M.P.: Jaime córdoba Triviño

se contradice el principio de máxima divulgación, se incumple con las condiciones para restringir válidamente el acceso a la información (estar en la ley, ser una limitación proporcional, razonable y necesaria) y se abre la puerta para limitar este derecho sin justificación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el principio de máxima divulgación como regla general para el acceso a la información. Y lo ha identificado como un principio indispensable de una sociedad democrática. En palabras de la Corte IDH:

“La Corte Interamericana ha determinado que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”²²

Este principio fue acogido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al encontrarlo acorde con los principios constitucionales de Colombia²³ y ha sido retomado en sentencias posteriores para señalar que la regla general en acceso a la información del Estado es la máxima divulgación.²⁴

Las excepciones al acceso a la información, según la Corte Constitucional, deben:

“ (...) Estar fijados en la ley, por lo tanto no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza, por ejemplo actos administrativos. No son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. La ley debe establecer con claridad y precisión (i) el tipo de información que puede ser objeto de reserva, (ii) las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, (iii) las autoridades que pueden aplicarla y (iv) los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas. Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal

²² CIDH: Caso Guerrilla Araguaia

²³ En la sentencia T 1025 de 2007 la Corte dijo: “Como se puede observar, tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiestan que la regla general es la del acceso general a la información que reposa en el Estado – “principio de la máxima divulgación” -, como condición fundamental para la existencia del Estado democrático, respetuoso de los derechos de las personas. Sin embargo, en los dos casos se admite que alguna información quede en secreto, de acuerdo con lo que determine la ley, lo cual en el contexto colombiano exige una decisión del Congreso de la República. Empero, la determinación debe ser motivada, debe respetar los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad, a partir de un test estricto, y, además, las excepciones a la regla del acceso deben interpretarse siempre en forma restrictiva.”

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T 889 de 2009 y sentencia T 511 de 2010.

finalidad, es decir, las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad”²⁵

Luego, estimamos que el examen de constitucionalidad debe hacerse en dos niveles: uno, revisando que las normas que permiten la reserva de información sean claras y concretas y no admitan ningún tipo de arbitrariedad; y dos, revisando la razonabilidad y proporcionalidad de la medida para proteger los principios constitucionales anteriormente mencionados.

Frente al primer tipo de examen, es necesario resaltar que la expresión subrayada reserva información en razón de “*la naturaleza de las funciones de los organismos de inteligencia y contrainteligencia*” es decir, que pretende que por ser creados en las entidades con funciones de inteligencia se justifica que sean reservados todos sus documentos, elementos técnicos, e información en general. Esta limitación, tal como la presenta el artículo, utiliza un criterio orgánico para la definición de la reserva, omitiendo la necesidad de otro tipo de análisis del contenido. Esto contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional pues es una disposición imprecisa que no hace una delimitación de los casos en los cuales es necesaria la reserva. Tampoco describe una situación de riesgo para la seguridad nacional que tenga la calidad suficiente de limitar un derecho fundamental. No ofrece razones que demuestren la necesidad, idoneidad, razonabilidad ni proporcionalidad de la reserva; por el contrario, es vaga, indeterminada e irrazonable. En líneas generales, contradice todas las características de la reserva.

El artículo tiene un efecto perverso e inconstitucional porque documentos que no tienen razón para estar reservados, como por ejemplo, contratación de servicios de vigilancia y aseo, planillas de ingreso del personal y de visitantes, presupuesto general, distribución interna de funciones, entre otros, quedarían apartados de un control ciudadano sin que medie una justificación, lo cual puede degenerar en corrupción y otros abusos más.

Es evidente que una porción importante de la información que consta en los organismos de inteligencia y contrainteligencia debe ser clasificada. Pero de allí a determinar que son secretos todos los documentos, elementos técnicos e información en general que posean estos organismos hay una gran distancia. Este segmento del artículo 33 contradice en forma palmaria el principio de máxima divulgación que ha sido acogido por la Corte Constitucional.

Ciertamente, del principio de máxima divulgación se deduce una serie de exigencias que son desconocidas por la norma que se acusa. Por ejemplo, tratándose de documentos reservados, su existencia no puede mantenerse en secreto, únicamente su contenido, obligando a que el Estado dé cuenta a la ciudadanía sobre cuál es la información que tiene en su poder. En ese sentido ha dicho la Corte:

“El secreto de un documento no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser público, a fin de garantizar que los

²⁵ *ibid.*

ciudadanos tengan oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C.P.)”²⁶

Es más, cuando en un mismo documento exista información que deba reservarse y otra que puede darse a conocer, debe tacharse la información reservada y permitirse el acceso a aquella que no requiera protección. Así lo dispone nuestra jurisprudencia constitucional²⁷. Al respecto la ley modelo interamericana de acceso a la información también dice:

“En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté exenta de divulgación mediante las excepciones enunciadas en el artículo 41, podrá hacerse una versión del documento que tache o cubra solamente las partes del documento sujetas a la excepción. La información no exenta deberá ser entregada al solicitante y hacerse pública.”²⁸

Entonces, si la existencia de documentos no puede ser reservada, los organismos deben presentar informes sobre la información que tienen en su poder. Debe existir una versión pública de los documentos o informes que dan cuenta de su existencia. Esto, en razón del principio de publicidad que garantiza la gestión transparente de las entidades públicas.

La expresión acusada crea una regla tan amplia al suponer el carácter reservado de todo lo que existe en los organismos de inteligencia, que la ley omitió reglamentar los procedimientos que deben seguirse para establecer una reserva y señalar las obligaciones del Estado frente a la ciudadanía en relación con la información que válidamente se oculta. No se sabe cuáles son las pautas para que dentro de una entidad pueda fijarse la reserva: quién la determina, quién accede a la información, ni cuándo se comparte con otras entidades. Siendo un requisito constitucional para la limitación al derecho, determinar con claridad los procedimientos para aplicación y levantamiento, así como las autoridades competentes.

Igualmente, la regla general y amplia que establece el inciso, omite que tratándose de investigaciones de derechos humanos, la reserva no es oponible a autoridades judiciales o administrativas. En esto ha sido enfática la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos, cuando dice:

“La Corte considera que en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes.”²⁹

Esto es de especial importancia, porque las reglas sobre la aplicación de la reserva deben matizarse siempre que se trate de garantizar el acceso a la justicia y controlar los posibles abusos de los

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-216 de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett

²⁷ Ver por ejemplo las sentencias previamente citadas T125 y C-491, ambas del año 2007.

²⁸ Está publicada en la dirección web: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf

29 CIDH: Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, retomado en CIDH: Caso Guerrilla Araguaia

organismos de inteligencia. La naturaleza de la reserva no se abstrae de control judicial ni administrativo. Y mucho menos, el secreto de la información puede ser una vía para generar impunidad y obstaculizar la justicia. Por lo tanto, la oponibilidad de la reserva no puede ser absoluta y en todo caso debe tenerse presente que en investigaciones sobre derechos humanos los organismos de inteligencia deben brindar toda la información, sin excepción, a los jueces y las autoridades administrativas que lo requieran.

En conclusión, consideramos que la expresión “*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*” es un expresión vaga y ambigua, que sólo puede ser constitucional en el entendido de que: 1. No todos los documentos de los organismos de inteligencia serán reservados; 2. La existencia de un documento no puede ser reservada, solo su contenido; 3. Cuando en un mismo documento haya información reservada e información de acceso público, debe entregarse una versión parcial en el que se tache la información reservada, pero se permita el conocimiento del resto del documento; 4. Deben establecerse procedimientos adecuados para determinar la reserva de un documento en razón de la información que contiene; y 5. La reserva no es oponible a autoridades judiciales y administrativas cuando realicen investigaciones sobre violaciones a derechos humanos. Lo anterior, según los parámetros de la jurisprudencia constitucional expuesta.

5. Cargo relacionado con la extensión de la reserva por 15 años cuando esté relacionada con grupos al margen de la ley

Los tres primeros incisos del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria establecen:

“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.

Excepcionalmente y en casos específicos, por recomendación de cualquier organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, el Presidente de la República podrá acoger la recomendación de extender la reserva por quince (15) años más, cuando su difusión suponga una amenaza grave interna o externa contra la seguridad o la defensa nacional, se trate de información que ponga en riesgo las relaciones internacionales, esté relacionada con grupos armados al margen de la ley, o atente contra la integridad personal de los agentes o las fuentes.

*Este período podrá extenderse hasta la desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley sobre el que verse la información de inteligencia o contrainteligencia.”
(subraya no original)*

De la expresión “*esté relacionada con grupos armados al margen de la ley*”, contenida en el inciso segundo, no se deriva una justificación suficiente para fijar una reserva, y menos aún para extenderla 15 años más allá del máximo. Esta motivación no es comparable con un fin constitucional legítimo, por los cuales es válido restringir el acceso a la información.

El acceso público a la información puede restringirse únicamente para proteger un derecho fundamental o un bien jurídico constitucional; así mismo la reserva debe ser idónea, necesaria y proporcional para protegerlos. Pero cuando el Congreso adopta como justificación, la sencilla condición de que la información tenga que ver con grupos armados al margen de la ley, omite probar la concurrencia de los anteriores elementos. Por eso, no puede aceptarse que toda la información relacionada con los grupos armados sea reservada, sin consideración alguna a su contenido y al peligro que puede ofrecer su divulgación. Al respecto ha señalado la Corte:

“Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad, es decir, las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad.”³⁰

La simple relación de una información con los grupos armados ilegales no es asimilable a la seguridad nacional, el orden público o la salud pública, pues no se incluye en la Constitución como un bien jurídico y no existe razón alguna para considerar que debe ser incorporado en la ley. Es posible que para proteger la seguridad nacional o el orden público sea necesario extender una reserva por 15 años y que la información que se restringe a la ciudadanía esté relacionada con grupos ilegales; sin embargo, la razón por la que es admisible reservar la información es por el objetivo constitucional de la seguridad, mas no porque se refiera a grupos armados ilegales.

Adicionalmente, vale aclarar que la extensión del periodo de reserva no cubre a las jueces o autoridades administrativas cuando realicen investigaciones sobre derechos humanos, pues en estos casos, no es oponible la reserva. Tal como se señaló en el estudio del primer inciso del artículo 33, de acuerdo a las pautas fijadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* y el Caso de la *Guerrilla Araguaia*.

Es evidente entonces, que la expresión acusada no es una razón suficiente para extender la reserva, pues ella señala una característica de la información, pero no se refiere a los peligros que pueden emanar de ella. Por tanto, solicitamos a la Corte que declare su constitucionalidad en el entendido de que para que este tipo de información pueda ser reservada se requiere que contenga elementos que amenacen la seguridad o la defensa nacional u otro fin constitucional admisible.

