EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN PERSPECTIVA DE LA RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL EN COLOMBIA

THE PRINCIPLE OF PUBLICITY IN THE PERSPECTIVE OF THE CONFIDENTIALITY OF PUBLIC DEFENSE AND NATIONAL SECURITY INFORMATION IN COLOMBIA

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ CARDONA

Tesis de grado

Asesor, docente

Mario Alberto Montoya Brand

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MEDELLÍN

2023

«*Nada hay más engañoso que las "verdades evidentes". Si hay algo que debe despertar nuestra suspicacia y alentar nuestras posibilidades de análisis, son las afirmaciones que todo el mundo acepta sin oponer resistencia porque parecen obvias, Hay que desconfiar, por principio de la unanimidad generada por el lugar común*» (Carlos Gaviria Díaz).

Le encomiendo este trabajo a Dios, a San José y a San Antonio de Arma.

Un especial agradecimiento a mi familia, a mis amigos del CEDA, amigos de la Universidad de Antioquia, a la Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia, a mi asesor Mario Montoya Brand, a la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit y a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- por la confianza que me han brindado en el término que duro este trabajo de maestría.
Y por último, un agradecimiento al amor

RESUMEN

La presente tesis de grado de maestría se centra en analizar el principio de publicidad como la forma de evaluar la reserva de información de defensa y seguridad nacional. En tal sentido, esta tesis contiene tres capítulos: el primero desarrolla la filogénesis de instituciones, como el principio de publicidad, Estado de derecho, derecho de acceso a la información pública, reserva de información y democracia. El segundo se centra en revisar la justificación y crítica a la reserva de información de defensa y seguridad nacional en proyección del interés nacional. El tercero plantea un examen a la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional desde la jurisprudencia constitucional. De este modo, es necesario hacer un juicio y análisis de las reservas de información, la cual debe partir de un estudio del ejercicio de la competencia para restringir la información, para que posteriormente, se determine que tan válidas son las razones y las justificaciones para restringir la información en un Estado de derecho que debe caracterizarse por democrático, y no solo por invocar intereses nacionales de supervivencia.

Palabras clave: reserva de información, defensa y seguridad nacional, principio de publicidad, Estado de derecho y democracia

ABSTRACT

This master's thesis focuses on analyzing the principle of publicity as a way to evaluate the confidentiality of defense and national security information. This thesis contains three chapters: the first one develops the phylogenesis of institutions, such as the principle of publicity, rule of law, right of access to public information, information secrecy and democracy. The second focuses on reviewing the justification and criticism of the reservation of defense and national security information in projection of the national interest. The third one proposes an examination of the reservation of public information on defense and national security from the perspective of constitutional jurisprudence. Thus, it is necessary to make a judgment and analysis of the reservation of information, which must start from a study of the exercise of the competence to restrict the information, in order to subsequently determine how valid are the reasons and justifications to restrict the information in a rule of law that should be characterized as democratic, and not only for invoking national interests of survival.

Keywords: confidentiality of information, defense and national security, principle of public disclosure, rule of law and democracy.

Contenido

CAPÍTULO I. 11

FILOGÉNESIS DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, ESTADO DE DERECHO, DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, RESERVA DE INFORMACIÓN Y DEMOCRACIA: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL 11

Anotaciones previas 11

1. Democracia, Estado de derecho, principio de publicidad y secreto: una relación necesaria 12

2. Las exigencias del principio de publicidad a la Administración pública en el Estado social de derecho y la reserva de información: ¿una colisión constante? 18

3. El entorno de la Globalización: la necesidad de la garantía del principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública en la búsqueda constante de la transparencia 22

4. La reserva de acceso a la información de defensa y seguridad nacional como expresión de una función pública: la despersonificación del Estado 28

5. La reserva de información de defensa y seguridad nacional y su relación con el secreto de Estado: el péndulo entre el derecho y el imperio de la política 31

CAPÍTULO II 36

JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICA A LA RESERVA DE INFORMACIÓN DE DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL EN PROYECCIÓN DEL INTERES NACIONAL: ¡MANTENER LA DEMOCRACIA MAESTRO! 36

Anotaciones previas 36

1. La democracia en Estado de sitio: el contexto de la crisis y la excepcionalidad en Colombia y su influencia en el fortalecimiento de la defensa y seguridad nacional 38

2. Contexto y antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sobre el límite y las actuaciones de las fuerzas armadas en Colombia: ¿la continuidad del pasado? 44

3. El transito del concepto de defensa y seguridad nacional en un entorno de opacidad del poder 48

4. La revisión del concepto de defensa y seguridad nacional en los estudios de las fuerzas armadas en Colombia: entre el interés nacional y la necesidad de fortalecer la democracia 55

CAPÍTULO III. 60

EXÁMEN A LA RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LÍMITES AL ESTADO DE DERECHO INVISIBLE 60

Anotaciones previas 60

1. ´Particularidades y características de las reservas de información en el ordenamiento colombiano: la necesidad de la integración normativa 62

1.1. Las razones jurídico-políticas para la restricción de la información: más allá del interés nacional 64

1.2. Autoridad y el tipo de norma para la regulación de la reserva de información pública: más allá de una formalidad 65

2. Crítica y análisis de las reservas de información por defensa y seguridad nacional en el ordenamiento jurídico colombiano. Estudio de la jurisprudencia constitucional 68

2.1. La defensa y seguridad nacional como materia de reserva: la discusión entre el daño y la integración con las causales de reserva legal 69

2.2. La función pública y la administración de las reservas en el sector defensa y seguridad nacional: meritocracia vs confianza y estudios de seguridad 72

2.3. La especialidad en la contratación pública en el sector defensa y seguridad nacional 78

2.4. La reserva de información de defensa y seguridad como política de Estado: interés nacional y el poder nacional vs pluralismo político y estatuto de oposición..... 81

2.5. La reserva de información pública de defensa y seguridad nacional y el derecho al hábeas data 85

2.6. El reglamento y la restricción al acceso a la información pública: un análisis a los planteamientos del Consejo de Estado..... 92

2.7. La verdad y el derecho de las víctimas como excepción a la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional 97

3. Mecanismos para limitar la reserva de información por la causal de defensa y seguridad nacional: hacia la construcción de sociedades democráticas..... 99

CONCLUSIONES 106

BIBLIOGRAFÍA..... 110

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación de la maestría se origina por una preocupación sobre el derecho de petición y derecho de acceso a la información pública que estudié en el Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– entre los años 2013 y 2015. En este proyecto de investigación que fue liderado por mi Profesor y mentor, Fabián Gonzalo Marín Cortés, me incentivé a investigar sobre las reservas de información, como límite y restricción al derecho de acceso a la información pública y la importancia creciente del principio de publicidad en los Estados de derecho.

En esta investigación consideré más importante revisar las restricciones al derecho de acceso a la información pública que su naturaleza jurídica. Bajo esa orientación, este trabajo tiene un enfoque fundado en una revisión de las competencias que tiene un Estado de derecho para limitar la información de sus actividades. En esta inquietud investigativa encontré que en nuestro país existen pocas reflexiones sobre la relación conflictiva entre el principio de publicidad y la reserva de información en un Estado de derecho, como el colombiano. Pareciese que la discusión crítica del tema se haya eliminado o constituido en una verdad dentro de la comunidad académica, pues poco se discute sobre las reservas de información, pero se hace una defensa a veces sin reflexión de la transparencia y publicidad de la información. Por tanto, fue necesario acudir a la doctrina extranjera, para así luego relacionar elementos o instituciones propios de la política, como el secreto con respecto a la reserva de información en Colombia.

Para entender un poco más del tema fue necesario analizar la composición o estructura del *Estado de derecho y la democracia* como fundamento del principio de publicidad, para entender sus evoluciones como instituciones creadas por la sociedad. No obstante, para conceptualizarlo debió plantearse interrogantes en torno al secreto como antecedente cercano a la reserva de información, por tanto, a la opacidad del poder en un Estado como el absoluto. En este análisis debió revisarse la compatibilidad entre la concepción del Estado de derecho, el principio de publicidad y el secreto propio de los Estados absolutos en las actuaciones de los poderes estatales.

Estas relaciones tan complejas, pero a la vez tan cercanas, implicaron comprender un problema de investigación más intrínseco, que se basa en la aporía de la publicidad de las actuaciones de los poderes estatales, lo cual supone aludir a un doble faz o cara del Estado: i) un *Estado de derecho*, que se basa en la publicidad de sus órganos y de sus actuaciones; y i) un *Estado discrecional*, que se funda en un gobierno invisible que esconde de forma subrepticia sus actuaciones, contrariando los principios de la democracia (Revelli, 2016, pág. 8). De este modo, se hace notorio el contrapunto entre el principio de publicidad del Estado de derecho y la reserva no solo como manifestación a la restricción a la información, sino como expresión jurídica del secreto.

El concepto secreto dentro de las instituciones jurídicas no establece un contenido particular, sino que alude a todo aquello que debe guardarse bajo criterios de confidencialidad (Sánchez Ferro, 2006, pág. 3). En esta línea, los Estados definen diferentes tipos de secreto: el secreto de las comunicaciones, secreto profesional, secreto administrativo y el secreto de Estado (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 174). Dentro de las materias que habitualmente se relacionan con el secreto de Estado y que son sometidas a reservas de información se encuentran las actuaciones estatales que se desarrollan en el marco de la defensa y seguridad nacional, las cuales son justificadas en ser un bien constitucional valioso relacionado con la supervivencia y conservación del Estado. Este tipo de reserva de información permite entender la idea, según la cual el Estado ya no es opaco a la mirada pública; pero, aun así, guarda todavía varios secretos justificado en intereses de orden nacional.

Esta teoría del secreto de Estado como justificación a la restricción a la información en defensa y seguridad es cuestionable, pues no hay un control público a sus actuaciones. Esto posibilita que bajo el secreto se oculten actos de corrupción, crímenes de guerra y demás actos ilícitos que no son propiamente funciones otorgadas al Estado. Así pues, el Estado de derecho empieza a ser un receptor de una serie de valores y principios que pueden contradecirse: por un lado, las libertades civiles, como la de expresión y el derecho de petición; y por otro, la necesidad de salvaguardar intereses de orden nacional, justificado en el bienestar común y la integridad territorial.

En este escenario de contradicciones, el secreto de Estado se siguió justificando y valorando como una institución necesaria para la supervivencia de las instituciones, sin revisarse desde un punto de vista de las competencias y de la legalidad que tan válido era restringir la información, sumado a que no se tenía en cuenta los derechos correlativos que exigen su visibilidad. Esta complejidad del Estado liberal con el secreto no desapareció, por el contrario, con el Estado social de derecho como forma de superación al abstencionismo, antes se complicó, pues la existencia y revitalización de principios, como el de publicidad y transparencia y nuevos derechos, como el acceso a la información implicaron una convivencia menos pacífica con el secreto de Estado.

En este escenario, los principios de publicidad y de transparencia adquirieron una mayor fuerza y legitimidad dentro de las sociedades en el marco de la globalización y en las crisis democráticas de los Estados, debido a los escándalos de corrupción y de debilidad gubernamental, como lo destaca Emilio Guichot (2014, pág. 19). Así pues, casos, como los de Watergate fueron motivo para una crítica de la opinión pública al oscurantismo, corrupción y déficit democrático de las instituciones (Guichot, 2014, pág. 14). De esta manera, el discurso de la transparencia y publicidad empieza a transversalizar las instituciones sociales y jurídicas.

En torno a esta perspectiva de nuevas exigencias jurídicas y de nuevos modelos, como el Estado social, se discute sobre la competencia para establecer causales en el momento de reservar la información por actividades que conciernen a la defensa y seguridad nacional.

Esto se deriva de señalar que las autoridades deben respetar el principio de legalidad restrictiva de las facultades, competencias y atribuciones cuando se restringe la información. En tal sentido, este trabajo tiene una importancia por entender la necesidad de establecer los límites en la regulación como en la interpretación de la reserva de información de defensa y seguridad nacional.

En este debate, surge la siguiente pregunta de investigación ¿qué límites desde el principio de publicidad debe tener la reserva de información de defensa y seguridad nacional? Este interrogante parte de entender qué tipo de límites desde el principio de publicidad son necesarios para evitar que la restricción de la información sea injustificada, en especial, en qué supuestos los contenidos que trata son el desarrollo de actividades de defensa y seguridad nacional relacionadas con el interés nacional. En esta línea, este interrogante implica necesariamente comprender los límites a la reserva de información, teniendo en cuenta los cimientos teóricos en que se construyeron los Estados de derecho. Esto se hace con un análisis especial del ordenamiento jurídico colombiano, que se ha caracterizado por la excepcionalidad, a pesar de la instauración de la Constitución Política de 1991, sumado a un contexto caracterizado por la defensa del discurso castrense y el interés nacional.

El tipo de investigación a desarrollar es dogmático, ya que se centra en un estudio y análisis del ordenamiento jurídico vigente. Dentro de las tareas dogmáticas según Courtis, se evidencia una preponderancia de la *lege ferenda,* puesto que el estudio de un tipo de reserva de información, como el de defensa y seguridad nacional es una discusión si las facultades del Congreso para establecer causales son válidas desde un punto de vista constitucional, teniendo en cuenta la importancia del principio de publicidad en el Estado social de derecho. Este tipo de investigación se armoniza con un enfoque metodológico basado en una revisión de las competencias otorgadas al legislador para restringir la información, teniendo en cuenta como las razones y discursos castrenses apelan a la discrecionalidad administrativa, y por tanto, al secreto y a la inaccesibilidad de la información.

De lo expuesto, este trabajo de maestría se circunscribe al ordenamiento jurídico nacional, teniendo en cuenta normas e instituciones del derecho internacional, como es lo prescrito por la Organización de Estados Americanos –OEA-, que alude a la importancia del principio de publicidad. Así mismo, se tiene en cuenta la regulación de la transparencia y acceso a la información pública y la reserva de información de defensa y seguridad en un contexto de globalización. Con respecto al límite temporal de la investigación su desarrollo y análisis comienza desde la instauración de la Constitución Política de 1991 hasta la actualidad, siendo necesario entender cómo el artículo 74 constitucional brindó un sustrato material importante, pues consagró el acceso a la información pública como un derecho fundamental y su restricción sólo puede provenir de la ley, es decir, se establece una reserva legal para restringir la información. Sin embargo, se tendrán en cuenta los antecedentes normativos a la Constitución de 1991, con el fin de comprender el discurso político-jurídico de la defensa y seguridad nacional.

La reserva de información de defensa y seguridad nacional debe cumplir en un sentido formal con lo dispuesto en el artículo 74 constitucional, es decir, debe estar regulada en una ley. No obstante, se debate desde un punto de vista material el tipo de redacción para establecer las reservas. En este caso, se cuestiona si la simple invocación de la materia implica la restricción a la información o es necesario una relectura y crítica a la forma cómo el legislador ha utilizado su competencia para salvaguardar y defender los intereses de la fuerza pública.

A partir de lo conceptualizado, este trabajo de investigación contiene 3 capítulos: el primer capítulo desarrolla la construcción del Estado de derecho a partir del principio de publicidad y la existencia del secreto como un instrumento de poder heredado del antiguo régimen que se relaciona con la reserva de información pública. Posteriormente, se estudia la relación entre el Estado social de derecho como modelo instaurado en la Constitución Política de 1991, el principio de publicidad, la democracia y la transparencia. Estas instituciones están relacionadas con la influencia de la globalización concretada en normas internacionales que promueven la transparencia, lo cual ha implicado la instauración de leyes de acceso a la información pública que fortalecen el principio de publicidad, para luego relacionarla con la función pública del mantenimiento del orden público. Finalmente, se analiza la reserva de acceso a la información de defensa y seguridad nacional como expresión de la razón de Estado, a partir de una perspectiva del derecho comparado.

En el segundo capítulo, se analizan los antecedentes y justificación de la concepción de defensa y seguridad nacional antes de la Constitución Política de 1991 y la forma cómo se reflejó en normas que restringían la información. Se hace luego un análisis del contexto y discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sobre el límite y las actuaciones de las fuerzas armadas en Colombia como pérdida de una oportunidad de cambio; para que posteriormente, se revise la política de defensa y seguridad nacional después de la Constitución de 1991, que estuvo vinculada al discurso del orden por encima de la paz; y por último, se analiza el concepto de defensa y seguridad nacional en los estudios de las fuerzas armadas en Colombia a partir del interés nacional.

El tercer capítulo se basa en un juicio estricto sobre el sistema de competencias para restringir la información de defensa y seguridad nacional. Se comienza explicando las particularidades y características que componen las reservas de información en el derecho colombiano, realizando una crítica desde un enfoque metodológico basado en la competencias; luego se realiza un estudio jurisprudencial de un control abstracto y concreto que se relacionan directa o indirectamente a las reservas de información de defensa y seguridad nacional en Colombia; y por último, se expone la necesidad de un control político, judicial e interpretativo a la reserva de información de defensa y seguridad nacional, que implica la construcción de técnicas de interpretación y la obligación de una reflexión político-jurídica en nuestro país, en búsqueda de una sociedad más democrática.

A modo de reflexión, es menester pensar de forma crítica la reserva de información de defensa y seguridad nacional, pues el discurso actual de la transparencia y la publicidad puede incurrir en una legitimación de las actuaciones del poder. En este caso, el juicio y análisis de las reservas de información debe partir de un estudio del ejercicio de la competencia para restringir la información, para que posteriormente, se determine que tan válidas son las razones y las justificaciones para restringir la información en un Estado de derecho que debe caracterizarse por democrático, y no solo por invocar intereses nacionales de supervivencia y de interés común.