6. Cargo relativo a la extensión de la reserva hasta la desmovilización del grupo armado

³⁰ *ibid.*

Los tres primeros incisos del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria establecen:

“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.

Excepcionalmente y en casos específicos, por recomendación de cualquier organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, el Presidente de la República podrá acoger la recomendación de extender la reserva por quince (15) años más, cuando su difusión suponga una amenaza grave interna o externa contra la seguridad o la defensa nacional, se trate de información que ponga en riesgo las relaciones internacionales, esté relacionada con grupos armados al margen de la ley, o atente contra la integridad personal de los agentes o las fuentes.

Este período podrá extenderse hasta la desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley sobre el que verse la información de inteligencia o contrainteligencia.”

(Subrayado propio)

El tercer párrafo del artículo 33 establece una reserva indefinida para la información relacionada con grupos al margen de la ley, que sólo podrá ser eliminada cuando el grupo se desmovilice. Esto es completamente contrario a la jurisprudencia de la Corte que advierte que las limitaciones al derecho al acceso a la información deben ser temporales. Tal como lo ha explicado la sentencia C 491 de 2007:

“La reserva debe ser temporal. Su plazo debe ser razonable y proporcional al bien jurídico constitucional que la misma busca proteger. Vencido dicho término debe levantarse”³¹

En el mismo sentido, uno de los Principios de Lima dice:

“En ningún caso una información podrá ser mantenida clasificada indefinidamente”

Efectivamente, debe existir un período máximo de reserva que no puede ser extendido indefinidamente ya que después de que la reserva ha protegido el bien jurídico, la información debe ser pública. Este período no puede exceder el máximo que impone la ley -30 años prorrogables 15-.

Así mismo, cuando el párrafo tercero subordina el levantamiento de la reserva a la desmovilización del grupo armado ilegal, está señalando una condición. Sin embargo, la Corte dice que debe existir un término, no una condición.

Según el diccionario de la Real Academia Española –RAE-, “término” hace referencia a “Último punto hasta donde llega o se extiende algo” o “Plazo de tiempo determinado”. Y “condición” en la acepción jurídica de la RAE es: “Acontecimiento futuro e incierto del que por determinación legal o convencional depende la eficacia inicial o la resolución posterior de ciertos actos jurídicos”. Del

³¹ Corte Constitucional, sentencia C 491 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

mismo modo, el artículo 1530 del Código Civil hace referencia a la obligación condicional como: *“Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.”*

Así pues, la condición es por naturaleza incierta y el término es cierto y determinado. Para el caso concreto se exige una seguridad en el término máximo, pero la expresión que condiciona el levantamiento de la reserva a la desmovilización de grupos armados, genera una incertidumbre, lo cual quebranta el principio que dispone que toda reserva sea temporal. Por consiguiente, consideramos que el tercer párrafo debe ser declarado inconstitucional porque desconoce la jurisprudencia de la Corte que fija el carácter temporal de la reserva.

7. No se establecen mecanismos legales idóneos y eficaces para lograr acceso a la información.

El párrafo 2 del artículo 33 del proyecto de ley establece que se podrán utilizar los recursos y acciones legales y constitucionales para controvertir las respuestas negativas de información amparadas en la reserva:

*“**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.”*
(Subrayado fuera de texto).

Consideramos que el aparte subrayado es constitucional, en tanto permite el uso de acciones legales y constitucionales para la solicitud de información. No obstante, teniendo en cuenta que el recurso de insistencia existente no cumple con los requisitos de efectividad necesarios para ser un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, estimamos que la Corte debe declarar que procede la tutela directamente para controvertir la denegación de una solicitud de acceso a la información por motivos de seguridad nacional, mientras se legisle al respecto y se cree un mecanismo efectivo.

En consecuencia, solicitamos que la Corte Constitucional establezca que el recurso de insistencia no es un mecanismo legal efectivo y no garantiza el derecho de acceso a la información pública, razón por la cual debe proceder la acción de tutela directamente sin exigir a los ciudadanos haber presentado con anterioridad el recurso de insistencia. Para fundamentar esta petición a continuación demostraremos la naturaleza del recurso de insistencia y por qué no es efectivo ni idóneo.

Actualmente, los recursos y acciones legales con los que se cuenta para controvertir una negativa de información amparada en la reserva se reducen a uno, que es el procedimiento conocido como “recurso de insistencia”, el cual se encuentra consagrado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985. En cuanto a lo constitucional, se cuenta con la acción de tutela. Los dos operan en casos diferentes. El primero de estos, ha sido considerado como constitucionalmente admisible por parte de la Corte, pero, aparte de tener su origen en una norma preconstitucional, carece de efectividad. Por esta razón

consideramos que la Corte Constitucional debe establecer que en este momento no se cuenta con recursos legales efectivos para controvertir las negativas de información amparadas en la reserva, razón por la cual debe proceder la acción de tutela. A continuación se expondrán los recursos y acciones con los que se cuenta actualmente, y se indicarán las razones que fundamentan este argumento.

Como punto de partida se debe tener en cuenta el contexto en el cual se estableció legalmente el recurso al cual hacemos referencia. El recurso de insistencia encuentra su origen en la Ley 57 de 1985, la cual es previa a la Constitución Política de 1991, y anterior al desarrollo jurisprudencial que se ha dado sobre el derecho de acceso a la información pública, y que se recoge, a nivel constitucional en las sentencias C-491 de 2007, T-1025 de 2007 y T-511 de 2010, que desarrollan lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en las sentencias de caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brazil, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala y caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Con respecto a esto, debe tenerse en cuenta que la concepción de la relación entre Estado y ciudadano era distinta a la que se tiene hoy en día, en tal medida que fue apenas hasta el establecimiento de la Constitución de 1991 que impuso la acción de tutela como mecanismo constitucional para la defensa de los derechos fundamentales.

De otro lado, la Corte Constitucional, al hacer referencia a la procedencia de la acción de tutela cuando existe otro mecanismo de defensa judicial específico, ha señalado al respecto que:

“En aquellos eventos en que se establezca que el ordenamiento jurídico tiene previsto un medio ordinario de defensa judicial, corresponde al juez constitucional resolver dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si el medio judicial alternativo presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. Si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.”³² (Subrayado por fuera del texto)

En el mismo sentido, la Corte ha dicho que

“La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso.”³³

De acuerdo a lo que explicaremos más adelante, el recurso de insistencia no cumple las características que exige la jurisprudencia con respecto a la efectividad e idoneidad, razón por la cual, según los artículos 2 y 6 del Decreto 2591 de 1991, procedería la acción de tutela para la defensa del derecho de acceso a la información. Al respecto debemos tener en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional:

32 Corte Constitucional, sentencia T 972 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba Tribiño

33 Corte Constitucional, sentencia T 391 de 2007. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

“(S)i el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela.”³⁴

En adición a lo anterior, la Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencia específica con respecto a la garantía del derecho de acceso a la información. Con respecto a la protección judicial de este mismo, ha establecido lo siguiente como uno de los requisitos esenciales:

“En materia de protección judicial del derecho al acceso a la información debe existir un recurso sencillo, rápido y efectivo para determinar si se produjo una violación al derecho de quien solicita información y, en su caso, ordene al órgano correspondiente la entrega de la información.”³⁵ (Resaltado fuera de texto).

La ley 57 de 1985 establece el recurso de insistencia como mecanismo legal para controvertir negativas de información cuando el funcionario público alega que lo solicitado se encuentra cobijado por la reserva legal. Sobre esto, la Corte Constitucional se ha pronunciado considerándolo como “constitucionalmente admisible”. No obstante, la sentencia T-473 de 1992 estableció que “*el otro medio de defensa judicial sugerido por el Consejo de Estado y los otros mecanismos eventualmente aplicables no son, en este caso concreto, más eficaces que la tutela para proteger el derecho fundamental de acceso a los documentos públicos.*”³⁶

De acuerdo a lo anterior, se podría considerar que habría una preferencia encaminada al uso de la acción de tutela como mecanismo de defensa del derecho de acceso a la información. No obstante, según la regla establecida por la Sentencia T-1025 de 2007, la aplicación de esta se da en casos limitados:

“Empero, la jurisprudencia transcrita no se aplica para aquellos casos en los que la institución estatal rechaza la entrega de los datos por una razón distinta a la de que ellos tienen carácter reservado por disposición constitucional o legal. En estas situaciones la Corte ha indicado que sí procede la acción de tutela, puesto que el recurso judicial contemplado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 se aplica solamente para aquellos casos en los que la respuesta negativa de la Administración para brindar la información solicitada está fundada en el argumento de que ella es reservada y se indican las normas legales pertinentes.”³⁷

A continuación se presentan las falencias que se han identificado con respecto al recurso establecido por la Ley 57 de 1985, y que nos permiten evidenciar que no es un recurso que cumpla con los criterios necesarios para la garantía judicial de un derecho fundamental, por lo que la acción de tutela aplicaría, de manera más amplia a la actual, en la defensa del derecho de acceso a la información.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T 1239 de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T 473 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T 1025 de 2007. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

El artículo 21 de dicha Ley establece que cuando un ciudadano insiste en su solicitud de información, y esta es negada nuevamente, el funcionario deberá remitir la petición al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para obtener una decisión judicial que indique si la información es reservada o no. Este artículo no establece términos ni sanciones para su cumplimiento, y no da la facultad para que el ciudadano remita la solicitud al Tribunal, razón por la cual el particular está al arbitrio del funcionario público que recibe la solicitud.