CAPÍTULO I.

FILOGÉNESIS DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, ESTADO DE DERECHO, DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, RESERVA DE INFORMACIÓN Y DEMOCRACIA: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

SUMARIO: Anotaciones previas. 1. Democracia, Estado de derecho, principio de publicidad y secreto: una relación necesaria**.** 2. Las exigencias del principio de publicidad a la Administración pública en el Estado social de derecho y la reserva de información: ¿una colisión constante? 3. El entorno de la Globalización: la necesidad de la garantía del principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública en la búsqueda constante de la transparencia**.** 4. La reserva de acceso a la información de defensa y seguridad nacional como expresión de una función pública: la despersonificación del Estado**.** 5. La reserva de información de defensa y seguridad nacional y su relación con el secreto de Estado: el péndulo entre el derecho y el imperio de la política

Anotaciones previas

Reflexionar sobre las instituciones jurídicas, especialmente sobre la *filogénesis*[1] del Principio de Publicidad, Estado de derecho, derecho de acceso a la información pública y reserva de información implica buscar su orígenes y evoluciones, para así entender sus reglas, finalidades, limitaciones y sus relaciones intrínsecas, que en muchas ocasiones son conflictivas. Sin embargo, para conceptualizar estas instituciones es necesario reconocer que fenómenos como la globalización, la crisis de la legalidad, el debilitamiento de los Estado-nación supone revisar los valores y principios que constituyen las sociedades modernas. En esta complejidad, es imperativo reflexionar sobre la conducta de los Estados de derecho en la restricción de la información, teniendo en cuenta como ciertas razones y discursos políticos basados en la razón de Estado apelan a la discrecionalidad administrativa, y por tanto, al secreto y a la inaccesibilidad de la información.

La existencia del Estado de derecho con un contenido democrático está vinculada con el principio de publicidad, como postulado y base para que todas las autoridades actúen de

[1] El Diccionario de la Lengua Española relaciona *filogénesis* con la *filogenia*, que significa: «1. f. Parte de la biología que se ocupa de las relaciones de parentesco entre los distintos grupos de seres vivos; 2. f. Biol. Origen y desarrollo evolutivo de las especies, y en general, de las estirpes de seres vivos» (Diccionario de la Lengua Española. *Filogenia*. Disponible en línea: http://dle.rae.es/?id=HvkjHn5. Consultado el 16 de septiembre de 2022).

forma transparente. Este principio dentro de un Estado de derecho se relativiza ante los persistentes intentos por buscar la justificación de una reserva de la información supuestamente por garantizar intereses nacionales o defender los derechos de la intimidad de las personas.

Esa búsqueda de establecer, justificar y ampliar las reservas de información, implica un horizonte metodológico, donde el secreto de Estado sirve como instrumento de contención a la publicidad de la información y como un derecho y garantía de las instituciones. En esa perspectiva, el Estado no se basa en un sistema de competencias regladas y estrictas, sino en una serie de libertades justificadas en razones de conservación y supervivencia, donde las personas deben cumplir su deber ciudadano con las instituciones.

A partir de estas problemáticas, este capítulo concibe la reserva de información y el principio de publicidad en un Estado contemporáneo, haciendo un examen desde una perspectiva democrática. En este contexto, se desarrollan varias reflexiones que tienen un alto contenido teórico, donde se discute la relación necesaria entre Estado de derecho, globalización, democracia, secreto y transparencia como variables dentro del principio de publicidad y la reserva de información en el marco de la filogénesis de estas instituciones.

De esta manera, este capítulo desarrolla cinco temas: i) la relación necesaria y compleja entre la democracia, Estado de derecho, principio de publicidad y secreto; ii) las exigencias del principio de publicidad a la Administración pública en el Estado social de derecho y la reserva de información; iii) la garantía del principio de publicidad y la transparencia en un entorno de globalización; iv) la reserva de acceso a la información de defensa y seguridad como expresión de una función pública; y v) la reserva de información de defensa y seguridad nacional y su relación con el secreto de Estado.

1. Democracia, Estado de derecho, principio de publicidad y secreto: una relación necesaria

Comprender la relación entre *Estado de derecho*, *democracia*, *principio de publicidad y secreto* es analizar sus orígenes y evolución como instituciones creadas por el hombre, entendiendo sus principios, retos, finalidades y limitaciones. Esta relación entre estas instituciones jurídico-políticas puede compararse o asimilarse con la *simbiosis*, es decir, una relación necesaria y permanente entre dos seres que tienen una vida en común, en el cual uno o ambos tienen un beneficio, pero no significa que sea pacífica, en el entendido que pueden presentarse conflictos[2].

[2] El Diccionario de la Lengua Española define *Simbiosis* así: «1. f. Biol. Asociación de individuos animales o vegetales de diferentes especies, sobre todo si los simbiontes sacan provecho de la vida en común» (DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Simbiosis*. Disponible en línea: http://dle.rae.es/?id=XudXghT. Consultado el 16 de septiembre de 2022).

Estas instituciones son organismos -*compañeros simbiontes*- que se vinculan el uno del otro en el mismo ámbito espacio-temporal, lo cual se evidencia cuando la democracia se relaciona con el principio de publicidad, elementos que fortalecen y legitiman instituciones, como los Estados de derecho. Sin embargo, esta relación no es tan armónica, puesto que no todo queda amparado bajo el parámetro de la publicidad de las actuaciones, ya que bajo el criterio de intereses nacionales se establecen excepciones, originando lo que se denomina desde el punto de vista jurídico reserva de información, pero que desde una perspectiva histórico-política se entiende como secreto de Estado.

En torno a este relación público-secreto, Norberto Bobbio plantea que la democracia es desde un ideal el gobierno de un poder visible, esto es, cuyas actuaciones se realizan ante el público y bajo la supervisión y control de la opinión pública (Bobbio, 2016, pág. 27). Por tanto, se deriva que es connatural a la democracia la existencia de un poder visible a la ciudadanía, y bajo esa orientación, el mismo teórico italiano alude a un gobierno del poder público en público, en la que expresa:

> El error solo es aparente porque “público” tiene dos significados: si es contrapuesto a "privado", como en la distinción clásica entre *ius publicum* y i*us privatum*, que nos llega de los juristas romanos, o si es confrontada con lo "secreto", por lo que no adopta el significado de perteneciente a la "cosa pública" al "Estado", sino de "manifiesto", "evidente", precisamente "visible (1986, pág. 65)

En contraposición a la democracia y al gobierno visible se halla la autocracia, caracterizada porque el poder que se ejerce es sustraído de la mirada de los súbditos. En este sentido, Bobbio expresa: «El ideal del soberano equiparado a Dios en la tierra, es ser, al igual que Dios en el cielo, omnividente e invisible a la vez» (Bobbio, 2016, pág. 28). Esta invisibilidad y omnipotencia del gobierno se relaciona con los secretos del poder o *arcana imperii* (Bobbio, 2016, pág. 28). Estos aspectos propios del *arcana imperii* permiten entender que el Estado absoluto como expresión del poder del monarca se manifiesta en el secreto, siendo el antecedente de la reserva a la información pública. Al respecto, Bobbio plantea que en la categoría de los arcana se relacionan dos fenómenos: el poder oculto y el poder que se oculta. El primero se vincula con el secreto de Estado y el segundo, con la mentira lícita y útil para la preservación del Estado (Bobbio, 1986, pág. 73).

La existencia y justificación del secreto en la historia de los Estados absolutos está basada en las amenazas constantes que recibían los principados, derivado de los intereses de conquistar y dominar los territorios (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 48). De este modo, el secreto y el engaño eran los medios típicos para sostener el poder del Estado ante amenazas internas como externas (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 48). Así pues, en el Estado absoluto lo público era contrario al poder, y la información que concerniera a los súbditos debía ser transparente (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 49). Lo secreto era el criterio para establecer qué tan poderoso era un gobernante.

Bajo esta concepción, se ha señalado que el secreto de Estado se constituye en el instrumento por esencia del poder, por lo que Elías Canetti expresa: «El secreto ocupa la misma médula del poder. El acto de *acechar*, por su naturaleza, es secreto. Uno se esconde o se mimetiza y no se da a conocer por movimiento alguno» (Canetti, 2022, pág. 411). Bajo esta lógica, el secreto se convierte en un mecanismo no solo para llegar al poder, sino también para su conservación y fortalecimiento. Cualquier gobernante utiliza entre otras cosas, para manifestar su poder el secreto que le brinda el gobierno invisible, caracterizado porque determinadas materias lo conocen muy pocas personas. Ante esta amalgama de relaciones y vínculos, en sentido lógico el secreto se relaciona con lo oculto al público. Al respecto, Susana Sánchez Ferro señala que el secreto alude a un campo compartido por unos pocos y donde los demás están excluidos (2006, págs. 4-5).

Esa crítica al poder oculto fue uno de los motivos para el tránsito de los Estados absolutos a los Estados de derecho con la revolución francesa y la declaración de independencia norteamericana. Al respecto, Guevara Bermúdez expone que la imperante necesidad de la opinión pública como bastión de la doctrina liberal fue un ataque contra el secreto (2004, pág. 50). Esta desconfianza de los liberales al secreto y a la arbitrariedad del poder, posibilitaron la construcción de instituciones fundadas en la división de poderes y en el principio de legalidad (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 50).

No obstante, cuando los liberales obtuvieron el poder del Estado no suprimieron el secreto, sino que lo consideraron esencial para su sostenimiento y expansión. De este modo, Guevara Bermúdez expresa: «[…] la génesis de los secretos de Estado "modernos" se justifica por los peligros que amenazaban a los Estados que buscaban su expansión» (2004, pág. 49). Se configura el secreto como una forma por esencia de adquirir y conservar poder en la relación entre Estados, pero no significa que el secreto sea el único instrumento para la consecución o conservación del poder, sino que desde diversas teorías pueden existir múltiples formas para su sostenimiento.

A pesar de las justificaciones por sostener el secreto como institución política y jurídica, es menester hablar de una exigencia ética del principio de publicidad en los gobiernos democráticos. La necesidad que todas las actuaciones sean públicas implica que sean justas desde el punto de vista ético, y en esta línea, todas las personas tienen el derecho de ser informadas. Así pues, filósofos como Kant plantean que sin publicidad no hay justicia, por lo que expresa:

> "Las acciones referentes al derecho de otros hombres" hombres son injustas, si su máxima no admite "publicidad".
>
> Este principio debe considerarse, no sólo como un principio "ético", perteneciente a la teoría de la virtud, sino como un principio "jurídico", relativo al derecho de los hombres. En efecto, una máxima que no puedo manifestar en alta voz, que ha de permanecer secreta, so pena de hacer fracasar mi propósito; una máxima que no

> puede reconocer públicamente, sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto; una máxima que, de ser conocida, suscitaría contra mí una enemistad necesaria y universal y, por tanto, cognoscible *a priori*; una máxima que tiene tales consecuencias, las tiene forzosamente porque encierra una amenaza injusta al derecho de los demás (Kant, 1919, págs. 75-76)

Bajo esta perspectiva, la publicidad es la base para evaluar las actuaciones de las diferentes autoridades que componen los Estados. En tal sentido, los Estados de derecho que se contraponen a los Estados absolutos se constituyen en una institución ideal para preservar no solo la legalidad de las actuaciones, sino la garantía al principio de publicidad de la actividad estatal, en especial, de sus diversos poderes.

En este panorama, se pregunta *¿Qué es el Estado de derecho?* A partir de este interrogante pretende identificarse las orientaciones que se tiene de este término, ya sea con el fin de destacar o de criticar su papel en el desarrollo y fortalecimiento del principio de publicidad. Böckenförde comprende el *Estado de derecho* como una creación lingüística alemana, que no tiene correlativos precisos en el *rule of law* del derecho anglosajón o del derecho continental francés, definiéndolo: «[…] es el Estado de derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional» (Böckenforde, 1993, págs. 18-19).

Por otro lado, Gustavo Zagrebelsky expresa que este término está en una alta tensión entre la forma y el contenido, pero destaca diversas modalidades: i) *Rechtsstaat* alemán, cuyo origen proviene de las monarquías ilustradas del siglo XVIII, ii) *État de droit* que se funda en la soberanía de la ley, cuya fuente material es la voluntad general proclamada en la Revolución Francesa de 1789, y iii) *Rule of law* como un gobierno basado en el derecho originado en la cultura anglosajona (2014, págs. 84-85).

Estas tres manifestaciones del *Estado de derecho* se caracterizan por poseer contenidos diferentes, pero si se asume una concepción formal, implica que cualquier organización político jurídica sometida a una norma se circunscribe a lo establecido en el concepto. Böckenförde expresa que el Estado de derecho es un principio tanto formal como material que se contrapone a la *teocracia*, donde la religión está fundada en la fe; y el *despotismo,* en el que la voluntad arbitraria es el eje de dominio (1993, pág. 22).

Si se revisa desde una concepción formal al Estado de derecho se entiende como un Estado de normas, es decir, como una organización gobernado por leyes que regulan la competencia y los procedimientos para la expedición de los actos normativos. De esta manera, sería un conjunto de formalidades, independientes de su contenido justo o injusto. Es decir, no estaría en la obligación de establecer valores o principios, como el de publicidad o el del secreto, pues se limita y enfoca en ser un sistema ordenado de competencias.

En una búsqueda por un contenido democrático, Elías Díaz expresa que un Estado de derecho auténtico debe componerse de 4 características: a) imperio de la ley: ley como

expresión de la voluntad general; b) división de poderes; c) legalidad de la Administración, aunado a un control judicial; y d) derechos y libertades fundamentales (1992, pág. 31). Esta última característica expuesta por Díaz plantea la garantía de los derechos que se consideran fundamentales, como es el caso de derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que no es más que el derecho a una veraz información por parte del Estado (1992, pág. 41). En otras palabras, Díaz le establece un sustrato material a los Estados de derecho, puesto que no se reduce a un sistema ordenado de competencias entre autoridades, sino que se enfoca, entre otros aspectos, a una garantía de los derechos y libertades fundamentales.

En esta conceptualización del Estado de derecho se evidencia que su conformación se relaciona con los límites al poder público, donde el principio de publicidad puede actuar como uno de los componentes principales si se revisa desde un contenido democrático. En este escenario, la publicidad de la información se basa en que las actuaciones del Estado deben ser públicas, pero se reservan ciertos contenidos justificados en la defensa de intereses nacionales, concepto que se vuelve problemático en el momento que se construye la restricción de la información por parte del poder legislativo y la forma cómo es interpretado por el poder ejecutivo. Al respecto, Josef Isensee plantea:

> El Estado ya no es un secreto; sin embargo, él guarda todavía varios secretos. Con todo, solo puede hacerlo en la medida en que esta reserva sea útil e imprescindible para su capacidad de funcionamiento, en razón de los fines de la sociedad a cuyo servicio él se encuentra. Su forma de funcionamiento se encuentra bajo el mandato de la transparencia, sus normas, bajo el mandato de la publicidad. Precisamente, por esta transparencia, estas normas son accesibles para "un examen público y libre", a través de la razón (2016, pág. 29).

Esta defensa de la publicidad de las actuaciones de los poderes públicos y a su vez la justificación del secreto en defensa de intereses nacionales implica aludir a una dualidad del Estado: i) un *Estado de derecho*, que se basa en una contraposición a lo privado y como acción opuesta al secreto; y ii) un *Estado discrecional*, fundado en un gobierno invisible que esconde de forma subrepticia sus actuaciones, contrariando los principios de la democracia (Revelli, 2016, pág. 8).

La publicidad se constituye en un parámetro para hacer un control a las actuaciones de las autoridades. Sin embargo, el secreto como sinónimo de lo confidencial es la excepción a esta publicidad estatal. En este aspecto, la función del secreto es instrumental, puesto que busca salvaguardar intereses y bienes diversos, pero su fundamentación axiológica, así como su pertinencia en el ordenamiento jurídico está condicionado del tipo de interés al que protege (Sánchez Ferro, 2006, pág. 11)

Esta función instrumental del secreto es problemática y cuestionable, ya que puede defender intereses de diversa índole que no se caracterizan por ser democráticos y ante todo

pueden constituirse en expresión del poder arbitrario del Estado. Si se mira el secreto como indicador de las actuaciones del Estado, pueden definirse qué tan sometido está con respecto al ordenamiento jurídico, o si se encuentra en una discrecionalidad para establecer que es o no sometido al juicio público. Es decir, el Estado mediante la producción de normas es el que establece sus reglas para definir que es público o no, la cual no se revisa desde un juicio o estudio estricto de competencias y no de simple conveniencia u oportunidad.

Para entender esta problemática, se destaca que la regulación del secreto en las democracias occidentales se desarrolla en las leyes de acceso a la información pública desarrolladas en el Siglo XX, posterior a la Segunda Guerra Mundial. Excepto en Suecia, donde la transparencia administrativa data del Siglo XVIII. En tal sentido, este tipo de instituciones son novísimas y por tanto, deben estar sujetas a un juicio estricto de legalidad.

En esta perspectiva, no es pacífica la idea de la funcionalidad instrumental del secreto, sin embargo, se ha expresado que se justifica y legitima en las democracias cuando se garantiza un interés protegido por la Constitución, que no es más que la defensa de los derechos e intereses de las personas en su ámbito privado. Así pues, este carácter instrumental implica la heterogeneidad de los bienes jurídicos que protege. En esta línea, existen diversas modalidades del secreto: i) el secreto de las comunicaciones –inviolabilidad de la correspondencia y de los datos personales–; ii) secreto profesional –abogados, médicos, contadores, entre otros–; iii) secreto administrativo –proceso judiciales y administrativos–; y iv) el secreto de Estado –seguridad, defensa y relaciones internacionales– (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 174). A partir de esta clasificación, el objeto de estudio a destacar es el secreto de Estado como expresión del poder y de sus actuaciones en el marco de las competencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

A pesar de reglas sobre la publicidad de las actuaciones estatales, el secreto de Estado sigue vigente, debido a los intereses nacionales que nacen de discursos políticos que legitiman las actuaciones de las fuerzas castrenses. No obstante, dicho culto al secreto de Estado no puede significar la limitación o afectación de los derechos de los individuos, ya sea para acceder a la información o para administrar y recopilar sin control la información personal. En este aspecto, la democracia se constituye en un control a las actuaciones de los poderes públicos con respecto a las personas. Al respecto, Bobbio plantea:

> En la esfera pública el debate sólo podrá desarrollarse en la vertiente de la excepción y no en la de la regla. Y probablemente se encontrará ante dos paradojas clásicas en cualquier discurso moral, que lo hacen ambiguo: a) la paradoja de la incompatibilidad o de la antinomia de los principios, específicamente de la contra posición entre el principio de la seguridad del Estado y de la libertad de los individuos, y b) el de la excepción de la regla, que está permitida porque hace posible salvar la regla misma, como lo es la legítima defensa, que viola la regla que prohíbe el uso de la violencia pero al mismo tiempo es la única manera, en determinadas circunstancias, de conseguir que se respete (1986, pág. 69).

El secreto de Estado puede constituirse en un problema o para algunos una solución dentro de la democracia, que se manifiesta entre otras cosas, en entidades especializadas que se encargan de la función de defensa y seguridad nacional. No obstante, esta justificación no es suficiente, puesto que es importante definir el límite de las actuaciones de este tipo de organismos al servicio del poder del Estado pueden afectar el control a la información pública, y en especial, cuando se deriva en muchas ocasiones de la información privada de las personas. En esa funcionalidad del secreto de Estado, se acude a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, cuyo artículo 12 establece: «La garantía de los derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; por ello, esta fuerza es instituida en beneficio de todos y no para el provecho particular de aquéllos a quienes se encomienda».

En torno a esta proclamación, se empieza a cuestionar si los organismos de defensa y seguridad del Estado están en beneficio de la comunidad, o de ciertos intereses que se denominan nacionales. A partir de este debate, el próximo tópico revisa estas tensiones entre una nueva modalidad de Estado de derecho en su componente social, el poder ejecutivo, la reserva de información y el derecho de acceso a la información pública, como instituciones que conviven, pero que tienen constantes conflictos.

2. Las exigencias del principio de publicidad a la Administración pública en el Estado social de derecho y la reserva de información: ¿una colisión constante?

El Estado liberal de derecho se caracterizó por un abstencionismo de las autoridades y sobre todo por el individualismo basado en la defensa de las libertades. Es decir, el liberalismo propugna por dos cosas sujetas a cuestionamiento y revisión: el individualismo y el abstencionismo estatal. Estos dos aspectos fueron criticados y corregidos por el Estado social de derecho que se basa en la protección de los derechos sociales y de los objetivos de una justicia social, lo que implica un Estado intervencionista, donde el poder ejecutivo adquiere fuerza (Díaz, 1992, págs. 84-85). En este tránsito del Estado liberal al Estado social se cuestiona las competencias de la Administración pública en garantía del principio de la publicidad y el sometimiento a la reserva de información.

Dentro de los Estados liberales de derecho establecidos en el Siglo XIX la publicidad no era un principio fundamental dentro de la Administración y menos del derecho administrativo, a diferencia del principio de legalidad. Sin embargo, este adquirió importancia dentro del Estado de derecho, y por tanto, facilitó la garantía del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información pública, pero se presentaron conflictos con los intereses propios de los poderes públicos y los derechos propios de los individuos, manifestados en las reservas de información.

Para desarrollar este tópico, se analiza el papel del principio de publicidad en los tres poderes del Estado de derecho. Al respecto, Severiano Fernández Ramos expresa que de los

tres poderes clásicos del Estado el principio de publicidad de las actuaciones se exigió, en un comienzo, al poder legislativo y judicial, pero no al poder ejecutivo o Administración (2018, pág. 215). En dicho contexto, la publicidad en las actuaciones parlamentarias era connatural a la democracia representativa; mientras, la publicidad de las actuaciones judiciales se basó en una reacción contra el sistema inquisitivo del Antiguo régimen (Fernández Ramos, 2018, pág. 215). Con respecto a la publicidad de los actos del poder ejecutivo se consideró que no era necesario ni conveniente, por lo que Fernández Ramos expresa:

> […] mientras el principio democrático impone el criterio de publicidad en los momentos de definición por el Parlamento y aplicación jurisdiccional de la Ley, sólo de un modo indirecto incidía sobre la Administración, a través del sometimiento de la misma a la Ley y al control jurisdiccional. Así, el principio democrático se detuvo en el umbral de la Administración y ésta pasó a ocupar el puesto relativamente independiente y autolegitimado que un día ocupara el Monarca (2018, pág. 217).

A la Administración se le exigió sujetarse al principio de legalidad, sin revisar la necesidad que sus actuaciones fueran expuestas al público, con el fin de un control político y jurídico tanto de los otros poderes estatales, como de las mismas personas. No se concibió en su momento la importancia del principio de publicidad como otra forma también de contener la actuación de la Administración. En tal sentido, se estableció un margen de discrecionalidad cohonestada por la falta de reglas definidas por el poder legislativo, lo cual posibilitó a la Administración bajo criterios de oportunidad y conveniencia tomar decisiones, que requerían un control no solo judicial, sino ciudadano.

En ese panorama, los órganos de defensa y seguridad del Estado como agentes del poder ejecutivo actúan bajo parámetros que no están vinculados con la publicidad de las actuaciones, sino a potestades discrecionales establecidas por el legislador, que se justifican bajo la defensa de los intereses nacionales y de la democracia. Al respecto, Bobbio plantea que el poder invisible en los servicios secretos se explica con la condición de que esté bajo la supervisión del gobierno, que a su vez, está controlado por la ciudadanía, y por tanto, se legitima su actuación en la preservación de la democracia (2016, pág. 32).

No obstante, las actuaciones de estos órganos de seguridad del Estado justificados en categorías conceptuales, como el interés nacional o la defensa y seguridad nacional, en algunas ocasiones, más que limitar, posibilitan la discrecionalidad para reservar la información. Esta discrecionalidad puede constituirse en arbitrariedad administrativa que se legitima en un discurso político, burocrático y tecnocrático, fundados en contenidos de las fuerzas castrenses. Esta retórica se basa en asuntos y cuestiones públicas para justificar el secreto de Estado, y con ello obtener y conservar su poder.

Este secreto oficial entendido como informaciones o documentos en poder del Estado que no se dan a conocer a la sociedad, porque su divulgación podrían afectar bienes jurídicos (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 59), no atendió con cuidado y prevención al fortalecimiento

de una burocracia y de un discurso castrense que con sus actuaciones podría vulnerar más derechos que los demás poderes públicos. En efecto, las facultades constitucionales y legales al poder ejecutivo para la protección de intereses nacionales, que se reflejan en las relaciones internacionales y en la defensa y seguridad es problemática, pues ha significado que se oculte o manipule la información en beneficio de intereses políticos (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 63).

Lo cierto es que no se configuran límites claros a los secretos oficiales dentro del Estado liberal, aspecto que se analiza más adelante en el contexto colombiano. Mientras tanto, es evidente que la gestión del secreto en la práctica administrativa se caracteriza por su flexibilidad, lo que genera un mayor o menor nivel de discrecionalidad, en el momento de otorgar el acceso a la información (Fernández Ramos, 2018, pág. 219). De este modo, Fernández Ramos expone:

> Ni que decir tiene que el resultado de esta amplísima discrecionalidad en el manejo de la información, presenta una doble faz. Por un lado, la de una Administración «pudorosa», que aparece formalmente como celosa guardiana de las informaciones relativas a su organización y a su actividad, como el último bastión de la antigua concepción del poder como *arcanum imperii*. Que se parapeta tras la decorosa fachada de las instituciones democráticas. Pero es también, al mismo tiempo y en no menor medida, una Administración «confidente» para con los grupos con conexiones internas en el aparato administrativo, con la consiguiente e inevitable la discriminación en el acceso a la información pública (2018, pág. 220).

Se evidencia con las actuaciones de la Administración pública que las formas propias de la autocracia no desaparecen porque los Estados de derecho se conviertan en democráticos, simplemente se hacen unos controles dentro del poder, y donde el secreto sigue cumpliendo una función instrumental para las actuaciones administrativas. La Administración como heredera de la monarquía sigue conductas que son expresión de los secretos del poder o del *arcana imperii*, basada en su conocimiento técnico o en la defensa de unos valores o intereses nacionales, como ocurre con los órganos que componen el sector defensa y seguridad.

En cuanto al poder legislativo no solo debe replantearse lo otorgado en el primigenio Estado de derecho, sino también al ejecutivo, para brindar nuevos contenidos que atiendan a la preocupación de las sociedades. En este horizonte, se empieza a presentar un cambio dentro del Estado de derecho, pues se critica el modelo liberal para pasar a uno social después de la Segunda Guerra Mundial, el cual permita garantizar los derechos sociales a las personas menos favorecidas. Se transita de una faceta liberal a una social con la introducción de los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales rompen con la línea divisoria entre autoridad y libertad, proclamada en el *Estado liberal de derecho*.

Ante estas exigencias, Elías Díaz plantea que el punto central de la discusión es el papel creciente del poder ejecutivo dentro del Estado, en especial con la función de

incrementar el desarrollo económico-social en búsqueda de una sociedad de bienestar (Díaz, 1992, pág. 87). En este modelo, se establece la necesidad de un ejecutivo fuerte para garantizar una administración de los bienes e intereses de las comunidades, teniendo una mayor capacidad decisoria.

No obstante, este nuevo papel de la Administración después de la mitad del Siglo XX implica un mayor control y sometimiento al principio de legalidad, el cual también se transformó, pues también se extendió al poder legislativo, dando a lugar a lo que se denomina como el *Estado constitucional de derecho*, que en un sentido amplio connota la sujeción de los poderes públicos al orden jurídico. De esta manera, se transforma la forma de sometimiento de las actuaciones administrativas, pues las prescripciones constitucionales, legales o reglamentarias, ya no son solo autorizaciones o mandatos en sentido estricto, en los que se deriva las potestades y competencias, pues la fuerza normativa de los principios constitucionales, derechos sociales fundamentales, derechos colectivos, principios generales del derecho y los valores como la justicia material son fuente de legalidad.

Esta sujeción a la nueva legalidad implica para la Administración que la restricción a la información no solo debe fundarse en mandatos constitucionales, sino también legales, pero nunca de orden administrativo. En este caso, la garantía del principio de publicidad se hace efectiva a partir no de los mecanismos judiciales de salvaguarda de derechos fundamentales, sino del establecimiento de reglas que establecen la competencia de la Administración para clasificar y determinar que la información pública sea reservada. Al respecto, se plantea que uno de los principios fundamentales del Estado constitucional es que la publicidad se constituye en la regla, mientras el secreto es la excepción que no debe disminuir la primera (1986, pág. 67).

Esta nueva legalidad se acondiciona y fortalece el principio de publicidad para todos los poderes públicos, disponiendo que solo la Ley es la que puede establecer las restricciones a la información. En este sentido, la publicidad es un fin del Estado constitucional de derecho, ya que permite mantener informada a las personas sobre los hechos que ocurren a su alrededor, así como las decisiones que los motivan. En el caso colombiano, cumpliendo con el principio de publicidad, la Constitución Política de 1991 ha establecido, que la restricción a los documentos solo debe provenir de la ley[3].

A pesar que la nueva legalidad dentro del Estado social de derecho implica un fortalecimiento del principio de publicidad, y por tanto, una mayor restricción del poder discrecional de la Administración en el momento de denegar información, por lo que la tensión se sigue presentando. La causa se deriva de una regulación legislativa que posibilita las facultades discrecionales de la Administración para definir que es o no reservado, de acuerdo a los bienes jurídicos establecidos por la ley.

[3] «Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable».

Entonces, es necesario cuestionarse: ¿es un privilegio incontrolable la reserva de información? Para responder a este interrogante, hay que señalar que toda reserva de información debe contener unos límites que deben establecerse en la Constitución y en la Ley, que se base en reglas precisas sobre qué contenidos son sujetos a reserva de información, previo debate político en torno a lo que se comprende como intereses públicos del Estado. Dentro de los límites que se discuten en el capítulo tercero de este trabajo es que la reserva de información no puede constituirse en un medio para ocultar la comisión de delitos de lesa humanidad, ni para manipular o administrar datos personales, ni mucho menos otorgar un gran poder a las autoridades, en especial a las fuerzas castrenses.

En este aspecto, no solo se requiere definir los límites a la reserva de información, que parten de un debate político sobre la importancia que el poder sea público, sino la necesidad de un control. Al respecto, José Guevara plantea: «Para controlar la legalidad de las actuaciones del Ejecutivo, se cuenta con los mecanismos de control parlamentario, judicial y el que se desprende de los órganos creados ad hoc para garantizar el acceso a la información pública […]» (2004, pág. 186). La importancia radica en una competencia estricta de las autoridades administrativas a garantizar la publicidad, y donde la reserva sea una excepción y no una manifestación de discrecionalidad para definir y clasificación la información.

En esta discusión sobre un sistema de competencias que garantice el principio de publicidad de las actuaciones públicas, se requiere una constante revisión a la configuración y funcionamiento de un Estado social de derecho. Ahora bien, si se es optimista ante la instauración de reglas estrictas que definan cuando se reserva la información pública en razón al secreto de Estado se está ante un ideal de transparencia del poder público. Pero, para sus críticos la reserva de información es una legitimación más de los encubrimientos del secreto del poder y la defensa de un *statu quo*.

Este constante debate sobre la forma cómo se reserva la información pública en aquellos asuntos denominados secretos de Estado, se relaciona también con la influencia de los organismos internacionales en pro de la publicidad y la transparencia en los Estados de derecho. De este modo, la influencia internacional se constituye en el entorno para discutir la importancia de la publicidad de las actuaciones de los poderes estatales, en especial del ejecutivo.

3. El entorno de la Globalización: la necesidad de la garantía del principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública en la búsqueda constante de la transparencia

El principio de publicidad de la información dentro de los Estados de derecho con contenido democrático, en especial, en su apelativo constitucional, se constituye en un dogma. Este principio en la actualidad con el de transparencia puede considerarse como una moda dentro

de los sistemas políticos y jurídicos. Para Byun-Chul Han no hay otro lema que domine el discurso de lo público, como es la transparencia, la cual se constituye en un fetiche en todos los campos de la sociedad (2018, pág. 11).

En torno a este tema, la transparencia no se limita a controlar la corrupción y garantizar la libertad de información, por lo que plantea el autor surcoreano: «La transparencia es una coacción sistémica que se apodera en todos los sucesos sociales y los somete a un profundo cambio. El sistema social somete hoy todos sus procesos a una coacción de transparencia para hacerlos operacionales y acelerarlos» (Han, 2018, pág. 12). No es apresurado plantear la tesis que la necesidad de que la información sea pública supone una búsqueda incesante de la transparencia, pero no tiene como resultado una mayor verdad; por el contrario, como lo plantea Byun-Chul Han entre más información se presente más intrincado y complejo es el mundo (Han, 2018, pág. 80).

En este escenario de hiperinformación que no es sinónimo de verdad y del estandarte de la transparencia se reestructura la forma cómo se entrega y obtiene la información pública; y cómo el Estado puede actuar en defensa del derecho a la intimidad y honra de las personas, en un entorno, donde el mundo está interconectado por un alto flujo de la información obtenido de la revolución tecnológica, que trae consigo la globalización económica y tecnológica. Este fenómeno se vincula a una globalización jurídica, donde el Estado actúa en un doble papel: en primer lugar, como sujeto obligado a garantizar la información pública; y en segundo lugar, como sujeto garante que los particulares no utilicen la información obtenida por diferentes medios para manipular a conveniencia. En este aspecto, hay una redimensión del Estado como actor legitimador y fundamental en la creación de espacios de globalización.

El Estado como cooperador de la agenda globalizadora establece condiciones mediante normas de derecho público, que se adecuan a los requerimientos del derecho privado. En este sentido, se acoge la tesis de Sassen, que plantea una consolidación de lo público y lo privado desde lo formal, la cual precisa que la lógica del mercado global circula en el dominio público, instalándose como política de Estado (2010, pág. 281). Así pues, el mercado global permite entender los nuevos campos de lo público y lo privado, y donde su separación y diferenciación se esfuma en lo concreto y se consolida desde una perspectiva formal (Sassen, 2010, pág. 288).

El impacto de la integración económica no significa para Sassen una pérdida absoluta de los poderes estatales, y en esta orientación, se considera que no desaparece su poder. En este caso se sigue conservando el deber de garantizar la reserva y publicidad de la información que se produce por parte de sus organizaciones o entidades. De este modo, los efectos de la integración económica sobre los gobiernos y en especial sobre el papel del Estado de derecho establece una defensa del principio de publicidad de la información y la garantía de la reserva, que se manifiesta en exigencias a las organizaciones privadas.