Pese a esto, se puede contar con la acción de tutela para obligar la remisión por parte del funcionario público al Tribunal. Pero esto no se da en virtud de la defensa del derecho de acceso a la información, sino del derecho de petición, por cuanto la Administración no ha accedido a resolver una petición respetuosa que realiza un particular. Además, se cuenta con que en el artículo 25 de la citada ley, se establece que el *“funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo.”* Sin embargo, la Corte Constitucional ha dicho que *“la sanción disciplinaria, no garantiza la satisfacción de los derechos constitucionales infringidos (petición, información y acceso a los documentos).”*³⁸

A manera de ejemplo se puede observar un caso desarrollado por la Fundación para la Libertad de Prensa, que fue adelantado en el marco de las asesorías legales a periodistas que tienen dificultades para acceder a la información pública. Este caso formó parte del informe “El acceso a la información pública en Colombia, entre el secreto y la filtración” que publicó recientemente la FLIP. Dicho litigio surgió por la necesidad que tenía un periodista de acceder a una lista de miembros de la fuerza pública que estuvieran siendo investigados, o hubieran sido condenados, por supuestas ejecuciones extrajudiciales realizadas en el departamento de Caldas. La información fue negada en con el argumento de que las personas investigadas no habían sido condenadas, razón por la cual no podía accederse a la solicitud por cuanto, en virtud de la presunción de inocencia, se debía respetar el derecho a la intimidad y al buen nombre. El 30 de julio de 2009 se presentó un recurso de insistencia, que es el recurso legal existente. Al momento de darse la respuesta al recurso de insistencia, la Fiscalía no procedió a darle el trámite al recurso, que consiste en remitirlo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Por esta razón, el periodista se vio obligado a interponer una acción de tutela, para que la Fiscalía diera el respectivo trámite. Esta acción fue fallada a favor del solicitante, pero fue impugnada, al mismo tiempo que se cumplió con lo fallado. Esto último es incomprensible y hace pensar que no hay conocimiento sobre la naturaleza del recurso de insistencia, situación que se ha observado en varios funcionarios públicos de diversas entidades. Posteriormente se dio el fallo del recurso de insistencia, el cual ordenó *“informar al peticionario las fechas en las que fueron proferidas las decisiones de apertura de las investigaciones adelantadas por dicha entidad por el delito de homicidio fuera de combate, presuntamente cometido por agentes del Estado en el departamento de Caldas”*.³⁹ Esta sentencia no se cumplió, por cuanto la Fiscalía solo entregó las noticias criminales de los casos, pero no las fechas. Después de pedirle al Tribunal Administrativo que se pronunciara al respecto, este indicó

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T 473 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón

³⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 19 de noviembre de 2010. Expediente: 25 000 2324 000 2009 00401-01.

que el trámite había concluido. Este litigio, que tomó más de seis meses, concluyó de manera infructuosa, por cuanto no se pudo obtener la información.⁴⁰

Si se tienen en cuenta los argumentos que se han mencionado anteriormente, el procedimiento con que se cuenta en la legislación vigente, no puede llegar a considerarse **efectivo**, ni **sencillo**, ni **rápido** y mucho menos como **idóneo**. Pues el problema mencionado no se refiere solo a este caso concreto, sino que se origina en el diseño del recurso de insistencia: este no es adecuado para proteger el derecho de acceso a la información.

Por esta razón, consideramos que la Corte debe declarar constitucional la expresión subrayada, en el entendido de que en todos los casos procede la tutela directamente porque el recurso de insistencia consagrado en la ley 57 de 1985 no es efectivo y no garantiza integralmente el derecho de acceso a la información. Esto, mientras que se crea un nuevo mecanismo legal que permita la defensa del derecho.

8. Cargo relacionado con el exceso de facultades otorgadas al Gobierno para la reglamentación de la clasificación y acceso a la información.

El artículo 37 del proyecto de ley estatutaria dice:

“El Gobierno Nacional, dentro del año siguiente a la publicación de la presente Ley, reglamentará los niveles de clasificación de la información y diseñará un sistema para la designación de los niveles de acceso a la misma por parte de los servidores públicos.”

La expresión subrayada transfiere la reglamentación de los niveles de clasificación de la información al Gobierno, lo cual estimamos inconstitucional porque es un asunto esencial de la regulación de las labores de inteligencia y que, por lo tanto, únicamente puede ser regulado por una ley estatutaria.

De acuerdo con el artículo 152 de la Constitución, corresponde al Congreso legislar sobre las materias relacionadas con los derechos fundamentales, a través de leyes estatutarias. El procedimiento para adoptar dicha legislación es más estricto que el ordinario. Esto tiene como fin que sea el órgano de representación popular quien decida sobre las normas relacionadas con estos derechos, en virtud de las garantías que da a la ciudadanía que sus representantes tomen tales decisiones, y que el trámite estricto pueda garantizar un mayor control a la futura legislación por medio de debates más intensos que exigen mayores consensos. Así mismo, en razón de su importancia, tienen un control constitucional previo de la Corte.

En materia de inteligencia y contrainteligencia, la Corte advirtió que la regulación debe ser a través de una ley estatutaria porque tales actividades causan afectaciones a derechos fundamentales como la intimidad. Advirtió la Corte:

⁴⁰ Para más información sobre este caso, se puede consultar el informe de la FLIP “El acceso a la información pública en Colombia, entre el secreto y la filtración”, el cual puede ser obtenido en el siguiente enlace: http://flip.org.co/publication_display/2297.html

“A partir de todo lo anterior queda aclarado y debe resaltarse que, por su propia esencia, las labores de inteligencia y contrainteligencia causan afectaciones ciertas, aunque de diversa intensidad, a la intimidad de las personas y que siendo ésta un derecho fundamental, calidad que se extiende a todas sus distintas facetas, entre ellas el hábeas data, el desarrollo legislativo de esos temas está, al menos en principio, sujeto a la reserva de ley estatutaria.”⁴¹

El anterior proyecto de regulación de las actividades de inteligencia y contrainteligencia fue declarado inconstitucional precisamente porque no fue tramitado como ley estatutaria. En cambio, el nuevo proyecto sí fue tramitado como tal. Sin embargo, la regulación de los niveles de clasificación de los documentos y todo lo que esto implica, se le confirió al Gobierno, otorgándole potestades que son exclusivas del Congreso porque son esenciales en la regulación de los derechos fundamentales.

En la reglamentación de los niveles de clasificación se debe señalar cuál es la información que será comprendida en cada nivel. En ese sentido, el Gobierno determinará no solo categorías de información reservada, sino también criterios sustanciales para fijar cierta información dentro de un nivel de mayor o menor reserva, de acuerdo con la apreciación libre que haga de los contenidos. Por ejemplo, respecto a la información relacionada con retenes de la guerrilla el Ejecutivo podrá definirle un cierto nivel de importancia (seguridad nacional), para luego inscribirla dentro de determinada categoría (ultra secreta) y fijar el tiempo de reserva (25 años).

Por otro lado, en el artículo 48 del proyecto de ley se hace referencia a la información secreta y ultra secreta para sancionar más drásticamente su divulgación, pero en el proyecto de ley no se dispone cuáles son los temas que incluyen estas categorías. Lo lógico es que si la ley va a establecer sanciones más drásticas de acuerdo con la categoría de la información, la misma ley debe disponer cuáles asuntos son considerados como información secreta y cuáles como información ultra secreta.

Como consecuencia de lo anterior, la dimensión de la restricción al derecho de acceso a la información también será potestad del Ejecutivo. Esto es completamente inconstitucional pues la Corte ha sido enfática en decir que las restricciones a derechos fundamentales deben estar consignadas en la **ley estatutaria**:

“La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria.”⁴²

Si bien es cierto, en el artículo 33 se señala el tiempo máximo de reserva – 30 años prorrogables 15 más- en la Ley no se fijan criterios para definir una reserva entre 1 o 30 años. Esto, no es un asunto mínimo, es una materia fundamental porque no es lo mismo que el legislador disponga la reserva de un documento por 1 año que por 3 o por 5 o 13, 25 o 30, incluso 45. Y si la restricción es de 1, 3, 5,

⁴¹ *Íbid*

⁴² Corte Constitucional, sentencia C 425 de 1994. M.P.: Jose Gregorio Hernández

o 20 años, esto debe estar en una ley para que la ciudadanía – directamente implicada- conozca cuando no puede ejercer su derecho. En la misma sentencia citada anteriormente, la Corte rechaza las normas vagas y genéricas que limitan el acceso a la información:

“Los límites del derecho de acceso a la información pública debe estar fijados en la ley, por lo tanto no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza, por ejemplo actos administrativos. No son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado”⁴³

En suma, la ausencia de criterios para clasificar la información, la importancia que gravita sobre el tema, su afectación directa al derecho al acceso a la información y la amplia potestad reglamentaria que ha otorgado el Congreso al Ejecutivo en esta materia, propia de ley estatutaria, llevan a concluir que la expresión debe ser declarada inconstitucional. Por ende, los niveles de clasificación de los documentos y los criterios respectivos, deben ser regulados por el Congreso.

III. La supervisión a las actividades de inteligencia.

9. Ausencia de control a las fuentes y métodos que utilizan los organismos de inteligencia

El artículo 18 del proyecto de ley de inteligencia dice:

*“**SUPERVISIÓN Y CONTROL.** Los Inspectores de la Policía o la Fuerza Militar a la que pertenezcan los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán rendir un informe anual de carácter reservado tramitado por el conducto regular ante el Ministro de Defensa y con copia a la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Este informe verificará la aplicación de los principios, límites y fines enunciados en esta Ley en la autorización y el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia; la adecuación de la doctrina, los procedimientos y métodos de inteligencia a lo establecido en la presente Ley; así como la verificación de los procesos de actualización, corrección y retiro de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia. Para ello, estos Inspectores contarán con toda la colaboración de los diferentes organismos, quienes en ningún caso podrán revelar sus fuentes y métodos”*

El artículo 18 establece un mecanismo de control a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, pero expresamente deja por fuera el acceso a las fuentes y métodos utilizados por los organismos. A nuestro juicio, la expresión subrayada es inconstitucional porque no existe justificación para abstraerlos de control.

⁴³ *ibid.*

El informe anual tiene como objetivo verificar la legalidad de las actividades de inteligencia, pero los inspectores no pueden tener acceso a los métodos ni a las fuentes que utilizan los organismos; por lo tanto, la verificación que realicen el Ministerio de Defensa y la Comisión de Seguimiento será incompleta, pues los métodos y las fuentes quedarán excluidos de cualquier control de legalidad y de constitucionalidad.

El conocimiento de los métodos permite verificar que el procedimiento utilizado sea respetuoso de los derechos humanos; y las fuentes permiten garantizar que la información de inteligencia sea de calidad dependiendo de si proviene de una fuente confiable. Así pues, lo que se está eximiendo de control es si los organismos de inteligencia y contrainteligencia respetan en sus labores los derechos de las personas y si la información que utilizan es veraz y confiable, requisitos fundamentales de la misma ya que servirá para tomar decisiones trascendentales para la seguridad del país.