En este contexto, el Estado no es el único sujeto obligado a someterse a los principios de publicidad de la información, y aún más de garantizar los datos íntimos y sensibles de las personas en sus actividades, como las de defensa y seguridad nacional. El debate implica determinar la forma cómo actúa los actores institucionales, como las organizaciones internacionales y los Estados frente a la amplia información que contienen los sujetos privados mediante la exigencia de política de tratamiento de datos personales, y así garantizar bienes constitucionales, como la defensa y seguridad nacional, sin vulnerar los derechos de las personas. Aquí la cooperación del Estado y las organizaciones privadas no puede constituirse en un instrumento de obtención de información masiva para fines políticos o económicos, que se justifiquen en bienes constitucionales.

En este panorama, el derecho público cambia y reconoce la interconexión inevitable con los sujetos privados globales. En esta óptica, se destaca la existencia de un *derecho plural*, conformado por: i) *un derecho extraestatal*, que no es más que el derecho de la mundialización y la globalización, construido por agentes económicos y en torno a la *lex mercatoria*; ii*) derecho supraestatal*, la cual limita la soberanía del Estado, que nace de los convenios y compromisos internacionales con otros Estados y organizaciones, como la Organización Mundial del Comercio –OMC– o la Organización de Estados Americanos –OEA–; y iii) *derecho infraestatal*, originado en núcleos múltiples del Estado por parte de diferentes actores sociales (Chevallier, 2015, págs. 214-227).

Se alude así a un *pluralismo ordenado,* que consiste en la existencia de diversas fuentes de producción del derecho, donde hay relaciones que coinciden parcialmente (Chevallier, 2015, pág. 22). Ante esta categoría conceptual, un Estado de derecho debe reconocer que el principio de legalidad se reconfigura y por tanto, el principio de publicidad y la forma cómo se garantiza, en aras de la transparencia. Este fenómeno relativiza el concepto de soberanía y reconfigura el Estado de derecho y los Estados nación.

No obstante, este derecho global tiene dos manifestaciones que son importantes para entender la transparencia, publicidad y reserva de la información: en primer lugar, establece una serie de recomendaciones y exigencias internacionales sobre la garantía del principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública; en segundo lugar, permite que los Estados reserven la información basados en la defensa de los derechos de las personas o de los bienes constitucionalmente valiosos, como la defensa y seguridad nacional.

En este contexto de justificación y defensa de la transparencia y de publicidad estatal, Emilio Guichot señala la importancia creciente del derecho de acceso a la información pública que fue liderado por los países escandinavos y Estados Unidos. Así pues, entre finales de los setenta y principios de los noventa, se difundió entre los países latinos de la Europa occidental (2020, pág. 27) una creación de políticas fundadas en la transparencia. Como resultado de esta preocupación a finales de los noventa y principios del Siglo XXI se promulgaron leyes de transparencia y acceso a la información pública.

Guichot expresa que pese a las virtudes que se le resaltan a la transparencia, se llega tras una reticencia por los diversos poderes públicos a someter su gestión al debate público (Guichot, 2020, pág. 27). Este discurso de la transparencia está vinculado con la lucha contra la corrupción y arbitrariedad del poder público, que de alguna manera se convierten en el instrumento perfecto para otro tipo de fines dentro del Estado. En esta línea, Mario Montoya Brand resalta que los usos de la corrupción o dispositivo corruptor, entendido como el conjunto de prácticas y discursos tienen un uso y finalidad política de interés particular (2000, pág. 104). Este tipo de discursos buscan lograr ventajas dentro de las instituciones simultáneas a la corrupción (Montoya Brand, 2000, pág. 104). Estos mecanismos disruptivos se encaminan a derrotar la corrupción, ya que pueden generar y obtener resultados contrapuestos, y en ocasiones, peores que la corrupción misma, como es la privatización de lo público.

Para entender estos fenómenos disruptivos y tan intrincados de la internacionalización de la transparencia, se señala que no siempre las leyes se construyen por un comportamiento activo de las ramas del poder público en desarrollar los mandatos constitucionales, sino de la influencia de compromisos y recomendaciones internacionales, que no son el resultado de tratados o de convenios internacionales. En este escenario, se alude al *soft law* como fuente del derecho, que a partir de recomendaciones y directrices posibilitan la creación de normas legales y reglamentarias.

Bajo la oleada del *soft law*, se empieza a destacar la importancia de la construcción de normas o políticas de transparencia y acceso a la información pública. Posteriormente, esta se expresó en la Ley 1712 de 2014, por lo que no nació de la voluntad del legislador en desarrollar lo prescrito en el artículo 74 constitucional, sino de unas exigencias, recomendaciones, informes y obligaciones establecidas por la Organización de Estados Americanos -OEA- a todos los estados miembros, con el fin de garantizar transparencia y publicidad en las actuaciones de las instituciones públicas.

Antes estas exigencias, el ordenamiento colombiano contenía normas previas a la Constitución de 1991, como son la Ley 57 de 1985 y el Decreto Ley 01 de 1984. Si bien, eran cuerpos normativos que garantizaban el derecho de acceso a los documentos públicos, no atendían a las exigencias de un Estado transparente y público, al no establecer criterios interpretativos para denegar o conceder información. Sin embargo, estas normas siguieron vigentes hasta la promulgación de las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015.

Estas recomendaciones internacionales son una manifestación de *soft law*, que se materializa en dos aspectos: el *soft law* es una fuente en la implementación de la política de transparencia de acceso a la información pública; y es una expresión de la homogeneización y uniformidad en la construcción de políticas públicas de los Estados, teniendo en cuenta la influencia de decisiones judiciales, como el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[4]. Lo que se destaca es que la política de transparencia y acceso a la información pública no nace del activismo judicial, sino de la preocupación internacional del cumplimiento de estándares de transparencia y publicidad de las actuaciones por parte de los Estados. Estas directrices que nacen por lo general del derecho internacional tienen la capacidad de influenciar en las políticas y normas de los Estados. En esta perspectiva, se construye la Ley 1712 de 2014 «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».

Un antecedente a la construcción de esta ley, se origina de la proclama de los jefes de Estado y de Gobierno en Nuevo León, en la que declaran el acceso a la información pública en poder del Estado como condición indispensable para la participación ciudadana y la promoción de los derechos humanos. Se afirmó el compromiso en la Declaración de Nuevo León de establecer los marcos jurídicos y normativos, con el fin de garantizar a los ciudadanos el derecho al acceso a la información (Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas).

Teniendo en cuenta este panorama, los Estados miembros de la OEA mediante la Resolución AG/RES AG/RES, 2514 (XXXIX-O/09) solicitaron la preparación de una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información para permitir a los Estados un marco legal necesario para garantizar el derecho de acceso a la información. Así mismo, se estableció una guía de implementación de la Ley modelo para ponerlo en funcionamiento frente a las autoridades de los Estados. Este mandato de la Asamblea General encomendó al Departamento de Derecho Internacional coordinar la elaboración de la Ley Modelo y una Guía, con la participación de los órganos, agencias y entidades pertinentes de la OEA, los

[4] Los hechos en el caso *sub exámine* ocurrieron entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa del Estado de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, que es un proyecto de deforestación en Chile. Se indicó que tal negativa se dio sin que el Estado justificara de acuerdo a su legislación la reserva de parte de esta información. Así mismo, no se les garantizó un recurso judicial efectivo para acceder a la información que se consideraba pública.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de varios de sus argumentos señaló que la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. En esta línea, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar «el respeto a los derechos o a la reputación de los demás» o «la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». Teniendo en cuenta estas consideraciones, las restricciones o limitaciones que se establezcan deben ser necesarias y proporcionales al interés que la justifica.

En la parte resolutiva de la sentencia se decidió, entre otras cosas, que el Estado en un plazo razonable, debe adoptar las medidas para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[4]. Así mismo, se ordenó que el Estado debe realizar la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, la cual incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información.

Estados Miembros y la sociedad civil (Organización de Los Estados Americanos. Proyecto de Negociación y Creación).

Después de una discusión y el cumplimiento de una serie de etapas, se expidió la Resolución AG/RES 2607 (XL-O/10) sobre la implementación de Ley Modelo de acceso a la información pública y una serie de órdenes, donde se encarga a la Secretaria General, por medio del Departamento de Derecho Internacional, para prestar apoyo a los Estados Miembros que soliciten colaboración en el diseño, ejecución y evaluación de sus normativas y políticas sobre la información pública. Dentro de la Resolución se destaca varios aspectos i) la necesidad de protección del artículo 13 sobre la libertad de pensamiento y de expresión; ii) el cumplimiento del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Claude Reyes y otros vs. Chile, que reconoce el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental; iii) los principios sobre el derecho de acceso a la información del Comité Jurídico Interamericano; iv) las recomendaciones de Acceso a la Información elaboradas por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en coordinación con los órganos, organismos y entidades del sistema interamericano, la sociedad civil, los expertos de los Estados Miembros y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente; v) los informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y vi) la Declaración de Atlanta y el Plan de Acción de las Américas para el Avance del Derecho de Acceso a la Información del Centro Carter. (Asamblea General de la Organización De Estados Americanos AG/RES 2607 (XL-O/10).

La Ley Modelo se basó en los esfuerzos de la OEA para promover el derecho de acceso a la información, incluyendo el documento conjunto Recomendaciones sobre Acceso a la Información [CP/CAJP-2599/08], que proporciona información detallada sobre el derecho de acceso a información, así como recomendaciones de políticas y legislativas, y el estudio relativo al Cuestionario de Legislación y Mejores Prácticas sobre Acceso a la Información de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, documento [CP/CAJP-2608/08], que tiene las respuestas de los Estados y la sociedad civil, así como las recomendaciones de organizaciones de la sociedad civil. Además, la Ley Modelo Interamericana y la Guía para su implementación establecen los principios articulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros vs Chile, así como los principios sobre acceso a la información, aprobados por el Comité Jurídico Interamericano CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08).

En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que el «derecho de acceso a la información debe estar regido por el 'principio de máxima divulgación». Siguiendo esta tesis, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- también ha explicado que, en virtud del artículo 13 de la Convención Americana[5], el derecho de acceso a la información

[5] Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir

debe sujetarse por el principio de la máxima divulgación (2009, pág. 1). En este contexto de exigencias y recomendaciones internacionales se fundamenta la Ley 1712 de 2014, que bajo el estandarte de la publicidad y la transparencia ha establecido la necesidad que todas las entidades públicas y los particulares que cumplen funciones públicas, independiente de su régimen jurídico garanticen este derecho.

La Ley 1712 en su contenido establece los sujetos obligados, los principios, las reservas de información, los mecanismos judiciales, entre otros, que permiten aludir a una política de transparencia y acceso a la información pública. Adicionalmente, en esa coherencia de implementación de políticas se establecieron lineamientos desde la Secretaría de Transparencia de la República de Colombia a todos los sujetos obligados para garantizar el principio de publicidad de la información que produce el Estado.

En este panorama, se construye la política pública de información, la cual no se limita a la sujeción a la Ley 1712 de 2014 o a sus decretos reglamentarios, sino que también se basa en la elaboración de lineamientos sobre la forma cómo los sujetos obligados deben suministrar la información, ya sea en canales oficiales o mediante derechos de petición. En otras palabras, se establecen unas reglas básicas para acceder a la información pública y si es del caso restringirla. No obstante, estas normas no se consideran el instrumento más adecuado, pues no engloban las reservas de información, en este caso las de defensa y seguridad nacional, pues simplemente alude a la materia que es susceptible de restricción, estableciendo en criterio de este escrito una discrecionalidad cuestionable para clasificar la información por parte de los sujetos obligados.

4. La reserva de acceso a la información de defensa y seguridad nacional como expresión de una función pública: la despersonificación del Estado

En los anteriores tópicos, puede evidenciarse que las nuevas condiciones del principio de publicidad se adecuan en un entorno de globalización e internacionalización, donde prima lo público y lo transparente. No obstante, estas normas no han implicado un cambio de paradigma en torno a la forma cómo las autoridades del Estado social de derecho actúan para reservar la información de defensa y seguridad nacional. Similar conducta al antiguo régimen, el Estado social de derecho tiene como interés nacional su supervivencia y conservación. Es decir, los Estados establecen límites al acceso a la información pública, a pesar que las convenciones y recomendaciones internacionales propugnan por la publicidad, justificándose en la preservación de los intereses nacionales.

La óptica del Estado parte de establecer la reserva o el secreto como regla por encima de revisar con cuidado las reglas de competencia sobre la publicidad de las actuaciones. En parte se debe a la misma concepción de razón de Estado que predomina el discurso de la

---

informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección…

defensa y la seguridad. Al respecto, José Guevara plantea que la razón de Estado también se aplica dentro del Estado de derecho, lo cual posibilita extralimitarse en sus actuaciones mediante el secreto como instrumento para perseguir sus fines de seguridad y defensa (2004, pág. 168).

Bajo esta construcción teórica, la reserva de defensa y seguridad nacional se fundamenta en ser un bien constitucional valioso, que supone la preservación de los intereses soberanos del Estado-nación. En este panorama, esta reserva está vinculada con una función primordial y tradicional del Estado, como es la defensa y seguridad. Así pues, todo Estado, independiente si es democrático o autocrático tendrá dentro de sus funciones primordiales la defensa y la seguridad.

Al respecto, Tulio Elí Chinchilla expresa que como rasgo definitorio de su poder soberano y como axioma indiscutible, el Estado contiene el poder legítimo de la fuerza en un territorio y comunidad determinada (2020, pág. 96). Es decir, esta función estatal no está sujeta a debate, por considerarse algo esencial para la existencia del Estado y para la conservación de su soberanía. A partir de esta orientación, Chinchilla expresa:

> Desde un plano conceptual y axiológico, el Estado debe en principio, privar a los individuos y grupos de los recursos materiales y técnicos de constricción física. Este "desarme" está sustentado en la paz como supremo valor y en el principio constitucional del orden público (seguridad pública): funciona como antídoto contra brotes rebeldes (alzamientos armados) y como garantía de convivencia cotidiana no violenta (tranquilidad pública)
> […]
> ¿Tiene fundamento constitucional dicho monopolio estatal de la coerción física? ¿Cuál es su riguroso alcance? Cabe afirmar que, antes que un principio constitucional, este postulado contiene un elemento *sine qua non* de existencia y eficacia del Estado para el logro de su cometido esencial y mínimo: garantizar un orden de convivencia pacífica. Sin él tampoco sería posible pensar en el respeto de derechos fundamentales, el imperio de la ley y la democracia (2020, pág. 98).

Si bien esta función de defensa y seguridad nacional no está consagrada explícitamente según Chinchilla en la mayoría de las constituciones, se supone que el monopolio de la fuerza es efectivo y necesario en una determinada comunidad nacional. A modo de ejemplo, en la Constitución Política de Colombia en su artículo 2° establece, entre otras cosas: «Son fines esenciales del Estado: […] defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En esta disposición se establece la defensa y seguridad como función esencial para la convivencia y la justicia dentro de la nación».

Sin embargo, estas funciones esenciales dentro de los Estados, como el colombiano, se redimensionan, debido a los cambios que genera la globalización. Al respecto, si bien los Estados posmodernos no renuncian a sus funciones tradicionales, como el de seguridad, le

corresponde ejercerlas en un vínculo constante con otros actores externos o internos. Bajo esta lógica, categorías conceptuales, como el mantenimiento del orden implica una problemática más amplia que la seguridad, puesto que se funda sobre la protección de los individuos contra los riesgos a los que se encuentran expuestos (Chevallier, 2015, pág. 97). En torno a esta concepción, Chevallier plantea dos problemas a la función de seguridad:

i) La seguridad implica una *concepción extensiva* del mantenimiento del orden público, que se manifiesta en nuevas amenazas; en primer lugar, la amenaza terrorista, la cual ocasionó nuevas legislaciones que limitan y restringen las libertades públicas, en el nombre de la defensa y seguridad nacional. En segundo lugar, la amenaza de las nuevas formas de delincuencia, que se representan en problemas migratorios, tecnologías, terrorismo, delincuencia financiera, entre otros, lo cual ha dado como resultado que los temas de seguridad se conviertan en una de las prioridades de la agenda política de los gobernantes de turno. En tercer lugar, la amenaza del debilitamiento de las instituciones, como el desmembramiento del Estado, que ocasiona la existencia de agencias o organizaciones de seguridad paralelas a las instituciones públicas, constituyéndose en un mercado creciente que busca garantizar la protección de las personas (Chevallier, 2015, págs. 97-101).

Este último componente de la problemática de la seguridad se convierte en un tema bastante complejo por sus diversas aristas, puesto que la función de la seguridad pública se constituye en mi criterio en un tema que es mucho más amplio que lo estatal, al existir una creciente participación de los actores privados en la construcción de esta actividad. Este fenómeno de reconceptualización de la función de seguridad se debe a la incapacidad del Estado de proteger a las personas de peligros y riesgos, por lo que se crean organismos de protección ciudadana, que pueden ser legales o ilegales, conforme a las reglas del orden jurídico.

Se deriva que la función de defensa y seguridad no es inherente en este momento al Estado, a pesar que sea esencial para su legitimidad. En esta línea, Fabián Marín Cortés expresa que lo público no es sinónimo de estatal, por el contrario, sería un error asemejar lo público con el Estado, por lo que puede plantearse que lo privado puede significar lo estatal (2008, pág. 193). De este modo, esta serie de hechos que afectan al Estado o implica un nuevo objeto que estudiar para la ciencia política, la filosofía política y el derecho público, se denomina como la *Administración alterna o paralela de lo público* (Marín Cortés, 2008, pág. 194). Sin embargo, esta privatización de lo público es problemática, pues estas mismas funciones sin un control adecuado posibilitan el surgimiento de instituciones para-estatales que atienden a intereses particulares del Estado, sin un control previo y posterior.

ii) Las exigencias del mantenimiento del orden que se extienden a la protección contra los riesgos de toda naturaleza, lo cual no significa que sea similar al mantenimiento del orden público. Este aspecto se manifiesta en dos cosas: en primer lugar, la existencia de riesgos relacionados con las ciencias y las técnicas, que provocan o se suman a las catástrofes naturales, contaminaciones, riesgos nucleares, crisis financieras, entre otros. En segundo

lugar, la adopción de nuevas medidas que no tienen el carácter de reparadoras, sino de preventivas, por lo que el Estado actúa en el marco del principio de cautela o de prevención (Chevallier, 2015, págs. 102-103).

Estos nuevos contextos que enfrenta el Estado en el marco de su función de seguridad son importantes porque permiten comprender que no se limita al cuidado y protección de la honra y bienes de las personas, sino que tiene una perspectiva más amplia. A pesar que estas justificaciones desde el contexto de las sociedades son válidas, no todo es tan simple, pues toda función del Estado debe estar sujeto a un juicio estricto de sus actuaciones en el marco de competencia restrictivas. De tal manera, no solo es importante revisar la concepción sobre la función de defensa y seguridad nacional y relación con la reserva de información, sino hacer un juicio a estas sobre las facultades, prohibiciones y mandatos establecidos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, es necesario analizar el vínculo permanente en la producción de la información y la forma cómo se desarrolla las actividades de defensa y seguridad nacional con sus respectivas limitaciones.

De la forma y finalidad con que el Estado actué en esta función esencial se entiende las reglas para el acceso o restricción a esta información. Si se atiende a intereses generales que corresponden a la defensa de los derechos de los individuos y de la sociedad, se está ante unas instituciones que con controles jurídicos y políticos no obtendrán de forma ilícita la información de sus ciudadanos. Lo que prima es el uso del derecho como forma de contención a las actuaciones de los poderes públicos.

Por el contrario, si se basa en la defensa de intereses particulares justificados en el poder nacional o el interés soberano de la nación, podría estarse ante instituciones que no solo desbordan su competencia, sino que afectan las libertades, la participación ciudadana y el pluralismo político. En otras palabras, de la manera cómo actúan los órganos de defensa y seguridad del Estado en un sistema de competencias restrictivas se preserva o afecta la democracia, entendida como un espacio de libertades.

5. La reserva de información de defensa y seguridad nacional y su relación con el secreto de Estado: el péndulo entre el derecho y el imperio de la política

Como se expresó en los anteriores acápites, el secreto es una manifestación por esencia del poder, y por tanto, es una institución política que se constituye en un medio para la consecución de fines de los gobiernos. Por otro lado, la reserva de información pública es una institución jurídica, que contiene las restricciones a la información pública en una sociedad democrática, basada en intereses públicos y en derechos de los ciudadanos. No obstante, ambas instituciones –reserva de información y secreto– son dos caras de la misma moneda que son instrumento para la consecución de fines, aunque ambas sean idénticas, y lo único que cambie es su perspectiva desde la política o el derecho. Ante este panorama, es inevitable relacionar el derecho y la política, en la que autores como Bobbio expresan:

> […] el problema de la relación entre política y derecho es un asunto muy complejo de interdependencia recíproca. Cuando por derecho se entiende el conjunto de las normas, u orden normativo, en el que se desenvuelve la vida de un grupo organizado, la política tiene que ver con el derecho desde dos puntos de vista: en cuanto la acción política se lleva a efecto a través del derecho, y en cuanto el derecho delimita y disciplina la acción política (2009, págs. 253-254)

Se encuentran así dos dimensiones: en primer lugar, la *política* está relacionada con el *poder*, el cual se encarga de crear las normas jurídicas para su ejercicio y control; en segundo lugar, el derecho establece las reglas para que las actuaciones de las diferentes instituciones -*Administración, Jurisdicción y Legislador*- estén amparadas y justificadas en disposiciones normativas que establecen autorizaciones, mandatos, permisiones y prohibiciones. Este juego del péndulo de dos conceptos –derecho y política– implica que haya una interrelación constante. Al respecto, Mario Montoya Brand expresa que para Bobbio el poder es el principal elemento en común entre el derecho y la política (2005, pág. 98). En efecto, el poder es el sustrato último de la política, donde el derecho cumple la función de establecer las reglas acerca de la fuerza (Montoya Brand M. A., 2005, pág. 98).

En este relación de categorías, la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional es *una manifestación* del secreto político y su necesidad de preservar el Estado, pero revisada desde el principio de publicidad es la configuración creciente de reglas jurídicas para su regulación. Para entender esta relación constante entre derecho y política, y por tanto, del secreto y la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional, se reflexiona sobre las principales actuaciones políticas de los sistemas constitucionales de algunos Estados en la restricción y obtención de la información.

a) *Estados Unidos y la preservación del secreto como expresión del imperio*. En un estudio y análisis del Sistema Constitucional Norteamericano, Miguel Revenga Sánchez expresa que el concepto de seguridad nacional fundamentó las bases legales del secreto y estimuló prácticas que cuestionaron las reglas constitucionales. En esa orientación, la seguridad nacional y las actividades del secreto se concibieron en la Segunda Guerra Mundial como resultado de las experiencias del nuevo orden internacional (1995, pág. 11). Así pues, este discurso quedó en poder del presidente de Estados Unidos, implicando una militarización de la vida política y una limitación de la libertad de expresión, justificada en los objetivos nacionales (Revenga Sánchez, 1995, pág. 12). Para entender esta concepción, Revenga Sánchez expresa:

> El diseño institucional experimentó un cambio de contenido. Las cautelas de los *Founders* a la hora de dividir el poder entre las tres. ramas del gobierno dieron paso a una «presidencia imperial» que reclamó para sí toda la legitimidad plebiscitaria procedente de su forma de elección. El Congreso hizo abandono de sus funciones constitucionales y el Tribunal Supremo se manifestó deferente con el nuevo estado de cosas utilizando la doctrina de la «cuestión política» para sustraer a su control extensos ámbitos de decisión (1995, pág. 12)

La seguridad nacional en la tradición jurídica norteamericana es una manifestación del poder político en su máxima expresión, en especial, del presidente de los Estados Unidos. No obstante, esta discrecionalidad para clasificar la información en desmedro de la libertad de expresión y de acceso a la información pública no ha sido constante y estática, pues ha fluctuado de los hechos propios de la actualidad política norteamericana. Al respecto, Revenga Sánchez expone que las consecuencias de la guerra de Vietnam implicaron una limitación a las corrientes del secreto, y en esta línea, la presión de la opinión pública configuró comisiones de investigación y el mecanismo del *impeachment* y así mismo, el Tribunal Supremo revalúo el significado del imperio de la ley frente al poder creciente del presidente (1995, pág. 12). Posteriormente, se fortaleció de nuevo el secreto justificado en la defensa de los intereses norteamericanos ocasionado por la invasión de la antigua Unión Soviética a Afganistán, la crisis de los rehenes en Irán, la Guerra del Golfo, entre otros eventos (1995, pág. 12).

En este contexto de la historia constitucional norteamericana, el secreto no es un tema superado, sino que puede considerarse en un péndulo que está vinculado al control del derecho y la acción política. Este dinamismo de la restricción al secreto implica un conflicto entre los diferentes poderes públicos, ya sea para restringir o ampliar el acceso a la información pública desde una interpretación constitucional. Al respecto, una interpretación de la Constitución convalidó el secreto y la opacidad en la información que contiene el presidente, por lo que ocasionó un conflicto entre los poderes, afirmando Revenga Sánchez:

> Los conflictos del secreto quedaron así inmediatamente planteados como conflictos interpoderes, es decir, como un enfrentamiento. entre las prerrogativas del Congreso para obtener del presidente puntual información y la apelación por parte de éste a una especie de «naturaleza de las cosas» para legitimar la reserva, principalmente en dos grandes ámbitos de la acción de gobierno, la política exterior y el uso de la fuerza (Revenga Sánchez, 1995, pág. 37)

Es inevitable plantear que se está ante una lucha constante contra la opacidad del poder, que depende de cada evento de la historia. A modo de ejemplo, situaciones como el Watergate, Pentágono Papers, Wikileaks, la Guerra en Irak, entre otros, son una expresión de lo que puede presentarse en el secreto político. No se está ante un escenario sencillo para la transparencia en los Estados Unidos, pues parece inevitable que en su finalidad de controlar espacios internacionales y defender sus intereses estratégicos actúen bajo fundamentos del secreto como instrumento por esencia del poder.

b) *La discusión de la política antiterrorista en España. Una reflexión de la connivencia entre el poder invisible y el poder invisible del anti-Estado.* Una de las críticas con respecto al secreto es la connivencia entre el poder invisible del Estado y el poder visible

anti-Estado (Bobbio, 2016, págs. 31-32). Es decir, la cercanía entre los servicios de secretos de seguridad y grupos que están al margen de la Ley para la consecución de fines políticos.

A partir de esta problemática, se encuentra dentro del sistema constitucional español el caso de los Grupos Antiterrorista de Liberación –GAL– en contra de la organización criminal vasco Euskadi Ta Askatasuna –ETA–, durante el Gobierno socialista de Felipe González, que se constituyó después de la victoria del PSOE en las elecciones del 28 de octubre de 1982. En especial, debe revisarse la probable implicación del gobierno del PSOE en las acciones violentas de los GAL.

Los GAL son un efecto de la mayoría conseguida por el PSOE en las elecciones de 1982, en las que justificaron represión estatal contra el terrorismo de ETA. En este sentido, uno de los objetivos de estas organizaciones consistía en desestabilizar a ETA, difundir el miedo en la organización y de aquellos que en la sociedad vasca ayudaban, aceptaban o toleraban a ETA y así obligar a la organización a negociar. Bajo esa lógica, en una entrevista, durante la campaña para las elecciones generales de octubre de 1982, González expresó que para luchar eficazmente contra ETA era necesario utilizar los mismos mecanismos, es decir, mediante un terrorismo de Estado. En esa complicidad del Estado con los GAL, se fortaleció el secreto en el periodo de Felipe González. Al respecto, Tardivo y Díaz señalan:

> Efectivamente, cuando empezaron a aparecer las primeras noticias relativas a la participación de miembros del Gobierno y de los aparatos estatales en las operaciones contraterroristas de los GAL, González oficialmente defenderá a Amedo y a los otros miembros acusados de estar implicados. En realidad, según el mismo Amedo Fouce (2006: 236), Felipe González quería que tanto él como Michel Domínguez acabaran en la cárcel. González defiende el secretismo y el silencio informativo como armas para luchar de forma más eficaz contra el terrorismo (2020, pág. 128)

Aunque no se reconoce de forma explícita la cercanía entre los GAL y el Estado, se evidencia una permisión sobre actuaciones justificadas por estos grupos en esa lucha contra el terrorismo. Sin embargo, esta cercanía podría plantear la tesis que el secreto y la invisibilidad justificadas como mecanismos para defender la democracia, también pueden configurarse en un instrumento de complicidad con órganos paralelos al Estado, que atentan contra los mismos principios y derechos que cimientan las instituciones públicas.

c) *Colombia. Las chuzadas del DAS como expresión del interés del gobierno para deslegitimar la oposición.* Parece que todo Estado no está exento del oscurantismo de las actuaciones de varias de sus órganos de seguridad en defensa de la democracia y de sus instituciones. Este es el caso del sistema constitucional colombiano, que con sus particularidades también ha usado el poder del Estado no para fines altruistas de defensa de la democracia, sino para actos inconstitucionales: perseguir la oposición.

Este es el caso de las chuzadas del extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, la cual podría decirse que era del presidente de la República y tenía la función

constitucional de recopilar la información relacionada con la seguridad interior y exterior del Estado y la integridad del régimen constitucional. Sin embargo, en febrero de 2009 fue descubierta ejecutando una operación ilegal de espionaje ordenada por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) en contra de magistrados de las altas cortes, periodistas, políticos de la oposición y defensores de derechos humanos (Revista Semana, 2009). Estas interceptaciones no se realizaron bajo la aprobación de un juez, lo que demuestra una especie del Watergate estadounidense en Colombia.

Posteriormente, se comprobó por parte de la justicia que se emprendió actividades criminales contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de desprestigiarlos, debido a que desarrollaban la investigación de la parapolítica procesos por los vínculos de los políticos con las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC– (Revista Semana, 2009). En tal contexto, el sistema constitucional colombiano se deslegitimó, al pretenderse bajo justificaciones de razón de Estado desprestigiar las instituciones que no tenía influencia el poder ejecutivo. En este evento, el poder de los organismos de defensa y seguridad del Estado en el sistema constitucional colombiano se constituyeron en un instrumento para vigilar la oposición política.

De estos tres sistemas constitucionales que se tomaron como ejemplo, se infiere que el secreto puede usarse para múltiples propósitos: en primer lugar, fortalecer y controlar por parte de los Estados los espacios internacionales en razón a intereses estratégicos; en segundo lugar, posibilitar la relación entre los servicios de secretos de seguridad y organizaciones que están al margen de la Ley para la consecución de fines políticos comunes; en tercer lugar, usar el poder del Estado no para fines constitucionales de defensa de la democracia, sino para objetivos particulares de perseguir la oposición. Estas tres formas de cómo el secreto actúa no son las únicas, pues son simples manifestaciones del uso de los *arcana imperii* en Estados de derecho que se consideran democráticos. En este tipo de actuaciones, la distinción entre democracia y autocracia se esfuma, porque las actividades del poder ejecutivo no se fundan en ocasiones en competencias atribuidas por la ley, sino en un derecho intrínseco del Estado como supraindividuo.

En suma, no es apresurado reflexionar y plantear que bajo el discurso de la defensa y seguridad nacional acompañado del secreto de Estado se fortalece el poder ejecutivo, y como correlativo la limitación a las libertades individuales. Bajo esta categoría de defensa y seguridad que tiene un alto contenido político se opaca o se esconde la información pública, pero a la vez se legitima las actuaciones de los órganos de vigilancia y seguridad del Estado fundamentados en la retórica de la salvaguarda y cuidado de la democracia y de los intereses nacionales.

CAPÍTULO II

JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICA A LA RESERVA DE INFORMACIÓN DE DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL EN PROYECCIÓN DEL INTERES NACIONAL: ¡MANTENER LA DEMOCRACIA MAESTRO!

SUMARIO. Anotaciones previas 1. La democracia en Estado de sitio: el contexto de la crisis y la excepcionalidad en Colombia y su influencia en el fortalecimiento de la defensa y seguridad nacional. 2. Contexto y antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sobre el límite y las actuaciones de las fuerzas armadas en Colombia: ¿la continuidad del pasado? 3. El transito del concepto de defensa y seguridad nacional en la construcción de una política en un entorno de opacidad del poder. 4. La revisión del concepto de defensa y seguridad nacional en los estudios de las fuerzas armadas en Colombia: entre el interés nacional y la necesidad de fortalecer la democracia

Anotaciones previas

El derecho y la política es una relación necesaria para comprender las instituciones y la forma cómo actúa las autoridades de un Estado como se expuso en el anterior capítulo. Bajo esta tesis, Carlos Santiago Nino expone que esta relación entre estos dos conceptos para un observador parece obvia, pues se entiende que el derecho varia conforme a las relaciones del poder político que se constituyen en una sociedad (1994, pág. 11). En torno a este planteamiento, es evidente que el poder político influye en la forma cómo se entienden e interpretan determinadas instituciones o funciones dentro de un Estado de derecho.

En esa revisión de las funciones o actividades elementales de un Estado se halla la de proteger el territorio y la nación, que implican la consagración de instituciones y herramientas que se encargan de administrar el ejercicio de la fuerza, justificado en la *defensa y seguridad nacional*. Esta categoría conceptual puede concebirse no solo como función primordial del Estado, sino como una actividad política, que se vincula con el poder. Al respecto, se señala: «[…] la actividad concerniente a la seguridad y a la defensa se enmarca como un ejercicio de poder que redunda en el beneficio de la nación y que precisa que se generen leyes, políticas, planes y estrategias que permitan crear esquemas de alerta frente a amenazas y riesgos, al tiempo que permitan fortalecer los dispositivos del Estado al respecto» (Cancelado Franco & T.C. Galvis Reyes, 2021, pág. 75).

No obstante, bajo el estandarte institucional de la defensa y seguridad nacional pueden limitarse las libertades civiles, legitimado en la prevalencia y salvaguarda de la

democracia. En efecto, las normas jurídicas desde un punto de vista institucional son la mejor herramienta para presumir la legalidad de las actuaciones de las fuerzas castrenses, pero no significa que sean las más adecuadas y proporcionales a las problemáticas de las sociedades. En tal sentido, debe revisarse desde un enfoque metodológico basado en las competencias si es necesario una mayor sujeción a la Fuerza Pública, con el fin de evitar un acrecentamiento del secreto de Estado que se manifiesta en la reserva de información.

Alexander Hamilton en una reflexión sobre la forma cómo debe entenderse la Constitución norteamericana, expresa: «La continua amenaza de peligro obliga al gobierno a estar siempre preparado a repelerlo; sus ejercicios deben ser los suficientemente numerosos para la defensa instantánea. La necesidad continua de sus servicios aumenta la importancia del soldado y rebaja proporcionalmente la condición del ciudadano. El estado militar se encumbra sobre el civil» (1943, pág. 30). Así mismo, en otro apartado expresa: «[…] el pueblo llegará a considerar a los soldados no sólo como sus protectores sino también como superiores. De ahí a aceptarlos como amos, sólo hay un paso […]» (Hamilton, Madison, & Jay, 1943, pág. 30).