Si bien es cierto que la reserva de estos datos es trascendental para la efectividad de los servicios de inteligencia, es importante mencionar que el secreto de los mismos no se pone en peligro porque los integrantes de la Comisión y el Ministerio de Defensa tienen el deber de no divulgar la información. El Congreso olvida que cuando el Inspector, la Comisión de Seguimiento o el Ministerio de Defensa conocen información sobre los métodos y fuentes, aquellos actúan en su rol de órgano de control, más no en su rol de ciudadano que solicita información pública, de forma que la justificación que tenga el organismo de inteligencia para fijar una reserva al acceso público, no es admisible. Al respecto, la Corte Constitucional ha creado una regla jurisprudencial que establece que la reserva a los ciudadanos no es una barrera para llevar a cabo el control respectivo:

“La reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o interorgánico, jurídico y político, de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada”⁴⁴

Vale aclarar que la supervisión de las actividades de inteligencia que se encuentran bajo reserva no se opone a la facultad del Gobierno de tener secretos, solo se constituye en un mecanismo especial para vigilar dichas actividades. Así lo señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y fue retomado por la Corte IDH:

“No se trata pues de negar que el Gobierno deba seguir siendo depositario de los secretos de Estado, sino de afirmar que en materia tan trascendente, su actuación debe estar sometida a los controles de los otros poderes del Estado o de un órgano que garantice el respeto al principio de división de los poderes”⁴⁵

Los métodos y las fuentes no se pueden convertir en un tema exento de control pues ello contradice los principios del orden constitucional. Toda actuación del Estado debe estar sujeta a control para verificar que respete los derechos humanos y los principios legales y constitucionales. La imposibilidad de revisar los métodos y fuentes utilizados generaría una reserva absoluta, superior a cualquier control, que podría dar lugar a múltiples arbitrariedades al interior del Estado, y en

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2010. Retomado también en la T 611 de 2011.

⁴⁵ Corte IDH: Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala

especial de los organismos que en el ejercicio cotidiano de sus funciones, limitan los derechos fundamentales. Esto es especialmente grave cuando no existen posibilidades de control ciudadano, caso en el cual los controles dentro del Estado deben hacerse más fuertes para compensarlo.

En el mismo sentido, la recopilación de Buenas Prácticas⁴⁶ en materia de servicios de inteligencia de las Naciones Unidas, específicamente la No. 7 dice:

*“Las instituciones de supervisión disponen de las facultades, recursos y conocimientos técnicos suficientes para iniciar y llevar a cabo sus propias investigaciones, así como un acceso completo y sin trabas a la información, los funcionarios y las instalaciones necesarias para cumplir sus mandatos, y gozan de la plena cooperación de los servicios de inteligencia y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en el interrogatorio de los testigos, así como para obtener documentación y otros elementos probatorios.”*⁴⁷

El mantenimiento en secreto de los métodos también obstaculiza las investigaciones que puedan hacer la Procuraduría, la Contraloría y en general, el poder judicial, porque crea una determinante absoluta cuando dice *“en ningún caso podrán revelar”*. Esto desconoce que tratándose de investigaciones a Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha dicho que se debe aportar toda la información a las autoridades administrativas y judiciales que lo requieran. Ha señalado al respecto ese tribunal:

*“(…) en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes.”*⁴⁸

Entonces, incluso tratándose de investigaciones a derechos humanos, los organismos de seguridad podrían argumentar que no están obligados a proporcionar tal información, desconociendo así la jurisprudencia interamericana.

Por las anteriores razones, solicitamos a la Corte que declare inconstitucional la expresión subrayada en tanto desconoce el control necesario que deben tener todas las actividades del Estado y más aquellas que están abstraídas del control ciudadano, como sucede con las actividades de inteligencia.

⁴⁶ La descripción de “buenas prácticas” que hace el documento de las Naciones Unidas es: *“La noción de “buenas prácticas” está vinculada a los marcos jurídicos e institucionales que sirven para promover los derechos humanos y el respeto por el estado de derecho en la labor de los servicios de inteligencia. Este concepto no se limita a las prescripciones del derecho internacional, incluida la normativa de los derechos humanos, sino que va más allá de estas normas de obligado cumplimiento.”*

⁴⁷ La recopilación de buenas prácticas se encuentran en: Se encuentra en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.46_sp.pdf

⁴⁸ CIDH Caso Guerrilla Araguaia. Julia Gomes Lund y otros – Brasil.

10. La excepción del deber de denuncia no debe aplicar sobre violaciones de derechos humanos:

El artículo 39 del proyecto de ley hace referencia a la excepción al deber de denuncia de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia y establece ciertas reglas para aplicar con respecto a este tema:

“ARTÍCULO 39. Excepción a los deberes de denuncia y declaración. Los servidores públicos de los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia están obligados a guardar la reserva en todo aquello que por razón del ejercicio de sus actividades hayan visto, oído o comprendido. En este sentido, los servidores públicos a los que se refiere este artículo están exonerados del deber de denuncia y no podrán ser obligados a declarar. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 18 y del párrafo 3 del artículo 33.

La exclusión del deber de denuncia no aplicará para los casos en que el servidor público posea información relacionada con la presunta comisión de genocidio, ejecuciones extrajudiciales, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, violencia sexual masiva, crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra por parte de un servidor público.

En cualquier caso los servidores públicos de los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia podrán denunciar las actividades delictivas de las que tengan conocimiento de manera directa o mediante representante del organismo de inteligencia y en condiciones que permitan garantizar su seguridad e integridad, garantizando la protección de fuentes, medios y métodos.

En caso de que el organismo considere necesario declarar en un proceso podrá hacerlo a través del Director o su delegado.

Cuando los servidores públicos a que se refiere este artículo deban denunciar o rendir testimonio, el juez o el fiscal según el caso, podrán disponer que la diligencia respectiva se reciba en forma privada y se mantenga en reserva mientras ello sea necesario para asegurar la vida e integridad personal del funcionario y la de su familia.”(Subrayas propias)

El artículo excluye a los servidores públicos de los organismos de inteligencia del deber de denuncia. Pueden hacerlo, pero no están obligados. Esto, sin perjuicio de los deberes señalados en otros apartados de la ley que establecen el deber de reportar el incumplimiento de principios de la ley o demás irregularidades al Presidente de la República – si fuese el Director quien reporta- y al jefe de Control Interno – si fuese un servidor público del organismo quien conoce la irregularidad-, además también debe ponerse en conocimiento de la autoridades judiciales y administrativas las irregularidades que puedan cometerse en la recolección de información.⁴⁹

⁴⁹ Parágrafo 3 y 4 del artículo 18 señala: “Parágrafo 3. En cualquier caso el informe rendido por cada entidad no exime al Director de cada organismo de su responsabilidad de velar por el cumplimiento de la presente Ley y demás obligaciones constitucionales y legales. Cualquier incumplimiento a los principios, fines y límites contemplados en la presente Ley deberá ser reportado de inmediato al Presidente de la República, y a las autoridades disciplinarias y judiciales a las que haya lugar. Parágrafo 4. Los miembros de los organismos de

Las reglas para la exoneración del deber de denuncia a los funcionarios que lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia deben ser limitadas y no pueden comprender la aplicación de la reserva en casos de violaciones de derechos humanos. Por esta razón consideramos que las expresiones subrayadas deben ser declaradas inexecutable porque la excepción al deber de denuncia no puede aplicarse en casos de violaciones de derechos humanos con fundamento en el deber de defender los derechos humanos y el fin constitucional de garantizar la efectividad de los mismos. Para sustentar esta petición nos referiremos al deber de defensa de los derechos humanos, al deber de denuncia y a las reglas que se han establecido en la jurisprudencia constitucional e internacional con respecto a la reserva de información pública en estos casos.

Como punto de partida debemos tener en cuenta el artículo 2 de la Constitución Política que señala en su primer inciso el deber del Estado de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Subrayas propias)

Así mismo, el artículo 95 constitucional en su numeral 4 establece que son deberes de la persona y del ciudadano *“Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”*. Específicamente, los numerales 2, 4 y 7 del artículo establecen los siguientes deberes:

*“2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; (...)
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;”*

Estos y los demás deberes de las personas y ciudadanos, son fundamentales dentro de la sociedad democrática y dentro de las garantías constitucionales establecidas. Y hace responsables a los particulares de la defensa de los derechos humanos de todas las personas. Así como de que sea posible la administración de justicia, para detener la vulneración del derecho o reparar y protegerlo posteriormente.

Específicamente, con respecto al deber de denuncia, la Corte Constitucional ha establecido:

inteligencia y contrainteligencia deberán poner en conocimiento del Jefe o Director del organismo, y en caso de que sea necesario de manera directa ante el Inspector o el Jefe de la Oficina de Control Interno, cualquier irregularidad en el desarrollo de las actividades del organismo. El Director y el Inspector o el Jefe de Control Interno velarán por la protección de la identidad del denunciante.”

Parágrafo 3 del artículo 33 dice: “El servidor público que tenga conocimiento sobre la recolección ilegal de información de inteligencia y contrainteligencia, la pondrá en conocimiento de las autoridades administrativas, penales y disciplinarias a las que haya lugar, sin que ello constituya una violación a la reserva”

“Dicha obligación, tiene su sustento en los deberes constitucionales que tienen los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia y obrar conforme al principio de solidaridad (art. 95-2 y 7). Es obvio, que al deber que tienen las autoridades de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, que en gran parte se logra con la investigación y sanción de los delitos que lesionan sus bienes jurídicos y los de la sociedad en general, necesariamente debe corresponder el correlativo deber de dichas personas de colaboración con las autoridades, mediante la oportuna y eficaz denuncia de los hechos delictuosos.”⁵⁰

Incluso en el artículo 27 de la ley 600 de 2000, se establece el deber de denuncia para los particulares y los servidores públicos:

“Toda persona debe denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que por cualquier medio conozca de la comisión de una conducta punible que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente”

Es evidente entonces que nos encontramos frente a un deber constitucional de gran importancia para el Estado relacionado no solo con el hecho particular, sino con la eficacia de la justicia y la garantía de los derechos humanos.

Las excepciones válidas a este deber buscan proteger intereses superiores. A manera de ejemplo, podemos observar lo establecido por la Corte Constitucional en la misma jurisprudencia citada anteriormente:

“El deber de las personas de denunciar los delitos, obviamente conlleva la preservación de la garantía constitucional prevista en el artículo 33, en el sentido de que "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil". En tal virtud, no se tipifica la conducta punible cuando quien tiene conocimiento de un hecho punible se encuentra cobijado por la previsión contenida en la referida norma.”

En el caso de la norma que estamos examinando, no existe ninguna justificación para eximir el deber de denuncia. No es comparable con las excepciones válidas en la ley, tales como el parentesco.

Debe existir una razón lo suficientemente fuerte para eliminar unos delitos y otros no, del deber de denuncia. Con respecto a violaciones de derechos humanos, nos encontramos frente a un deber superior de denuncia al que no pueden interponerse razones de eficacia en el servicio, si así lo fuese. En virtud de la importancia que le ha asignado la Constitución a la protección de los derechos humanos y a la garantía de protección de los mismos por parte de las autoridades judiciales, debe prevalecer el deber de denuncia para todos los delitos relacionados con los derechos humanos. Así

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C 067 de 1996. M.P.: Antonio Barrera Carbonell

mismo, cuando la información llegue a manos de la fiscalía y los jueces, estos deben guardar reserva de la misma para no entorpecer los objetivos por los que se impuso la reserva.