Esta reflexión de Hamilton en el Federalista implica revisar el límite de actuación del poder político de la fuerza pública justificado en el peligro y la crisis, la cual se constituye en la herramienta perfecta para acrecentar las potestades de las instituciones que ejercen la función de la defensa y seguridad nacional en detrimento de las libertades civiles. A partir de esta idea, este capítulo se centra en analizar los orígenes y rol de la defensa y seguridad nacional en las actuaciones del Estado colombiano que se justifican en el interés nacional, un concepto que puede implicar sin un análisis estricto y detallado una legitimación al orden y la seguridad por encima de la libertad y la paz.

Sin embargo, este concepto de interés nacional no es aislado, sino que debe revisarse con categorías conceptuales como la *crisis* y la *emergencia*, pues su relación es lo que permite entender la legitimación de la violencia organizada del entramado institucional por encima de las libertades civiles. Por tanto, este capítulo hace una crítica a estos fenómenos, desde una metodología que consiste en comprender el contexto que rodea los intereses nacionales que le brindan sustento al concepto defensa y seguridad, para así dimensionar la forma cómo se construye la reserva de información y los instrumentos que defienden los secretos de Estado, expresados en los *arcana imperii*. En el desarrollo de este contexto, se sostiene que el secreto de Estado se constituye en un medio por esencia para que el discurso castrense de defensa se siga sosteniendo hasta nuestros días.

De este modo, el presente capítulo desarrolla 4 temas: i) la democracia en Estado de sitio, que se revisa desde el contexto de la excepcionalidad en Colombia y su influencia en el fortalecimiento del discurso de la defensa y seguridad nacional; ii) contexto y discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sobre el límite y las actuaciones de las fuerzas armadas en Colombia como pérdida de una oportunidad de cambio; iii) una revisión de la política de defensa y seguridad nacional como expresión de la búsqueda orden y el

mantenimiento de un *statu quo*, en desmedro de las libertades; y iv) por último, la revisión del concepto de defensa y seguridad nacional en los estudios de las fuerzas armadas en Colombia: entre el interés nacional y la necesidad de fortalecer la democracia.

1. La democracia en Estado de sitio: el contexto de la crisis y la excepcionalidad en Colombia y su influencia en el fortalecimiento de la defensa y seguridad nacional

La categoría de crisis se constituye en la mejor herramienta metodológica para entender las emergencias políticas económicas y sociales que se presentan en el país. Al respecto, la crisis puede definirse como un momento de ruptura, cuyas consecuencias pueden transformar el sistema (Pérez Toro, Vanegas Yepes, & Álvarez Martínez, 1997, pág. 21). En esta definición de este concepto y teniendo en cuenta el contexto colombiano. se expresa: «En términos de nuestro sistema político, resulta evidente que las crisis tienen su punto de partida en un sistema de equilibrio estable y el de llegada –o un resultado de retorno- en un equilibrio como el inicial. Es decir, se verifica una dinámica contrapuesta a la que consulta un equilibrio inestable, con resultado de un nuevo tipo de equilibrio» (Pérez Toro, Vanegas Yepes, & Álvarez Martínez, 1997, pág. 21).

Este planteamiento se justifica en un bipartidismo y una elite económica inexpugnables, siendo sobrevivientes de alteraciones, que constatan la inmodificabilidad del escenario político en Colombia (Pérez Toro, Vanegas Yepes, & Álvarez Martínez, 1997, pág. 21). La categoría conceptual de crisis es el componente para entender cómo se justifica la emergencia en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución 1991, que se fundamenta en la conservación de un poder que bajo la excepcionalidad atiende a la existencia de ciertas reglas para la defensa del orden en desmedro de las libertades.

En este contexto, el poder de la fuerza pública tiene una relevancia especial, pues la lucha contra la crisis es el mejor mecanismo para garantizar y sostener el poder, y por tanto, la necesidad de su opacidad para una mayor libertad de sus actuaciones. Bajo este panorama, la historia republicana antes de la instauración de la Constitución de Colombia de 1991 no se establecieron dictaduras militares, salvo la de Rojas Pinilla, pero la fuerza pública ha tenido un protagonismo en el poder político, justificado en la crisis y emergencia establecida mediante los Estados de excepción. Lo paradójico es que no se constituyeron políticas de Estado con respecto a la defensa y seguridad nacional. Al respecto, Francisco Leal manifiesta que previa a la Constitución de 1991 no se consolidaron políticas militares dentro del Estado, sino que el único eje articulador fue la excepcionalidad constitucional del Estado de sitio (2006, pág. 69). En tal sentido, era costumbre que el poder ejecutivo ejerciera funciones legislativas, excusándose en la cruda violencia bipartidista o conflictos con guerrillas que afrontaba el país, fortaleciendo así el poder castrense.

La participación de la fuerza pública se priorizó mediante el uso desorbitado de los estados de excepción por parte del poder ejecutivo, en un claro desequilibrio de las ramas del

poder público (García Villegas & Uprimny Yepes, 2006, pág. 539). La instauración de estados de excepción se constituyó en una regla, que se convirtió posteriormente en una expresión de la violación de los derechos humanos, justificada en la salvaguarda de la democracia, que podría expresarse en la frase célebre de Plazas Vega cuando se retoma del Palacio de Justicia por parte del Ejército Nacional: «Mantener la democracia maestro». Bajo esta consigna, puede plantearse la tesis que, sin políticas de defensa y seguridad nacional elaboradas desde el poder legislativo, la fuerza pública ha tenido autonomía para mantener el orden público.

En este entorno convulsionado de la política colombiana, Mauricio García Villegas plantea dos épocas: como primer momento, que data entre 1956 a 1886 denominada «De la crisis hegemónica a la militarización del Estado» (1956-1986), que expone que el Frente Nacional eliminó la violencia política frente a tres aspectos: i) la ausencia de competencia de partidos políticos, lo cual constituyó estructuras clientelares; ii) el tratamiento militar a los reductos campesinos que condujeron a la conformación de guerrillas; y iii) el uso permanente del estado de excepción como medio para fortalecer la fuerza pública (García Villegas, 2000, pág. 13).

Este último aspecto es *sub generis* en Colombia, pues mientras en otros países latinoamericanos el control de la eliminación de la protesta social se logró por medio de la implantación de regímenes militares, en nuestro país la represión se hizo por medio de instituciones democráticas, atenuadas por un estado de excepción constante y la predominancia de la «razón de Estado», esto es, de la justificación de los intereses nacionales del Estado (García Villegas, 2000, pág. 17). En estos eventos, la incertidumbre legal de la excepción y la prioridad de los asuntos criminales sobre los políticos y sociales, posibilitó un desbalance en beneficio de las políticas de orden público. La flexibilidad de los controles democráticos, en especial, del judicial, como remedio para evitar la caída en el régimen militar, degradó la democracia e desincentivó la movilización social por las vías institucionales. En otros países del continente, en cambio, la diferencia entre régimen militar y democracia permitió prácticas emancipadoras vinculadas a la participación política de la ciudadanía (García Villegas, 2000, pág. 17).

En este contexto, la expedición de decretos en el marco de los estados de excepción fortalecieron la defensa y seguridad nacional. Así pues, el primer decreto que se instauró en el período al Frente Nacional, con respecto a la Defensa y Seguridad Nacional fue el 256 de 1960, «Por el cual se reorganiza el Consejo Superior de Defensa Nacional». Dicho Decreto fue en el Gobierno de Alberto Lleras, quien defendió la política de la subordinación militar al Gobierno Civil, que se evidenció en apoyar los escasos planes y normas expuestas por los generales o los que se tramitaron desde el Ministerio de Guerra (Leal Buitrago, 2006, pág. 62).

Posteriormente, se formuló el Plan Lazo, que se constituyó en una estrategia militar para pacificar el país en el conflicto bipartidista. Al respecto, Francisco Leal expresa que si

bien este plan nació de la influencia de las doctrinas estadounidenses derivada de la Guerra Fría, no corresponde en estricto sentido a la sigla Laso –Latin American Security Operation– (2006, pág. 63). Este plan se caracterizó por ser una construcción que nació de la independencia de las instituciones militares para establecer sus estrategias, que consistió en integrar la acción militar dentro de la sociedad, cuya finalidad era erradicar el comunismo mediante tácticas de contrainsurgencia (Leal Buitrago, 2006, pág. 63). Bajo este plan, se presentó cambios en la ideología castrense, por lo que Leal expresa:

> En el plano ideológico, dio paso al anticomunismo como directriz para la identificación de un nuevo "enemigo", categoría central de las misiones militares. Las publicaciones militares introdujeron conceptos novedosos, como el de seguridad interna, complementario al de seguridad nacional. En la Escuela Superior de Guerra comenzó el estudio de los problemas de la segunda posguerra, sobre la base de dos bloques antagónicos. Además, el estudio de la insurgencia de Argelia dio paso a consideraciones sobre la guerra de guerrillas, que supuso la recuperación en la enseñanza de una de las formas más antiguas de combate. Pero lo más importante fue la fusión de la teoría y la práctica a partir de 1964, mediante operaciones contra las llamadas repúblicas independientes, baluartes de las autodefensas campesinas de orientación comunista.

En tal sentido, como muestra de este contexto de excepcionalidad y del fortalecimiento del Plan Lazo, se instauró en el Gobierno de Guillermo León Valencia (1962-1966) el Decreto Ley 3398 de 1965, «Por el cual se organiza la defensa nacional». En esta línea, disponía en el artículo 1° lo siguiente: «Defensa nacional es la organización y previsión del empleo de todos los habitantes y recursos del país, desde tiempo de paz, para garantizar la independencia nacional y la estabilidad de las instituciones». Dicha Ley configuró reglas institucionales a la concepción de defensa nacional construida desde el Plan Lazo. Así pues, este Decreto Ley estableció entre otras cosas, que los colombianos están obligados a participar en la defensa nacional –artículo 3°–, y por tanto, las personas naturales y jurídicas del país están en el deber de cooperar en la defensa y sus actividades están sujetas a esta –artículo 4°–. En este cuerpo normativo como manifestación de la opacidad del poder de la fuerza pública también estableció que las personas naturales y jurídicas de derecho público o de derecho privado tienen el deber de proporcionar al Consejo Superior de la Defensa Nacional las informaciones que les fueren solicitadas, las cuales tendrán el carácter de documentación clasificada y solo podrán usarse para los fines de este Decreto –artículo 35–.

En el marco de la información que se recopila de las actividades de defensa y seguridad nacional, en especial del Plan Lazo, se profirió posteriormente el Decreto 2782 de 1965, «Por el cual se subroga el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares», aprobado y adoptado por el Decreto número 2175 de 1951, que prescribió en el artículo 33, literal e) que el personal de las Fuerzas Militares estaba obligado: «[...] e) A observar absoluta reserva en todos los asuntos relacionados con el servicio. La discreción

obliga a todos los militares, e incurre en falta quien propala, fundada o infundadamente, especies sobre proyectos reales o imaginarios del Gobierno y de las entidades superiores». Así mismo, en el artículo 34 que regula los actos prohibidos del militar, prescribió entre otras cosas, en el literal f): «[…] f) Suministrar a cualquier medio de difusión o a particulares, informaciones sobre las Fuerzas Militares, o hacer publicaciones de tal naturaleza sin previa autorización del Comando General de las Fuerzas Militares».

Este pensamiento contrainsurgente y nacionalista de las fuerzas militares y de falta de transparencia se manifestó también en el Gobierno de Misael Pastrana Borrero (1974-1978), mediante el Decreto 1573 de 1974, «Por el cual se establecen los documentos inherentes a la planeación de la Seguridad Nacional», el cual fue en uso de las facultades legales que le confirió el artículo 10 del Decreto 3398 de 1965. En este cuerpo normativo se establecía en el artículo 1 como documentos primarios los elaborados por el Consejo Superior de la Defensa Nacional y sus órganos asesores en desarrollo y seguridad incluyendo los directivos de los diferentes frentes del poder. Estos documentos requerían la aprobación del presidente de la república y son: i) fines del Estado y objetivos nacionales, los cuales eran adquiridos de la constitución nacional del programa de gobierno, en el que se interpretaba los intereses y aspiraciones del Estado colombiano en beneficio de su pueblo; y ii) la apreciación político-estrategia nacional, que se constituía en un estudio comparativo y evaluativo del potencial nacional, conforme a los objetivos nacionales propios.

Por otro lado, el artículo 2° disponía que la elaboración de los documentos secundarios era responsabilidad de todos los organismos integrantes de cada uno de los frentes del poder y su integración de los siguientes ministros: i) frente interno: ministro de gobierno: ii) frente externo: ministro de relaciones exteriores; iii) frente económico: ministro de hacienda y crédito público; iv) frente militar: ministro de defensa nacional; y v) frente técnico-científico: ministro de educación nacional. A partir de la construcción de estos documentos, el artículo 3° disponía con el objeto de unificar los métodos y procedimientos para la elaboración de los documentos primarios y secundarios, el consejo superior de la defensa nacional, debía difundir las guías correspondientes, cuando era necesario.

Las normas previamente citadas son una expresión de la opacidad del poder, en especial, de lo que se refiere a la Fuerza Pública. Este tipo de situaciones terminó de consolidar desde un blindaje jurídico la doctrina de seguridad nacional implementada y promocionada por los Estados Unidos mediante el Plan Lazo. De esta manera, se justificó un combate directo hacía las guerrillas para erradicar el comunismo, por lo que se diseñaron directrices que enfatizaban en el carácter psicológico de la guerra irregular como la principal herramienta contra la insurgencia (Leal Buitrago, 2006, pág. 64).

No obstante, lo que terminó de configurar este sistema normativo en razón de la defensa y seguridad nacional, fue el Decreto 1923 de 1978, «Por el cual se dictan normas para la protección de la vida, honra y bienes de las personas y se garantiza la seguridad de los asociados». Esta norma fue denominada como el Estatuto de Seguridad, la cual se

caracterizaba por una autonomía de los militares en la administración del orden público. Al respecto, Francisco Leal Buitrago cita una entrevista del General Valencia Tovar, en la que expresa: «[…] el Estatuto de Seguridad más que una estrategia, fue una política de seguridad, un mecanismo jurídico para tratar la subversión. A las fuerzas militares no se les aumentó su capacidad represiva, sino que reforzaron los instrumentos jurídicos» (2006, pág. 80)

En este panorama, se estableció un blindaje jurídico a la forma de actuar de la Fuerza Pública. En esta línea, se destaca el artículo 13 del Estatuto de Seguridad sobre la censura a la información, que disponía: «Mientras subsista la perturbación del orden público no podrán transmitirse por las estaciones de radiodifusión y por los canales de televisión informaciones, declaraciones, comunicados o comentarios relativos al orden público, al cese de actividades o a paros o huelgas ilegales o noticias que inciten al delito o hagan su apología [...]». Si bien no establecía una reserva de información en estricto sentido, si limitaba la libertad de expresión de los ciudadanos, pues no podían hacer actuaciones públicas, justificados en el discurso de la defensa y seguridad nacional. Así pues, la razón de Estado y la defensa de intereses nacionales predominaron sobre la necesidad de que las actuaciones institucionales sean públicas. Es decir, el interés del Estado se configuró en un sistema institucional que le permitió tener la discrecionalidad para tomar las decisiones que consideraban esenciales.

Posteriormente, en un faro de esperanza se expidió una norma que no fue un producto de excepción, sino de una labor del poder legislativo, como fue la Ley 57 de 1985, «Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales». En dicha Ley se establecía que la Nación, los Departamentos y Municipios debían incluir en sus respectivos diarios, gacetas o boletines los actos gubernamentales y administrativos que la opinión debía conocer para informarse de los asuntos públicos. En esta dirección, prescribió en el artículo 12: «Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional».

Si bien este artículo era una conquista para la importancia de la publicidad de la información, considero que no estableció una competencia estricta y restrictiva a los organismos de defensa y seguridad. Por el contrario, dispuso que los documentos públicos tendrán el carácter reservado de acuerdo a la Constitución y a la Ley o no tengan relación con la defensa y seguridad nacional. Es decir, la simple invocación a esta materia implicaba su reserva, posibilitando un poder opaco en el marco de la doctrina castrense.

Se evidencia de las normas expuestas, que el régimen democrático se pervirtió tanto como la opción militar, por lo que las opciones ilegales –subversión y guerra sucia– adquirieron un espacio importante frente a la actividad política tradicional (García Villegas, 2000, pág. 18). De este modo, durante el período analizado la movilización política es controlada, atenuada y casi eliminada en Colombia, tal como sucedía en muchas otras partes del mundo. El hecho de que se haya logrado violentamente por mecanismos democráticos,

afectó la lucha democrática, aumentó la movilización política ilegal y permitió una situación institucional de vinculo permanente entre el régimen militar y constitucional, que se denomina por García Villegas como una democracia de baja intensidad (2000, pág. 18).

Por último, puede destacarse como el segundo y último periodo, denominado por Mauricio García Villegas «De la militarización del Estado a la guerra sucia», que se establece entre 1986 a 2000, la cual destaca tres características: i) el aumento incontenible de las ilegalidades; ii) el rol preponderante de las fuerzas armadas en la guerra; y iii) guerra sucia y fragmentación institucional (2000, págs. 18-20). De estas tres características, se resalta la segunda, en el sentido que la permanencia del estado de excepción en Colombia posibilitó a las fuerzas armadas ser un actor político en las decisiones estatales. Así, por ejemplo, la prolongación del estado de sitio en el tiempo ha incidido en la constitución de la dinámica gubernamental, por lo que las tareas sociales y políticas terminan subordinándose a las funciones policivas orientadas al restablecimiento del orden público. De esta manera, la visión militar -promovida muchas veces por los mismos civiles- resulta prevaleciendo sobre otras perspectivas de tipo social o político (García Villegas, 2000, pág. 21).