Así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha privilegiado el levantamiento de la reserva cuando se trata de violaciones a derechos humanos,⁵¹ debe entenderse que este último es un bien superior a la seguridad del Estado y a las potestades de los organismos de inteligencia. Y por consiguiente, no puede excluirse el deber de denuncia como vía para proteger otros bienes jurídicos. Esto, suponiendo que existe un bien jurídico a proteger, pues el artículo 34 ni siquiera hace referencia a la necesidad de guardar silencio.

Es inconstitucional dar primacía a la defensa del Estado, sobre la defensa de los derechos humanos, el deber de denuncia, el derecho a conocer la verdad y el derecho a la justicia.

Las normas analizadas hacen caso omiso al interés público en conocer y denunciar las violaciones a derechos humanos. Peor aún, las normas aludidas crean una excepción al deber del Estado de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos, pues les dice a sus mismos servidores que no tienen la obligación de colaborar con la defensa y judicialización de las violaciones a derechos humanos.

En conclusión, solicitamos que las expresiones subrayadas sean declaradas inexecutable porque desconocen los deberes de protección de los derechos humanos.

IV. Los métodos para recolectar información que requieren orden judicial.

11. El monitoreo del espectro electromagnético comprende la interceptación de comunicaciones, razón por la cual debe mediar orden judicial para realizarlo.

El artículo 17 del proyecto de ley de inteligencia y contrainteligencia establece que el monitoreo del espectro electromagnético no constituye interceptación de comunicaciones. De acuerdo a esa premisa, esta actividad no requeriría de orden judicial para realizarse.

“Artículo 17. Monitoreo del espectro electromagnético e interceptaciones de comunicaciones privadas. Las actividades de inteligencia y contrainteligencia comprenden actividades de monitoreo del espectro electromagnético debidamente incorporadas dentro de órdenes de operaciones o misiones de trabajo. La información recolectada en el marco del monitoreo del espectro electromagnético en ejercicio de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, que no sirva para el cumplimiento de los fines establecidos en la presente ley, deberá ser destruida y no podrá ser almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia. El monitoreo no constituye interceptación de comunicaciones.

La interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, deberán someterse a los requisitos establecidos en el

⁵¹ CIDH: Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala

artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales.” (Subrayado fuera de texto)

La última frase del inciso primero del artículo 17 afirma que el monitoreo del espectro electromagnético no constituye interceptación de comunicaciones. Sin embargo, demostraremos que dicha actividad sí es una forma de interceptación de actividades y por lo tanto, requiere orden judicial para llevarla a cabo. Para sustentar este argumento presentaremos la definición de espectro electromagnético y lo que se ha dicho con respecto a la interceptación de comunicaciones.

El espectro electromagnético, según se indica en la sentencia C 815 de 2001 de la Corte Constitucional, es:

“...La franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia...”, este espacio permite la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones.”⁵²

De acuerdo a la definición que la Corte Constitucional ha dado sobre el espectro electromagnético, entendemos que dentro de este hay efectivamente comunicaciones por cuanto sus ondas “portan diversos mensajes sonoros o visuales”, las cuales deben presumirse como privadas entre los ciudadanos. De acuerdo a esto, debe entenderse que un barrido a este bien público representa de manera efectiva una interceptación de comunicaciones, las cuales deben establecerse de manera restringida y deben darse mediante una orden judicial.

En relación con el derecho a la intimidad y su afectación por la interceptación de comunicaciones, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones, dentro de las cuales se encuentra lo dicho en la sentencia T-349 de 1993, en la cual se estableció que:

“El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y que el Estado debe respetarlo y hacerlo respetar. Según la misma disposición, la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que contemple la ley.”⁵³

Es evidente entonces, que el barrido al espectro electromagnético sin orden judicial puede representar una vulneración grave al derecho de la intimidad, por cuanto implica una vigilancia excesiva del Estado sobre los particulares. Sobre esto, en la sentencia T-611 de 1992 la Corte Constitucional fue enfática diciendo que:

“La persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aún los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-815 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1993. M.P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo.

documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva. Si ello ocurre en el interior de la familia, dentro de la cual se presume que existe la máxima expresión de confianza, tanto más se explica y justifica éste derecho en cuanto alude a personas extrañas a esa unidad aunque sean conocidas o existan respecto de ellas relaciones de amistad, compañerismo, subordinación o superioridad y con mucho mayor fundamento si se trata de conglomerados, aunque sean reducidos (vgr. colegio, universidad, empresa, barrio) y con mayor razón frente a comunidades de grandes dimensiones (vgr. pueblo, departamento, país).”

El barrido al espectro electromagnético⁵⁴ es una intervención directa sobre la intimidad de las personas. La falta de una orden judicial que ofrezca seguridad jurídica sobre estos hechos, deja al ciudadano particular en medio de una incertidumbre y completo desconocimiento sobre la posibilidad de estar siendo vigilado o de que sus asuntos personales están siendo escuchados por personas que él no autorizó para eso. Debe recordarse que el derecho que se está viendo vulnerado *“hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños”*.⁵⁵ La disposición a la que nos referimos representa una violación de los tres grados de intimidad que ha establecido la Corte Constitucional, que son las de la intimidad personal, familiar, social y gremial.⁵⁶

Por esta razón, con el fin de asegurar la vigencia de los derechos al hábeas data y a la intimidad, solicitamos que se declare inconstitucional la última frase del primer párrafo del artículo 17 que dice: *“El monitoreo no constituye interceptación de comunicaciones.”* Adicional a esto, solicitamos que el resto del inciso primero del mismo artículo sea declarado constitucional siempre que medie orden judicial que autorice la actividad.

12. El acceso a los historiales de comunicaciones, datos técnicos de suscriptores y localización de celdas en las que se encuentran las terminales implica una vulneración al habeas data.

El artículo 54 del proyecto de ley de inteligencia y contrainteligencia establece obligaciones de colaboración por parte de los operadores de servicios de telecomunicaciones con los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Dispone el artículo:

⁵⁴ El monitoreo del espectro electromagnético es una obligación consagrada en el Reglamento de Radiocomunicaciones (RR) de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el cual ha sido adoptado y ratificado por los países miembros de la UIT como tratado internacional, incluyendo Colombia. No obstante, este monitoreo es una obligación técnica de administración del espectro que corresponde a autoridades de comunicaciones como el Ministerio de Tecnologías para la Información y las Comunicaciones o de la recién creada Agencia Nacional del Espectro quienes deberán revisar el espectro cotidianamente para evitar interferencias en el mismo. No se puede considerar, bajo ningún ángulo, actividad de inteligencia o contrainteligencia si no se acompaña de autorización judicial, pues indefectiblemente comporta interceptación de comunicaciones.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-056 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-787 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil

“Artículo 54. Colaboración con operadores de servicios de telecomunicaciones. Los operadores de servicios de telecomunicaciones estarán obligados a suministrar a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, previa solicitud y en desarrollo de una operación autorizada y siempre que sea técnicamente viable, el historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recae la operación, así como la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y cualquier otra información que contribuya a su localización. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia garantizarán la seguridad de esta información y con tal fin, en la solicitud que formulen a los operadores de servicios de telecomunicaciones, limitarán la información solicitada a un período que no exceda de cinco (5) años.

Los Directores de los organismos de inteligencia, o quienes ellos deleguen, serán los encargados de presentar por escrito a los operadores de servicios de telecomunicaciones la solicitud de dicha información.

En todo caso, la interceptación de comunicaciones estará sujeta a los procedimientos establecidos por el artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y solo podrá llevarse a cabo en el marco de procesos judiciales.” (Subrayado fuera del texto)

El acceso a “*el historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recae la operación, así como la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y cualquier otra información que contribuya a su localización*” que se establece en el artículo 54 del proyecto, sin la existencia de una orden judicial, constituye una violación del derecho a la intimidad y al derecho de *habeas data*. El desarrollo de las actividades que establece este artículo constituye una intromisión inaceptable en la intimidad de las personas, razón por la cual debe declararse exequible condicionalmente, bajo el entendido de que la solicitud de los organismos de inteligencia y contrainteligencia para acceder a la información mencionada debe estar acompañada de una orden judicial. Para el análisis de este argumento se tendrá en cuenta lo referente al derecho de *habeas data* y por qué en estos casos se puede considerar como vulnerado.

Cabe recordar, que el derecho de *habeas data*, según lo indica el artículo 15 de la Constitución Política, consiste en el derecho a “*conocer, actualizar, y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas*”. Del texto de la citada norma se infiere que el conocimiento del tratamiento de la información personal es una parte esencial de este derecho, sin la cual se estaría viendo vulnerado. Por esta razón es importante recordar que para el tratamiento de datos personales se ha mencionado en reiteradas ocasiones la necesidad de que exista una autorización; sobre esto se ha referido la Corte Constitucional diciendo que:

“De acuerdo con el principio de libertad, las actividades de registro y divulgación de los datos personales sólo pueden ejercerse con el consentimiento libre, previo y expreso del titular de esa información, esto es, el sujeto concernido. Así, esos datos no podrán ser

obtenidos o divulgados sin esa previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve de ese consentimiento.” (Resaltado fuera de texto).⁵⁷

El historial de comunicaciones, pese a que no es una información en la cual se evidencie el contenido de las conversaciones, es una información que solo interesa a las personas relacionadas en ellas. Que el Estado acceda sin una orden judicial a este tipo de información significa un permiso para que los funcionarios públicos tengan conocimiento de las personas con las que cada individuo entabla comunicaciones. No se evidencia una justificación o interés legítimo para que el Estado pueda conocer en cualquier momento las personas con las que cada quien trata. Caso distinto es el de conocer estos datos de alguien que, por determinados hechos o evidencias conducentes, ha sido reconocido mediante una orden judicial como objeto de investigación y seguimiento por parte de los organismos de inteligencia y contrainteligencia.

Como punto de partida, es importante señalar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse sobre los alcances del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos con respecto a las intervenciones a comunicaciones telefónicas:

*“El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, **puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación**”*⁵⁸(Resaltado fuera de texto).