Esto explica que lo esencial de las decisiones jurídicas tomadas por los gobiernos de las tres últimas décadas se encuentre plasmado en la legislación de excepción. El caos normativo basado en la excepcionalidad y la crisis posibilitó la dispersión, constituyéndose en una fuente de discrecionalidad en la aplicación del derecho; y por tanto, en la opacidad del poder que se manifiesta entre otras cosas, en secretos de Estado y con ello en restricciones a la información. De este modo, la incorporación, mejor aún, la encarnación de lo militar en el seno del poder ejecutivo durante más de cuarenta años determinó un tipo de Estado militarizado desde adentro de su poder civil y politizado desde adentro de su poder militar. Se presenta un tipo *sui géneris* de Estado militar, cooptado por el poder civil, en donde cada estamento civil y militar, encuentra una distribución de funciones casi-autónomas.

Bajo la consigna de la defensa de la lucha contra la subversión y la salvaguarda de la democracia, el poder militar adquiere poderes que le permiten justificar prima facie tener una competencia amplia, que justifica la restricción a los derechos, pues lo más importante son los deberes de todas las personas en el mantenimiento del orden por encima de la paz. Este discurso del orden se interioriza dentro de la sociedad civil, que se manifiesta también en la construcción de las normas bajo el estado de excepción, las cuales fortalecen el discurso autoritario y un poco particular de la seguridad y la defensa nacional. Así pues, autores como Hernando Valencia Villa resaltan dentro del régimen constitucional colombiano el culto al orden, donde el derecho no es la paz, sino una guerra ritual que bloquea las vías democráticas, dando lugar a una sociedad violenta (2010, pág. 197).

Esta retórica de la defensa y seguridad nacional se sostiene dentro de nuestra cultura constitucional fortalecida por el papel protagónico de la fuerza pública en la sociedad civil, a pesar que no existen cuerpos normativos integrales y sistemáticos sobre la defensa y la seguridad. En esta línea, el próximo apartado analiza el contexto y antecedentes de la

Asamblea Nacional Constituyente sobre el límite y las actuaciones de las fuerzas armadas en la Constitución de 1991.

2. Contexto y antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sobre el límite y las actuaciones de las fuerzas armadas en Colombia: ¿la continuidad del pasado?

En la búsqueda de la paz con los grupos subversivos se buscó la consolidación de un pacto que permitiera la participación de todos los actores en la construcción de una nueva constitución. En este contexto, se resalta que posterior al período del gobierno de Virgilio Barco (1986-1990) se empezó a consolidar acuerdos de paz con las diferentes guerrillas, que se cristalizó en las negociaciones con el Ejército Popular de Liberación (EPL), Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el indígena Quintín Lame, sumado al acuerdo con el M-19 (Cabarcas Maciá, 2011, pág. 33)

En el marco de este ambiente político, se estableció de facto un plebiscito de opinión pública que dio lugar a la votación favorable de la séptima papeleta en los comicios de marzo de 1990. Esto se fortaleció con decisiones del ejecutivo y de la Corte Suprema de Justicia de su momento, abriendo camino para la construcción de una asamblea constituyente. Mientras los colombianos votaron para la convocatoria e integración del grupo de delegatarios que debían representar la voluntad popular, las fuerzas militares, con conocimiento del Presidente César Gaviria bombardeaba y atacaba el campamento central de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC– en Casa Verde (Cabarcas Maciá, 2011, pág. 34).

Posteriormente, el Ejército no guardó silencio, pues al día siguiente de la operación publicó un comunicado a la opinión pública, en el que relataba el éxito de la toma de Casa Verde, a la vez que en el comunicado se reivindicó el compromiso de los militares con la paz, pero justificado en el orden y la integridad territorial (Cabarcas Maciá, 2011, pág. 36). Entre el discurso del orden público de las fuerzas militares y las esperanzas se instaló la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, donde no se presentó una hegemonía bipartidista como en otros momentos de la historia constitucional, sino la confluencia de diversos movimientos políticos, que originaron la Constitución de 1991. Frente al resultado constituyente, Hernando Valencia Villa expresa:

> La Constitución del 91, por el contrario, es hija del multipartidismo momentáneo de la Asamblea y proviene de una reacción colectiva, casi anónima, conforme a un procedimiento inductivo en el cual resulta imposible reconocer una identidad ideológica o política. Si bien el proyecto de la administración Gaviria sirvió como punto de referencia y eje del debate, el articulado final surge de la combinación ecléctica de normas de la Constitución anterior y normas nuevas procedentes tanto de los proyectos presentados por casi todos los delegatarios como de ciertas constituciones extranjeras contemporáneas (2010, pág. 211)

En este multipartidismo se construyó el articulado, donde se establecieron las reglas sobre diferentes instituciones, tales como las competencias de las autoridades, derechos, garantías y deberes; la participación democrática, organización del Estado; rama legislativa; rama ejecutiva, rama judicial; organismos de control, entre otros. Se presentaron cambios en la forma cómo debe actuar el Estado social de derecho en la Constitución de 1991, es decir, en el papel activo que deben tener las instituciones en pro de los derechos, teniendo en cuenta sus competencias. Sin embargo, uno de los temas que no sufrieron grandes transformaciones son las reglas al funcionamiento de la Fuerza Pública contenidas en los artículos 216 al 223, sin dejar de lado el artículo 91 constitucional. Estos aspectos son centrales para entender el mismo concepto de defensa y seguridad nacional que se estableció implícitamente en la recién instaurada Constitución.

En principio, cuando se instauró la Asamblea Constituyente había una preocupación de los militares la que denominaron «subversión relacionada con el intelecto», en la que era posible el triunfo de ideas que consistían en la reducción al mínimo de la participación de los militares en las decisiones políticas; exclusión del Ministerio de Defensa; cambios en el Código Penal Militar; la intervención y reestructuración de los programas de formación y capacitaciones de las Fuerzas Armadas; la supresión del servicio militar obligatorio, entre otras (Cabarcas Maciá, 2011, pág. 40). En esta línea, se presentaba un temor a la influencia intelectual de académicos críticos sobre el papel de las fuerzas armadas en el Estado de derecho colombiano.

Para revisar si se presentó un cambio en la estructura y funcionamiento de la fuerza pública se destaca que fue la Subcomisión Cuarta de la Comisión Tercera de la Asamblea Constituyente la encargada de proponer el texto del capítulo sobre fuerza pública. De acuerdo con la exposición que hicieron ante la Comisión Tercera, desarrollaron varias reuniones de estudio y debate sobre los proyectos presentados por el Gobierno, las fuerzas militares, la Contrario al espíritu de la que prometía ser una Constitución progresista, el consenso alrededor del capítulo sobre fuerza pública implicó una continuidad del pasado, a pesar de la amplía enunciación y garantía de los derechos que se establecían en la Constitución. Parecía paradójico que mientras se hablara de derechos y garantías se continuaran con las competencias a la fuerza que se establecieron en su momento en la Constitución de 1886.

Para entender este contexto, se resalta que para asegurar el consenso sobre la composición y funcionamiento de la fuerza pública se tuvo en cuenta la opinión de la fuerza pública (Cabarcas Maciá, 2011, pág. 45). Como ejemplo de ello, es que en la ponencia de la Subcomisión Cuarta ante la Comisión Tercera señaló que es rescatable el esfuerzo de la Asamblea Nacional Constituyente por llegar a un acuerdo sobre el papel de la fuerza pública en el nuevo orden jurídico. Así pues, señala uno de los constituyentes la necesidad de escuchar al gobierno y a la fuerza pública sobre la regulación de este capítulo por

considerarse temas especializados, justificado en que son los que conocen las situaciones que se presentan en el país (Asamblea Nacional Constituyente: 1991).

Bajo esta postura, se empezó a comprender que había un respeto a la autoridad castrense, sin revisar las competencias que gozaban en su momento y las actuaciones que se desarrollaron en el marco de los estados de excepción en la Constitución de 1886. Como manifestación de este respeto reverencial, la Subcomisión estableció que el artículo que regula la responsabilidad del mando que diferencia entre la orden militar y la orden reflexiva que a veces tiene la policía, en el sentido de que una correspondía a la pura milicia de estricto cumplimiento y otra en la que no es solo es responsable el superior que la impartía, sino, en la segunda, donde la responsabilidad de poder debía distribuirse entre quienes ejecutan las órdenes. En este punto, se concluyó que el artículo que disponía que, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no eximía de responsabilidad al agente que lo ejecuta, la cual se refería a la policía, mientras los militares en servicio son exceptuados de esta disposición y por tanto, la responsabilidad se sujeta únicamente en el superior que da la orden. En torno a la necesidad de un cambio, uno de los constituyentes manifestó:

> Yo pienso ir hasta la sesión Plenaria, está planteado el problema del retorno al Régimen Civil Integral, retorno a la República Civil, sin destruir ejércitos, pero colocando al ejército en su verdadero terreno, que no es dictar la política, dictar la política del Estado, por eso digo yo que no pueden desempeñar cargos, cargos de relevancia política o responsabilidad política en tiempos de paz, porque expresamente me parece a mí, que la Constitución no puede pasar por alto de que hay uno de los ministros designado autónomamente por los oficiales al servicio activo, tanto es así en la actualidad no se ha cambiado el Ministro de Defensa por razones de servicio, no sabemos si el Señor Presidente o del Señor Ministro de la Defensa, yo creo que el Frente Nacional determinó el nuevo Régimen de la República Pluralista Social; debe tener un concepto sobre las Fuerzas armadas y debe volver al Régimen Civil, al Régimen Civil integral. (Asamblea Nacional Constituyente: 1991)

En este contexto, los temores sobre un cambio en la forma cómo se comprendía la defensa y seguridad nacional en Colombia no propiamente se reflejaron en la realidad ni mucho en la Constitución Política de 1991. Al respecto, Francisco Leal Buitrago expresa que la preocupación de los constituyentes no se cristalizó en revisiones sobre el papel de las instituciones que tienen la competencia de enfrentarlas (2006, pág. 97). Esto implicó que se sostuviera la conformación y las funciones de las entidades que comprenden la fuerza pública. Entre las condiciones que no posibilitaron una reforma constitucional en el campo militar se destaca el desconocimiento de este por parte de la clase política y el temor del gobierno y los constituyentes a generar preocupaciones y temores entre las fuerzas militares (Leal Buitrago, 2006, pág. 98). En otras palabras, se siguió pregonando el discurso del orden mediante la ritualidad del derecho, que convierte inmune al poder que debe estar más sujeto.

La Constitución de 1991 no atendió a los debates en torno al rol que debía cumplir la fuerza pública, y a otros problemas, como la infiltración del paramilitarismo en los estamentos militares, ni mucho menos reguló la forma de resolver la lucha contra las guerrillas. Al respecto, Mario Montoya Brand manifiesta que la Constitución de 1991 no fue el instrumento jurídico-político idóneo para configurar un parámetro de control a las actuaciones del Estado en un contexto de guerra y de conflicto armado (2008, pág. 45). Así pues, ni la guerra irregular ni el Estado como actor armado es regulado en disposiciones constitucionales, y como consecuencia, las alternativas de construcción de un modelo de control a las actuaciones irregulares del Estado como actor armado, quedan sujetas a normas legales o reglamentario (Montoya Brand, 2008, pág. 45). En palabras un poco realistas, pero pesimistas, Montoya Brand expresa: «Dicho en otros términos, respecto del tema del conflicto armado interno y del Estado irregular guerrero, la Constitución Política no es propiamente un paradigma de control sino algo diferente, un conjunto de normas y disposiciones que se ocupan de *otro mundo*» (2008, pág. 45).

Se evidencia que a pesar que la defensa y seguridad es un tema que corresponde a todos los actores que componen a la sociedad y al Estado, las instituciones castrenses son los que han tomado la iniciativa en la toma de decisiones sobre el tema. Esta preponderancia se sustenta en tres factores o causas: un primer aspecto es la ideología de los militares de América Latina que justifica su superioridad funcional, organizacional y ética frente al resto de las instituciones estatales; un segundo aspecto, es que desde los gobiernos militares de los años cincuenta, la expansión de la violencia y la exclusiva iniciativa militar en seguridad nacional implicaron que las instituciones castrenses manejaran de manera autónoma el orden público; y finalmente, como consecuencia de los factores anteriores y en razón del escaso conocimiento que hay de los asuntos militares en la sociedad, los políticos se convencieron que los problemas de seguridad correspondían solo al campo castrense (Leal Buitrago, 2006, pág. 102). En tal sentido, hacer cambios en el estamento militar es un tema de sensibilidad política, que se evidenció en la elaboración de la Constitución de 1991 y que no permitió entender que la legalidad corresponde a todas las autoridades, en especial, las que velan por los intereses nacionales.

En este panorama, es evidente que se presentó una pérdida de oportunidad para estructurar y darle un sentido diferente a las actuaciones de la fuerza pública, sumado al intento de una construcción de paz con diferentes grupos armados al margen de la ley. Así pues, todo lo que concierne a materias que corresponden a la defensa y seguridad nacional se origina, en principio, de una construcción de la fuerza pública y no propiamente de las iniciativas de las autoridades civiles. Si bien la Constitución de 1991 es de corte garantista y de avanzada no estableció un cambio total al entendimiento y comprensión que debía dársele al concepto de defensa y seguridad nacional en el marco de las actuaciones de la Fuerza Pública. Sin un cambio en la forma de entender este concepto, el secreto de Estado manifestado en la reserva de información de defensa y seguridad nacional seguía sin una modificación transcendental.

3. El transito del concepto de defensa y seguridad nacional en un entorno de opacidad del poder

A pesar que se esté ante un ordenamiento jurídico más garantista en cuánto a la salvaguarda de derechos, no se presenta un cambio trascendental en el concepto de defensa y seguridad nacional, teniendo en cuenta las nuevas variantes y condiciones políticas, económicas y sociales del país. Ejemplo de esas paradojas, es que mientras se instauraba la Asamblea Constituyente se bombardeaba Casaverde, resultado de la subordinación de la perspectiva política del gobierno de César Gaviria a los intereses de la fuerza pública en el corto plazo (Leal Buitrago, 2006, pág. 110).

Esta forma de comprender la defensa y seguridad nacional mediante la lucha armada se reflejó en un escalamiento de los ataques guerrilleros y en las estrategias contra el narcotráfico, en especial contra el Cartel de Medellín. En tal sentido, el instrumento jurídico que efectuó el gobierno de su momento para combatir la lucha contra el Cartel de Medellín agudizada por la fuga de Pablo Escobar y el fracaso de las negociaciones con la guerrilla fue el estado de conmoción interior (Leal Buitrago, 2006, pág. 118). Como efecto de esto, se estableció una serie de decretos de excepción, cuya finalidad consistía en establecer la inmunidad a los delatores, el otorgamiento de funciones de policía judicial a las fuerzas militares, sanción de alcaldes y gobernadores por contrariar la competencia exclusiva del presidente en el manejo del orden público (Leal Buitrago, 2006, pág. 119).

El gobierno proclamaba el éxito de esta política de orden público, y por tanto, era necesario continuar con los logros del régimen de excepción, expresando la necesidad de aprobar un proyecto de ley de orden público, que pretendía convertir en legislación permanente lo regulado en estos (Leal Buitrago, 2006, pág. 119). Sin embargo, no fue aprobado, porque era continuar con la práctica política del ordenamiento jurídico bajo el amparo de la Constitución de 1886 de convertir permanentes los decretos expedidos bajo la vigencia del estado de sitio (Leal Buitrago, 2006, pág. 119).

Si bien se presentaban intentos de constituir una ley de orden público, se evidenció que no se presentó una estrategia de defensa y seguridad nacional. Por el contrario, existía una ambigüedad en la forma cómo se concebía la seguridad, en el sentido de determinar si era para la protección de las personas o de las instituciones conformadas por el Estado. No obstante, en materia de seguridad ciudadana fueron importantes la Ley 61 de 1993, la ley 62 de 1993 y los decretos 2535 del mismo año y 356 de 1994. Este último Decreto Ley tiene por objeto establecer el estatuto para la prestación por particulares de servicios de vigilancia y seguridad privada. De este modo, este estatuto posibilitó que los servicios de vigilancia y seguridad privada, podían prestarse mediante la obtención de licencia o credencial expedida

por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con base en una potestad discrecional, orientada a proteger la seguridad ciudadana.

Ante este contexto todavía permanente de la lucha contra la guerrilla el Ejecutivo no armonizó la fuerza y la política en el manejo de los conflictos. En esta línea, se fundó la idea que la sustitución de la política por la fuerza pronto acabaría con la subversión, obligando a negociar en forma ventajosa para el gobierno (Leal Buitrago, 2006, pág. 133). Así pues, la defensa y la seguridad siguió consistiendo en la preponderancia del ejercicio de la violencia organizada fundada en los intereses nacionales establecida por la fuerza pública por encima del diálogo o de políticas sociales.

En el Gobierno de Ernesto Samper (1994-1998) se deslegitimó con la injerencia del narcotráfico en la política nacional, en especial en su campaña presidencial. A pesar de este escenario, se estableció una perspectiva eficientista de la defensa y seguridad, puesto que se configuraron las cooperativas de vigilancia y seguridad privada para la defensa agraria, conocidas como Convivir, que posteriormente fortalecerían los grupos paramilitares como expresión de la lucha antisubversiva (Leal Buitrago, 2006, pág. 138). La creación de este tipo de instituciones nació de la reglamentación del Decreto Ley 356 de 1994 expedida bajo el Gobierno de Gaviria.