La violación del derecho al *habeas data* que se consuma con la norma acusada, se posibilita por la facultad que se le está dando al Estado para acceder a datos personales que el usuario de servicios de telecomunicaciones ha confiado a los operadores con los cuales tiene una relación comercial. La jurisprudencia constitucional ha establecido que los datos personales públicos, por su naturaleza, pueden ser accedidos sin requisito alguno; los semiprivados solo pueden ser obtenidas por autoridades administrativas que presenten una orden dentro del cumplimiento de sus funciones o en cumplimiento de los principios de administración de datos personales; la información privada, sólo puede obtenerse por medio de orden judicial; y finalmente, la información reservada no puede ser obtenida ni siquiera por medio de orden judicial.⁵⁹ En este caso nos encontramos frente a

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008. M.P.: Jaime Córdoba Triviño

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 114.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett

información que se encuentra circunscrita a un ambiente privado que se genera entre el suscriptor y la empresa prestadora de servicios públicos, razón por la cual se debe considerar que nos estamos refiriendo a información privada, que como tal, solo puede ser obtenida por medio de orden judicial.

Con respecto al acceso a los datos técnicos que se establecen en el citado artículo, debe dejarse claro que esta información, a pesar de no ser específicamente una interceptación de comunicaciones, es un paso y forma parte del procedimiento para poder hacerlas. Por esta razón deben contar también con una orden judicial para que haya un efectivo conocimiento y seguridad jurídica de que la información recolectada se está utilizando dentro de una actividad autorizada bajo los estándares de la Constitución. No es comprensible la razón por la que el legislador decidió establecer que las intervenciones de comunicaciones sí requieren de orden judicial, mientras que la información destinada a poder realizar este tipo de actividades no.

Para esto es importante recordar lo dicho por la Corte Constitucional con respecto al derecho de *habeas data* en la citada sentencia C-1011 de 2008, donde se establece que:

*“Existe, bajo esta perspectiva, el deber estatal de impedir que los procesos de administración de datos personales se conviertan en escenarios excluidos de la vigencia de los derechos, lo que para el caso significa el establecimiento de reglas de protección jurídica de la libertad del individuo ante los actos de gestión de información.”*⁶⁰

El suministro del *“historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recae la operación, así como la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y cualquier otra información que contribuya a su localización”*, sin mediar una orden judicial, es evidentemente un escenario peligroso, que en caso de cumplirse podría desencadenar en una exclusión de las actividades del Estado de la vigencia de los derechos. Pues se está entregando información que el usuario confía en su operador de telecomunicaciones, que incluye datos que facilitan intromisiones directas a la intimidad de las personas.

Sobre esto es importante tener en cuenta lo dicho en esa misma jurisprudencia:

*“El hábeas data confiere, según la norma constitucional citada, un grupo de facultades al individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información. En ese sentido, este derecho fundamental está dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático”*⁶¹

De acuerdo a lo anterior, esta disposición debe declararse como exequible condicionalmente, bajo el entendido de que el suministro de la información a la que se refiere el artículo objeto de estudio, debe darse por medio de una orden judicial. De lo contrario, se avalaría un abuso potencial de los organismos, en desmedro de los derechos del titular de la información, pues se estaría permitiendo el conocimiento por parte del Estado y de sus funcionarios de información que ha sido confiada por el usuario a su proveedor de servicios de telecomunicaciones; los mencionados organismos de

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008. M.P.: Jaime Córdoba Triviño

⁶¹ *Ibíd.*

inteligencia y contrainteligencia requieren de orden judicial para conocer esta información no solo por el nivel de confianza ya mencionado, sino también porque existe el peligro de desencadenar abusos del poder informático en caso de mal uso de los datos aludidos sin ningún tipo de vigilancia dentro de los estándares de la Constitución.

V. Las características de los informes de inteligencia.

13. Los informes que velan por la aplicación de principios y fines de la ley de inteligencia y contrainteligencia no pueden ser reservados totalmente.

El artículo 18 de del proyecto de ley de inteligencia y contrainteligencia establece la siguiente obligación a ciertos miembros de la fuerza pública:

“Artículo 18. Supervisión y control: Los Inspectores de la Policía o la Fuerza Militar a la que pertenezcan los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán rendir un informe anual de carácter reservado tramitado por el conducto regular ante el Ministro de Defensa y con copia a la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Este informe verificará la aplicación de los principios, límites y fines enunciados en esta ley en la autorización y el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia; la adecuación de la doctrina, los procedimientos y métodos de inteligencia a lo establecido en la presente ley; así como la verificación de los procesos de actualización, corrección y retiro de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia. Para ello, estos Inspectores contarán con toda la colaboración de los diferentes organismos, quienes en ningún caso podrán revelar sus fuentes y métodos.” (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, el artículo 22 del proyecto de ley de inteligencia y contrainteligencia establece las funciones de la Comisión Legal de seguimiento a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, adicionando un artículo 61G a la ley 5 de 1992. Dentro de las funciones establecidas, se encuentra la del literal a), cuyo texto es el siguiente:

“a) Producir un informe anual reservado dirigido al Presidente de la República, que dé cuenta del cumplimiento de los controles contenidos en la presente ley y formule recomendaciones para el mejoramiento del ejercicio de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la salvaguarda de la información que afecte la seguridad y la defensa nacional;” (Resaltado fuera de texto).

Los informes a los que hacen referencia las citadas normas no tienen por qué ser reservados en su totalidad. A la luz del principio de máxima publicidad de la información, y de las reglas que se han dado en la jurisprudencia nacional e internacional en la materia del derecho de acceso a la información, este aspecto debe abordarse desde dos perspectivas: Primero, la reserva versa sobre el contenido pero no sobre la existencia del documento. Segundo, la reserva legítima de elementos parciales de un documento no implica la reserva total del mismo.

La Corte Constitucional ha establecido reglas bastante claras con respecto a la reserva de la información pública, la cual puede llegar a ser legítima, pero debe aplicarse de manera restrictiva. Sobre el primero de los puntos, la sentencia T-511 de 2010 indicó que la “*reserva puede operar respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia.*”⁶² Si se llega a considerar que los informes a los que nos referimos en este particular son reservados en su existencia, se estaría presentando una restricción desproporcionada al acceso a la información y a la capacidad de control sobre el poder público que tiene el ciudadano. Sobre esto se pronunció la Corte Constitucional indicando que:

*“el secreto de un documento público no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C. P.)”*⁶³

Este aspecto no solo ha sido contemplado a nivel constitucional, sino también en jurisprudencia internacional. Por esta razón es importante que se tenga en cuenta lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil:

*“A criterio de este Tribunal, el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía.”*⁶⁴

Por esta razón, se debe entender que la reserva de los documentos a los que hacemos referencia en este punto no puede abarcar su existencia. Por otro lado, la aplicación de esta reserva debe establecerse únicamente sobre las partes del documento que así lo requieran, pero la reserva de segmentos no puede conllevar la reserva de la totalidad del documento. Sobre esto ha sido muy clara la Corte Constitucional en reiterados fallos. Por ejemplo, la sentencia T-511 de 2010 indica que:

“La reserva legal sólo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional pero no sobre todo el proceso público dentro del cual dicha información se inserta.”

Previamente, la sentencia C-491 de 2007 hizo un análisis de lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en este particular, destacando que la reserva parcial en los procesos penales debe ser aplicada siguiendo estas indicaciones:

“1) que la reserva legal del proceso penal se levanta una vez a terminado este o se ha archivado la actuación; 2) que sólo puede permanecer en reserva la información estrictamente necesaria para proteger la vida o integridad de víctimas y testigos o la intimidad de sujetos de

⁶² Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

⁶³ Corte Constitucional, sentencia T 216 de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett

⁶⁴ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 211.

especial protección como los menores; 3) que sólo se admite la reserva de las piezas que han sido trasladadas a otro proceso que se encuentra en curso pero no de la información restante del proceso archivado.”(Resaltado fuera de texto)

Como se puede contemplar, la reserva parcial de la información es legítima por cuanto persigue la protección de ciertos derechos o intereses que tienen prevalencia, luego de una ponderación o prueba de daño de la información. No obstante, esto último no justifica la totalidad de la aplicación del secreto para el documento y/o proceso público.

En este último particular, es relevante que se tenga en cuenta lo que indica la ley modelo de acceso a la información de la OEA, referente internacional en materia de acceso a la información:

*“En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté exenta de divulgación mediante las excepciones enunciadas en el Artículo 41, podrá hacerse una versión del documento que tache o cubra solamente las partes del documento sujetas a la excepción. La información no exenta deberá ser entregada al solicitante y hacerse pública.”*⁶⁵

Teniendo en cuenta los estándares mencionados anteriormente, consideramos que la Corte Constitucional debe declarar inexecutable la expresión “*de carácter reservado*” del artículo 17 y la palabra “reservado” del artículo 22 del proyecto de ley. Teniendo en cuenta que la existencia de un documento no puede ser reservada y en todo caso, debe existir una versión pública con todo aquello que no requiera mantenerse oculto.

14. Valor probatorio de los informes de inteligencia

El artículo 35 del proyecto de ley establece que:

“Artículo 35. Valor probatorio de los informes de inteligencia. En ningún caso los informes de inteligencia y contrainteligencia tendrán valor probatorio dentro de procesos judiciales y disciplinarios, pero su contenido podrá constituir criterio orientador durante la indagación. En todo caso se garantizará la reserva de la información, medios, métodos y fuentes, así como la protección de la identidad de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia.” (Subrayas fuera de texto)

Consideramos que el artículo 35 es constitucional, pero que tratándose de investigaciones judiciales dirigidas a verificar las actuaciones de los organismos de inteligencia, los informes sí podrán tener valor probatorio. En todo caso, la información consignada en los informes no debe servir de prueba contra los particulares.

De acuerdo a lo anterior, consideramos que el citado artículo debe ser considerado como executable condicionalmente, bajo el entendido de que los informes de inteligencia y contrainteligencia podrán tener valor probatorio únicamente cuando actúen como prueba sobre el incumplimiento de los principios, fines y límites tanto legales como constitucionales que existen para el desarrollo de las actividades de inteligencia y contrainteligencia.

⁶⁵ Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2607 (XL-O/10). Ley Modelo Interamericana Sobre Acceso A La Información Pública

En este caso, debe tenerse en cuenta que un informe de inteligencia es diferente de las específicas actividades de inteligencia, por ejemplo, la intervención telefónica, el interrogatorio o el seguimiento que se haga a una persona. Estos últimos, son actuaciones por medio de las cuales se buscan pruebas para indicar la participación de una persona en un hecho ilícito. Por otro lado, el informe de inteligencia sería un producto final de las actividades anteriormente mencionadas que resume las actividades que se realizaron en el marco de una investigación, establece los gastos incurridos durante el mismo, y señala las conclusiones de la labor de inteligencia.

De acuerdo a lo anterior, es completamente válido que los informes de inteligencia no puedan ser utilizados como medio de prueba contra una persona investigada pues la función de inteligencia suele tener un amplio margen de duda sobre mucha de su información, pues trabaja en gran medida sobre conjeturas o hipótesis de investigación, que no necesariamente se ajustan a la realidad, o al menos no están comprobadas suficientemente.

No obstante, debe tenerse en cuenta que dichos informes reflejan métodos y acciones llevadas a cabo por los funcionarios que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia, de las que los organismos sí tienen certeza, pues reportan allí lo que ellos mismos han hecho. Por esa razón por a estas materias sí puede otorgárseles valor probatorio para determinar la existencia de tales actividades de inteligencia y contrainteligencia.

En particular, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-1037 de 2008, sobre el caso de la periodista Claudia Julieta Duque, quien se vio afectada por diversas irregularidades cometidas por los organismos inteligencia y contrainteligencia. La Corte indicó que el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS pusieron en su conocimiento un reporte hecho por el escolta asignado a la periodista por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos, en el cual se recopilaba información *“sobre las opiniones personales de la actora sobre una agencia del Estado así como datos que comprometen su comportamiento privado.”*⁶⁶. Esa información *“no sólo se refiere a actividades de la periodista sino que compromete adicionalmente a terceras personas que pertenecen a entidades de la mayor respetabilidad y que integran el propio Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos, (en adelante CRER).”*⁶⁷. En el caso de dicha sentencia la Corte concluyó que *“la elaboración de informes de inteligencia o de cualquier informe reservado que contenga información sobre la vida privada de la persona protegida y que no tenga relación con la situación de riesgo y las novedades del esquema de protección, vulnera, cuando menos, el derecho a la intimidad de la actora y de las personas sobre las cuales dichos reportes puedan versar.”*⁶⁸

Como se puede observar en este caso, un reporte de un agente del Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, tuvo valor probatorio para determinar la existencia de ciertas irregularidades en las actuaciones del escolta de la periodista. Sin el reporte al que se hace mención, no se podría haber establecido la existencia de vulneraciones a la intimidad de la periodista, ni las demás irregularidades que se establecieron en la sentencia que examinamos en este momento. Pero el valor probatorio del informe se refiere a la responsabilidad de los organismos de inteligencia en el

⁶⁶ Corte Constitucional sentencia T1037 de 2008. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ *Ibid*

seguimiento indebido a la periodista, no a la responsabilidad de la periodista espiada frente al contenido de sus pronunciamientos recolectados por el DAS.

De acuerdo a lo anterior, consideramos que el citado artículo debe ser considerado como exequible condicionalmente, bajo el entendido de que los informes de inteligencia y contrainteligencia podrán tener valor probatorio únicamente cuando sirvan como prueba sobre el cumplimiento o no de los principios, fines y límites tanto legales como constitucionales que existen para el desarrollo de las actividades de inteligencia y contrainteligencia.

VI. Los delitos modificados o creados por el proyecto de ley.

15. Tipificación de la divulgación de información reservada por parte de particulares:

El artículo 45 del proyecto de ley de inteligencia dice:

“Adiciónese un artículo 418C a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 418C. Revelación de secreto por parte de particulares. Quien dé a conocer documento público de carácter reservado, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, salvo en cumplimiento de un deber constitucional o legal.

La pena se aumentará hasta el doble cuando la divulgación o el empleo del documento reservado beneficie a miembros de grupos armados al margen de la Ley o a organizaciones de crimen organizado, o cuando se divulgue de manera ilícita a gobiernos extranjeros.”

El artículo incluye una restricción a la libertad de informar de los particulares cuyo incumplimiento se sanciona penalmente. Consideramos que es inconstitucional por tres razones: no cumple con los requisitos para establecer una restricción a la libre expresión; hace una interpretación errónea de las categorías de particular y periodista, pues crea una diferenciación inconstitucional en razón de quién cumple una mejor labor en el control al poder público; y desconoce el principio de taxatividad.

Inconstitucionalidad de la restricción a la libertad de expresión

El artículo 45 del proyecto de ley debe analizarse en el marco del derecho a informar consagrado en el artículo 20 de la Constitución.⁶⁹ El derecho a informar -de forma veraz e imparcial- y la libertad de expresión gozan de especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de la importancia que tiene para la democracia el libre intercambio de ideas. Es por ello que cualquier restricción se presume inconstitucional.⁷⁰ Dado que las limitaciones a la libertad de expresión son

⁶⁹ El artículo 20 constitucional dice: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T 391 de 2007. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

consideradas inconstitucionales *prima facie*, el artículo 45 del proyecto de ley también debe considerarse, en principio, contrario a la Carta.

Ahora bien, solo bajo un estricto examen puede superarse la presunción de inconstitucionalidad del artículo. La sentencia T-391 de 2007 ha fijado los siguientes requisitos:

“Una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental.”⁷¹

En primer lugar, la lectura del artículo 45 permite afirmar que efectivamente la restricción está prevista en una norma de rango legal, pero no cumple con los parámetros de precisión porque no identifica cuál es la información reservada para que el particular sepa por qué se le sanciona. Segundo, la medida persigue el cumplimiento de finalidades imperativas que buscan mantener en secreto la información reservada que puede afectar la seguridad, la defensa del Estado, la intimidad y el orden público. Tercero, no es necesaria porque la revelación del secreto por particulares no asegura que se mantenga oculta dicha información, pues los medios de comunicación pueden hacerla pública legalmente sin ninguna sanción (artículo 33, parágrafo 4 del proyecto), así que la restricción a particulares no es forzosa para lograr las finalidades previstas. Cuarto, la prohibición a los particulares de divulgar información en razón de su contenido puede ser considerada como censura, pues constituye un obstáculo al libre flujo de ideas⁷². En la sentencia C-650 de 2003, la Corte mencionó algunas medidas contrarias a la prohibición de la censura, dentro de las cuales está:

“La primera, por fortuna desterrada de las democracias, son las juntas o consejos de revisión previa de la información. Las segundas son las reglas de autorización para divulgar informaciones relativas a materias que han sido estimadas sensibles por determinado régimen. La violación de tales reglas es sancionada, inclusive, e inconstitucionalmente, con pena de prisión. La tercera es la prohibición de divulgar ciertos contenidos informativos, cuya transgresión también es sancionada con medidas administrativas de suspensión o cierre del medio o, inclusive, con sanciones penales. La cuarta es el establecimiento de controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura y la creación de mecanismos internos de revisión previa para evitar que tales controles externos sean dirigidos en contra del medio correspondiente. Es lo que se denomina el efecto de paralización de la información.”

⁷¹ *Ibid.*

⁷² La censura ha sido entendida como “cualquier tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones” Sentencia T 391 de 2007.

El artículo 45 puede incluirse dentro de la tercera forma de censura que utiliza sanciones penales para restringir la divulgación de los contenidos informativos.

Y quinto, la restricción de divulgación a los particulares incide excesivamente en su derecho a informar y en la libertad de expresión pues pone en cabeza suya un deber de los servidores públicos. La calidad de reservada que tiene la información es un impedimento para que los particulares puedan acceder a ella. Sin embargo, el impedimento para la divulgación es solo para los servidores públicos.

En conclusión, puede decirse que el artículo 45 del proyecto de ley es inconstitucional pues no es necesario, establece una limitación previa, constituye censura previa e incide excesivamente en el ejercicio del derecho fundamental. Eliminar este tipo penal asegura el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión y coincide con las directrices de la Relatoría para la Libertad de Expresión sobre la necesidad de eliminar los tipos penales que tienen que ver con la práctica de este derecho.⁷³

Diferenciación errónea e inconstitucional entre particular y periodista

La ley hace una diferencia errónea entre particular y periodista. Para empezar, vale decir que la categoría de particular se opone a la de servidor público, y no existe, una subdivisión de aquella en razón de ejercer el periodismo. Sin embargo, la ley sí crea una división cuando en el artículo 33, parágrafo 4, del proyecto dice que la reserva no cobija a los periodistas, lo cual puede ser interpretado de dos formas: una, que a pesar de reconocer que los periodistas no los cobija la reserva sí pueden ser sujetos del delito del artículo 45 por ser particulares; o que aunque en el artículo 45 se sanciona la divulgación por parte de particulares, esto no incluye a los periodistas. La primera no tendría coherencia y la segunda haría una diferencia injustificada entre periodista y no periodista.

En el debate en el Congreso, se encuentra que el trato que se pretende dar a los llamados “particulares” excluye a los “periodistas” pues se considera que los últimos no pueden ser restringidos en el derecho a informar en virtud de la función de control al poder público que cumplen los medios de comunicación. Así se encuentra en las gacetas del Congreso:

“Los artículos que se aplican a cualquier ciudadano no se aplican a los periodistas bajo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional. Según esta la reserva no vincula a los medios, quienes son responsables solo por la revelación de su fuente. La justificación, como lo ha explicado la propia Corte, es que a los medios de comunicación les corresponde cumplir con una función de control del poder público. Esta tarea no podría desarrollarse a cabalidad si los medios se conformaran con las informaciones que les fueran suministradas”⁷⁴

⁷³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008 Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión: <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/INFORME%20ANUAL%20RELE%202008.pdf>

⁷⁴ Ponencia para segundo debate, proyecto de ley estatutaria No. 195 de 2011 Cámara. Gaceta del Congreso No. 121 del 29/03/2011

No obstante, la justificación es insuficiente pues los particulares también tienen funciones de control y el ejercicio del derecho a informar, sustento de los periodistas para realizar sus actividades, es también un derecho fundamental de todas las personas. Si bien es cierto que es mayor el alcance de divulgación de los periodistas, no puede menospreciarse el efecto de control en el ejercicio de informar que cumplen los particulares. Por lo demás, la jurisprudencia ha considerado inconstitucional cualquier diferenciación entre las personas que busque calificar o demeritar la libertad de información en razón de sus cualidades. Por ejemplo, en la sentencia C 087 de 1998 la Corte afirmó que para ser considerado periodista no es obligatorio tener título universitario. En esa misma ocasión la Corte señaló:

“el legislador carece de potestad para reducir el ámbito de validez personal de las normas constitucionales. En consecuencia, donde el Constituyente dijo: Toda persona, el legislador no puede agregar "...siempre que esté provista de tarjeta" (y, por tanto, haya satisfecho ciertas condiciones para obtenerla). Es por eso que del ejercicio de un derecho fundamental (universal por naturaleza) no puede hacerse una práctica profesional a la que sólo pueden acceder unos pocos”⁷⁵

Así pues, las prerrogativas que se conceden a los periodistas, deben aplicarse también a los particulares, pues el legislador no puede crear una diferenciación entre quienes ejercen un derecho fundamental para limitar el derecho de quienes no cumplen cierta actividad de manera permanente, pues, en diversas modalidades, todas las personas cumplen o tienen la capacidad de cumplir la misma función: controlar el poder público a través del libre intercambio de ideas y de dar a conocer información relevante.

Igualmente, es difícil determinar cuándo una persona puede ser catalogada como periodista, pues hay diversas formas de ejercer el derecho a informar, que no se circunscriben a las personas que ejercen de manera cotidiana y profesional la actividad periodística. Por ejemplo, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, también debe ser considerado como periodista quien tiene un blog, quien opina frecuentemente y aporta información a los debates en portales web o en diarios impresos, quien está pendiente de las noticias de su barrio para hacer denuncias, quien escribe columnas de opinión, quien en sus opiniones aporta datos nuevos sobre temas que conoce, entre otros.

En conclusión, estimamos que el artículo 45 es inconstitucional porque sanciona penalmente a los particulares que den a conocer una información reservada, como si considerara que su ejercicio del derecho fundamental a informar no aportara nada al control del poder público. Vale aclarar que esta diferencia injustificada no puede conllevar que a los periodistas se les incluya en el tipo penal del artículo 45; por el contrario, las facultades reconocidas a los periodistas en materia de libertad de expresión, deben ser reconocidas a todas las personas.

Incumplimiento del principio de taxatividad

⁷⁵ *ibid.*

Tal como está enunciado el artículo 45 del proyecto de ley se convierte en una responsabilidad del particular determinar si un documento que tiene en su poder es reservado; sin embargo, la ley no fija criterios claros y precisos sobre la naturaleza de los documentos que pueden ser reservados. Esto deja en cabeza del ciudadano una carga exorbitante y que atenta contra el principio de taxatividad penal, pues el tipo penal no enuncia con suficiente claridad para el ciudadano si comete un delito en el caso de divulgar una información determinada.

La libertad del legislador para crear tipos penales está limitada por el principio de taxatividad que requiere que la descripción de la conducta típica sea clara, precisa e inequívoca. La Corte ha dicho al respecto:

“Únicamente si las descripciones penales son taxativas, pueden las personas conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos, y la labor de los jueces, en el proceso de adecuación típica, se limita a determinar si, conforme a los hechos probados en el proceso, el acusado cometió o no el hecho punible que se le imputa”⁷⁶

En relación con el último requisito de taxatividad, el tipo penal del artículo 45 deja muchos vacíos frente a la determinación de lo que constituye información reservada, noción que la ley tampoco específica y que un particular puede interpretar erróneamente con facilidad. Por ejemplo, en el caso de un ciudadano que, por error, recibe un correo con información sobre la interceptación del teléfono celular de un mafioso, y decide divulgarla porque le parece interesante, él no está cumpliendo ningún deber legal o constitucional – situación en la cual estaría eximido de la sanción penal -sino que está ejerciendo su derecho a informar y a expresarse. Así mismo, él no tenía por qué saber que esa información era reservada, pues no tiene conocimiento de cuáles son las órdenes que se imparten al interior del Estado para clasificar la información y cuáles son los documentos que representan un riesgo para el orden público, la seguridad, la defensa, etc.

Así pues, la ley trae una categoría interna del Estado - “información reservada”- que la ciudadanía sólo conoce porque sabe que no puede tener acceso a ella, y pretende sancionar al particular que la maneje y la divulgue, sin indicar si es un informe de seguridad nacional, de guerra externa, de reportes de policía sobre homicidios, entre otros tantos que pueden existir.

En conclusión, el artículo 45 del proyecto de ley es inconstitucional porque es una restricción a la libertad de informar que no cumple los requisitos para ser considerada constitucional, crea una diferencia errada e injustificada entre los periodistas y no periodistas, y no cumple con el principio de taxatividad.

16. Cargo para crear un eximente de responsabilidad en los tipos penales.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C 843 de 1999 M.P.: Alejandro Martínez Caballero

La sección única de reformas penales para la garantía de la reserva legal de la información de inteligencia y contrainteligencia, específicamente los artículos 41, 44 y 49 crean y modifican tipos penales que tienen que ver con la difusión de información secreta:

“ARTÍCULO 41.*El artículo 418 del Código Penal quedará así: “Artículo 418. Revelación de secreto. El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años y multa de veinte (20) a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por diez (10) años.*

Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de seis (6) a nueve (9) años de prisión, multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por diez (10) años.

La pena se aumentará hasta el doble cuando la revelación de secreto beneficie a miembros de grupos armados al margen de la Ley u organizaciones de crimen organizado, o cuando se revele de manera ilícita a gobiernos extranjeros.”

“ARTÍCULO 44.*Adiciónese un artículo 418B a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:*

“Artículo 418B. Revelación de secreto culposo. El servidor público que por culpa dé indebidamente a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y pérdida del empleo o cargo público.

La multa se aumentará hasta el doble cuando la revelación beneficie a miembros de grupos armados al margen de la Ley u organizaciones de crimen organizado, o cuando la revelación ilícita beneficie a gobiernos extranjeros.”

“ARTÍCULO 49.*El artículo 131 del Código Penal Militar quedará así: “Artículo 131. Revelación culposa. Si los hechos a que se refiere el artículo anterior se cometieren por culpa, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión, multa de diez (10) a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La pena se aumentará hasta el doble cuando la revelación beneficie a miembros de grupos armados al margen de la Ley u organizaciones de crimen organizado, o cuando la revelación ilícita beneficie a gobiernos extranjeros.”

Consideramos que solo pueden aplicarse las anteriores sanciones penales, siempre que el daño causado sea menor al beneficio obtenido por la sociedad al hacer pública la información secreta. Los tipos penales se establecen en medio de un conflicto entre el derecho de acceso a la información y el deber de mantener la reserva; el último puede prevalecer si se cumplen condiciones específicas tales como un bien jurídico a proteger, la necesidad, la conducencia y la proporcionalidad. Pero cuando el beneficio que obtiene la sociedad al conocer una información relevante es mayor que el daño que causa al bien jurídico que buscaba proteger, la conducta termina protegiendo el derecho al acceso y la sanción penal se torna ilegítima por ser desproporcionada.

En materia de tipificación penal el legislador goza de una amplia potestad de regulación producto del mandato constitucional. Solo se exige que cumpla los requisitos de un test de proporcionalidad

que verifica la racionalidad de la norma en relación con sus medios y fines. La Corte ha dicho que este test será superado cuando:

“1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada”⁷⁷

El último requisito de proporcionalidad es igual en todos los delitos que modifica o introduce el proyecto, pues en todos se puede plantear el debate entre los beneficios que produce dar a conocer públicamente la información y los costos de levantar la reserva. Cuando la publicidad de dicha información es de gran importancia para la opinión pública y el aporte al debate democrático que representa el conocimiento de hechos nuevos es fundamental en la historia política o social del país, no es admisible que quien divulga la información sea condenado penalmente.

Por ejemplo, si los servicios de inteligencia tienen fuertes indicios de que un producto utilizado para la fumigación de cultivos ilícitos en el 2005 causó extrañas enfermedades a la población que habitaba cerca a los territorios fumigados, pero no lo reveló porque en dicha zona había asentamientos guerrilleros así que no pudo hacer una investigación exhaustiva al respecto, y ahora, en el 2012, existe una gran licitación para fumigar todas las zonas cocaleras del país y la empresa que distribuye el químico del que se tienen indicios de ser dañino es la más oponible, ¿Puede sancionarse penalmente a quien dé a conocer la información reservada?

La proporcionalidad entre el daño y el beneficio permite que no reciban sanción penal las conductas que no causan ningún reproche social y que se convierten en antijurídicas. Además, crea un criterio importante para que cuando las personas tengan conocimiento de información reservada relevante para el país, no se vean obligadas a mantener el secreto por evitar cometer un delito. En relación con los artículos señalados, omitir un examen previo sobre la proporcionalidad puede ocasionar que en muchos casos el delito resulte desproporcionado e incumpla con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad del Código Penal.

Este planteamiento coincide con el principio No. 15 de Johannesburgo que establece que para aplicar un castigo a quien dé a conocer información reservada debe evaluarse el perjuicio causado y el interés público en conocerla:

“Nadie podrá ser castigado por motivos de seguridad nacional por la divulgación de información si (1) la divulgación no perjudica en realidad y no es probable que perjudique un interés legítimo de seguridad nacional, o (2) el interés público en saber la información es mayor que el daño causado por la divulgación.”⁷⁸

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C 720 de 2007. M.P.: Catalina Botero

⁷⁸ Principio No. 15 de Johannesburgo

En seguida, el principio No. 16 aclara que tratándose de servidores públicos debe prevalecer la difusión de información si el interés público es mayor que el posible daño y que en estos casos no puede tener ningún perjuicio:

“Nadie podrá ser sujeto a detrimento alguno por motivos de seguridad nacional por la divulgación de información de la que él o ella se haya enterado en virtud de servicio gubernamental si el interés público en saber la información es mayor que el daño causado por la divulgación.”

Esta misma posición concuerda también con el noveno Principio de Lima que señala:

“Cualquier persona o servidor público que divulgue información clasificada en las restricciones antedichas, no deberá ser sujeta a represalias si es que el interés público a estar informado prevalece sobre las consecuencias que pudiera ocasionar su divulgación. En tales casos, podrán acceder a un régimen especial de protección.”

Por todo lo anterior, solicitamos que se declaren exequibles los tipos penales, en el entendido de que la Fiscalía y los jueces deben analizar en cada caso concreto si el beneficio obtenido con la divulgación de la información es menor al daño causado, así como si la divulgación se realizó en cumplimiento de un deber constitucional o legal.

De los Honorables Magistrados y la Honorable Magistrada,

Rodrigo Uprimny Yepes,
C.C. 79.146.539
Director
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia

Juan Fernando Jaramillo
C.C. 19.309.046
Investigador
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia

Paula Rangel Garzón
C.C. 1.032.401.057
Investigadora
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia

Andrés Morales
C.C. 80.032.443
Director
Fundación para la Libertad de Prensa FLIP

Emmanuel Vargas Penagos
C.C. 1.020.727.252
Asesor
Fundación para la Libertad de Prensa FLIP

Pedro Vaca Villarreal
C.C. 1.032.384.915
Asesor
Fundación para la Libertad de Prensa FLIP

Adriana Blanco Cortés
C.C. 52.867.267
Coordinadora de proyectos
Fundación Para la Libertad de Prensa