En esta visión eficientista y de opacidad del poder, se expidió el Decreto 2233 de 1995, que reglamenta el Decreto Ley 3398 de 1965, en cuanto al Sistema Nacional de Inteligencia, conformado por todas las agencias gubernamentales autorizadas para programar y desarrollar labores de inteligencia. En dicho Decreto se crea el Consejo Técnico Nacional de Inteligencia como organismo rector del Sistema Nacional de Inteligencia, adscrito al Ministerio del Interior y dependiente del Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional. Este Consejo estaba conformado por diferentes organismos de seguridad, cuyas deliberaciones y actos del Consejo, por tratarse de asuntos relacionados con la defensa y seguridad nacional estaban sujetos a reserva –artículo 3°-. De esta manera, se evidenciaba que la Constitución de 1991 no rompía con la posibilidad de la expedición de reglamentos, de conformidad a las competencias otorgadas por decretos emitidos en estados de excepción, y bajo esta lógica, el secreto seguía siendo un medio del poder castrense.

En este periodo se destaca que la clase dirigente no respondió a la necesidad de desarrollar una política de seguridad, generando que los militares colmaran este vacío con políticas propias del discurso castrense, provocando una autonomía en el manejo del orden público (Leal Buitrago, 2006, pág. 146). Este significativo poder militar creció con las dádivas que la clase dirigente les brindó a los sectores castrenses para mantenerlos tranquilos y subsanar su irresponsabilidad política en la seguridad del país (Leal Buitrago, 2006, pág. 146). No se requirió golpes de Estado por parte de la fuerza pública para adquirir un poder político que se amparaba bajo intereses nacionales.

En el periodo 1998 a 2002, cuyo gobierno fue el de Andrés Pastrano Arango se estableció un fortalecimiento militar sin política de seguridad, cuyo contexto se presenta por el recrudecimiento de las confrontaciones armadas, incremento de las muertes y secuestros, las derrotas del Ejército y los costos económicos y sociales de la violencia, que pusieron el tema de la paz como eje central en la agenda política (Leal Buitrago, 2006, pág. 181). Como resultado de esto, se iniciaron diálogos de paz, que consistieron en un principio en una zona de despeje para dialogar con las FARC.

Mientras se hablaba de la paz mediante el diálogo se instauró el Plan Colombia, como un acuerdo entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos, teniendo dentro de sus fines la instauración de una estrategia antinarcótica. Al respecto, era paradójico que se presentaba el Plan Colombia como el estandarte de la política de paz en Colombia, pues parte de los recursos económicos estaban destinados a la dotación y formación militar (Muñoz Tejada, 2015, pág. 82). Sumado a este discurso tan incongruente, se estableció dentro del Estado la necesidad de fortalecer la defensa y la seguridad nacional. Como consecuencia, se estableció la Ley 684 de 2001 «Por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones». En dicho cuerpo normativo, se establece en el artículo 1, que el objeto de la precitada Ley es: «[…] Definir y conformar un Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, que adecue efectiva y eficientemente los recursos con que cuenta el Estado, de conformidad con sus atribuciones, *y de los ciudadanos, de conformidad con sus deberes constitucionales para asegurar razonablemente y en condiciones de igualdad, la seguridad y la defensa nacional*» [énfasis fuera de texto].

El tema controversial de esta Ley fue su relación con el Poder Nacional regulado en el artículo 3 de la precitada ley, que disponía: «Es la capacidad del Estado Colombiano de ofrecer todo su potencial para responder ante situaciones que pongan en peligro el ejercicio de los derechos y libertades, y para mantener la independencia, la integridad, autonomía y la soberanía nacional en concordancia con lo prescrito en los artículos 2o. y 95 de la Constitución Política». Así mismo, en el artículo 6 se definió a la defensa nacional, así: «Es la integración y acción coordinada del Poder Nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional».

Este discurso es manifestación de una búsqueda de acrecentar el poder de los organismos que componen el sector defensa y seguridad nacional, aunado a la creación de un Consejo de Defensa y Seguridad Nacional liderado por el Presidente de la República y que frente a sus actuaciones tienen el carácter de reservado. Al respecto, el artículo 19 de la precitada ley establece: «Las deliberaciones y actas del Consejo serán de carácter reservado. El mismo carácter tienen los Documentos Primarios y Secundarios de Defensa mencionados en la presente ley». De esta manera, la necesidad del acrecentamiento del poder del discurso

castrense también se manifestó en la necesidad de la restricción a la información. Sin embargo, estas normas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte en la Sentencia C-252 de 2002, tema que se discute en el próximo capítulo.

Era evidente de la ley precitada la configuración de un discurso nacionalista y antisubversivo, en la que primaba el deber y el orden en desmedro de la paz. En torno a la Ley 684 de 2011, el profesor Julián Muñoz expresa: «Bajo la "guerra contra el terrorismo" se impulsaba ya la persecución de un nuevo –o renovado– enemigo que amenazaba la soberanía interna de la Nación. Un enemigo de contornos tan indefinidos, y al que se le respondía con medidas de tan poco recato jurídico, que lo aproximaban al comunista de los tiempos de la Guerra Fría».

En este contexto del fortalecimiento de políticas y directrices para la guerra, dio como resultado que ninguna de las partes había soltado las armas para la negociación de la paz. Así pues, en febrero de 2002 se rompen los diálogos de paz por parte del Presidente Pastrana, debido a una serie de actuaciones delictivas de las FARC. Estos eventos sumados a los efectos de los atentados del 11 de septiembre de 2001 dieron la justificación perfecta para la prevalencia del discurso de la seguridad y la necesidad de fortalecer la reserva de información, que se instauró en la Ley 684 de 2001.

Ante este nuevo panorama, llegó un nuevo gobierno con preeminencia de la seguridad, como fue el de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Dicho gobierno se caracterizó por establecer un discurso de defensa y seguridad basado en una política que denominó de seguridad democrática. En este sentido, la Política de Seguridad Democrática implicó el ejercicio de la autoridad efectiva que busca contener y disuadir a los grupos violentos y ante todo un compromiso y protección a los derechos humanos (Departamento Nacional de Planeación, 2003, pág. 31). El estandarte de esta política es que no se reducía al concepto tradicional de seguridad que se fundaba en la capacidad coercitiva del Estado para limitar y sancionar a los individuos que transgreden las normas, sino que pretendía un orden social que asegurase la legitimidad del Estado y la viabilidad de la democracia (Departamento Nacional de Planeación, 2003, pág. 31). Al respecto, en un estudio del Consejo Superior de Guerra, Rafael Reyes Prieto, frente a esta política se resalta lo siguiente: «Más que una política fue un reto de defensa y seguridad democrática, cuyo texto oficial desprende lo que en América Latina se conoce como "seguridad nacional", ya que el fin de esa política es la protección de todos los ciudadanos sin distinción alguna, como ideología social o preferencia política, para que puedan disfrutar de la plenitud de sus derechos» (T.C. (RA) Díaz Jaimes & TC. Díaz Vargas, 2020, pág. 159).

En este contexto del inicio de la política de seguridad democrática se pretendieron tres líneas de acción: la primera que consistía en una política de paz con los grupos paramilitares; la segunda basada en una lucha frontal contra las FARC; y la tercera que se fundaba en una serie de políticas, como los soldados campesinos, estímulos a la deserción y las redes de informantes (Leal Buitrago, 2006, págs. 233-234).

Si bien la seguridad democrática pregonaba el compromiso y protección de los derechos humanos, posibilitó una mayor capacidad institucional de las fuerzas castrenses ante la amenaza subversiva, en desmedro de las libertades. Bajo estos discursos se fundamentó la defensa y seguridad nacional, y con ello se establecieron una serie de normas como el Acto Legislativo 02 de 2003 que reformaba la Constitución para concederles facultades de policía judicial a las fuerzas militares, un viejo anhelo de los estamentos castrenses. A pesar que esta reforma fue declarada inconstitucional en la Sentencia C-816 de 2004, se establecieron disposiciones que posteriormente surgieron de la necesidad política de establecer herramientas e instrumentos jurídicos al concepto de defensa y seguridad nacional.

En este contexto, empezaron a originarse leyes que regulen reservas de información de defensa y seguridad en las actuaciones del Estado, en temas referentes a la función pública, contratación pública, tratamiento de datos personales, entre otros. Como ejemplo de ello, la Ley 909 de 2004 en su artículo 5°, numeral 2°, literal b, inciso tercero dispone que es una excepción a la carrera administrativa, aquellos empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, con fundamento en la confianza *intuitu personae* requerida en quienes los ejerzan, dado a la administración de la información concerniente al ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional. En esta misma orientación, prescribe el artículo 4° de la Ley 1033 de 2006 que para la vinculación de personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, debe realizarse un estudio de seguridad de carácter reservado, a los aspirantes a ocupar cargos, que debe resultar favorable para acceder a los mismos. No obstante, esto no aplica para la vinculación del Ministro de Defensa Nacional, Viceministros y Secretario General.

En materia de contratación, se toma como ejemplo la Ley 1219 de 2008, «Por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados». Se destaca que dentro los principios consagrados en este régimen especial, se establece la reserva de los servidores públicos, contratistas y en general quienes intervienen en este tipo de contratación, so pena de sanciones civiles, penales y disciplinarias. Así mismo, dentro del mismo 7° de esta ley dispone que, por la naturaleza de la contratación, los organismos del Estado que realicen actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes y en general todos aquellos que realicen actividades descritas como gastos reservados no requieren publicación en el Diario Único de Contratación Pública ni en el portal de contratación de la Entidad. De esta manera, los contratos así celebrados, tienen reserva legal.

En cuanto al tratamiento de datos personales, se estableció la Ley 1288 de 2009, «Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con

su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones». En dicho cuerpo normativo se regulan actividades de inteligencia y contrainteligencia, sus límites y fines, los principios, los mecanismos de control y supervisión, la regulación de sus bases de datos, la protección de sus miembros, la coordinación y cooperación entre sus organismos y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas, entre otros aspectos. Esta ley fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento que debió tramitarse por medio de una ley estatutaria por regular el tratamiento de datos personales, con respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia. En tal sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-913 de 2010 indicó que cuando se regulen las facultades de los particulares de conocer, actualizar o rectificar informaciones que se hallan en bases de datos, el trámite de esta regulación debe ser mediante una ley estatutaria.

En el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez se estableció un mayor de número de normas que contemplaban reservas de información en el marco de la defensa y seguridad nacional. Pero lo más interesante es que dichas reservas se transversalizaron en varias instituciones como la contratación pública en referencia a los gastos reservados, el estudio de seguridad en el ingreso al empleo público del personal civil a organismos de defensa y seguridad, y por último, el establecimiento de reglas para las actividades de inteligencia y contrainteligencia del Estado.

En el gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018) se eligió bajo la consigna de continuar la política de seguridad democrática de Álvaro Uribe Vélez, pero su objetivo fue consolidar la paz mediante los acuerdos de negociación de la Habana con la FARC. Esta búsqueda de la paz pretendía garantizar la prevalencia del Estado de derecho, la seguridad, el respeto a los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de la justicia en todo el territorio nacional. En desarrollo de este planteamiento, el Plan Nacional de Desarrollo «Prosperidad para Todos» señalaba la importancia de que en lo relativo a seguridad, el Estado debía definir una nueva estrategia que responda a las amenazas y dimensionamiento real del estado general de la defensa y la seguridad (Ministerio de Defensa Nacional, 2011, pág. 11). Bajo este estandarte, buscó consolidarse la paz en un ambiente de prosperidad para todos los ciudadanos y la seguridad alcanza un rol protagónico en el camino hacia esta, mediante la seguridad a las locomotoras para la prosperidad, consolidación de la seguridad y la derrota de los grupos armados al margen de la ley, la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado, la seguridad ciudadana, la defensa nacional y la modernización del sector defensa y seguridad (Ministerio de Defensa Nacional, 2011, pág. 11).

En este escenario de búsqueda de la paz, no fue pretexto para que no se dejaran de establecer normas en materia de reserva de información de defensa y seguridad nacional. Como consecuencia, se estableció la Ley Estatutaria 1621 de 2013, «Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones». La precitada ley reemplaza lo que no pudo definir la

Ley 1288 de 2009 por su declaratoria de inconstitucionalidad, al establecer el marco jurídico estatutario de los organismos que adelantan actividades de inteligencia y contrainteligencia, estableciendo límites, fines, principios, mecanismos de control y supervisión, bases de datos, protección de los agentes, coordinación y cooperación entre los organismos, y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas, entre otros aspectos.

Posteriormente, se expidió la Ley Estatutaria 1581 de 2012, «Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales», la cual prescribe en el artículo 2° que los principios y disposiciones reguladas son aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades públicas y privadas. Dicha ley establece reglas al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no regulado en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en razón a normas y tratados internacionales. El régimen de protección de datos personales que se regula en esta ley se someten, entre otras cosas, a las bases de datos y archivos que tienen por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; así como las bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia.

Dentro de este contexto de Prosperidad para todos pregonado por Juan Manuel Santos, se establecieron la Leyes Estatutarias 1712 de 2014 y 1755 de 2015, las cuales regularon un marco para la garantía del derecho de acceso a la información pública y el derecho de petición, estableciendo reglas generales sobre el manejo de acceso a la información como de su reserva. Sin embargo, no se regularon dentro de estos cuerpos normativos causales precisas para reservar la información, sino que se limitaron a las materias o temas que son susceptibles de ser restringidas. Estos aspectos y particularidades de estas normas son tratados en el próximo capítulo.

En el gobierno de Iván Duque (2018-2022) fundado en un retorno de la política de seguridad democrática de Álvaro Uribe Vélez, no estableció una regulación amplía al concepto de defensa y seguridad y a las reservas de información, a diferencia de los gobiernos anteriores. Sin embargo, se destaca un proyecto de ley, «por medio del cual se regula el proceso de empalme y entrega de funciones entre el candidato electo y la autoridad responsable en el Estado colombiano». En este proyecto normativo que no fue aprobado por el Congreso de la República establecía reglas y protocolos de reserva y confidencialidad derivadas de los comités de empalme entre el gobierno entrante y saliente.

A partir de lo expuesto, es evidente la existencia de una regulación dispersa de leyes que regulan la reserva de información en materia de defensa y seguridad nacional. Así mismo, hay una ambigüedad para establecer de forma clara qué contenidos de la defensa y seguridad nacional son sometidas a reserva de información. En tal sentido, la dispersión y la falta de precisión son aspectos que pueden constituirse en una estrategia para garantizar los secretos de Estado y facilitar la discrecionalidad de las autoridades para restringir la

información. En el capítulo tercero se discute con mayor profundidad este tipo de reservas y los límites que se establecen desde la jurisprudencia constitucional.

4. La revisión del concepto de defensa y seguridad nacional en los estudios de las fuerzas armadas en Colombia: entre el interés nacional y la necesidad de fortalecer la democracia

Para entender los efectos de justificar o criticar la reserva de información de defensa y seguridad nacional, es *sine qua non* establecer una definición de los conceptos *defensa y seguridad*. Para ello, se acude a los estudios e investigaciones que han realizado las fuerzas militares, en especial, la Escuela Superior de Guerra «General Rafael Reyes Prieto». En dicha Escuela se reflexiona sobre la *seguridad y la defensa del Estado*, en la que resaltan que no se limitan a categorías conceptuales aplicables a guerras convencionales, sino que contempla diversos retos multinivel, donde es fundamental entender un concepto, como es el *interés nacional*.

En esta línea, se señala que la defensa y seguridad es la actividad más política dentro del Estado, y por ende, es una manifestación del ejercicio del poder político, que redunda en la creación de leyes, políticas, planes y estrategias que establece esquemas de alerta (Cancelado Franco & T.C. Galvis Reyes, 2021, pág. 75). Este poder político no es unívoco, sino que puede comprenderse como una estructura dialógica, donde la guerra también tiene parte como expresión del poder, a pesar de no ser la única forma en la que se materializa desde el Estado –las instituciones y los dispositivos, en la que cada uno actúa de forma diferente– (Cancelado Franco & T.C. Galvis Reyes, 2021, págs. 77-78).

Dicho poder tiene diversos niveles en un entorno de globalización: i) poder nacional, implica la inserción efectiva del Estado en el escenario internacional; ii) poder blando, que no consiste en el ejercicio de la fuerza, sino en el uso de diversos mecanismos de orden tecnológico, educativo y económico para su influencia en el sistema internacional; iii) poder duro, que consiste en la coacción por parte del Estado para influenciar la conducta de Estados y de órganos no estatales; y iv) poder inteligente, que se basa en la combinación del poder blando y duro, que busca atender a los propósitos e intereses del Estado (Cancelado Franco & T.C. Galvis Reyes, 2021, págs. 79-83).

Estos niveles de poder son manifestaciones de las actividades de defensa y seguridad que no solo se efectúan en el campo nacional, sino también internacional. Así mismo, las actividades de defensa y seguridad en sus diversos niveles de poder no se limitan al ejercicio de la fuerza, sino que transciende a asuntos estratégicos desde diversos campos, como el económico, educativo, tecnológico, entre otros. Para comprender un poco más estas categorías y relaciones, se señala que la defensa y la seguridad está relacionada con el *interés nacional*, que tiene su influencia en la razón de Estado (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes

Murcia, 2021, pág. 102). De esta manera, se convierte en una justificación mínima para proyectar el poder del Estado en la defensa del interés nacional.

El concepto de interés nacional está vinculado con autores como Maquiavelo y Tucídides, las cuales se referían a los intereses esenciales de los Estados, aún sin establecer el concepto de nacionales, pero que se consideraban trascendentales en la conservación del poder del Estado (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, págs. 101-102). En un sentido singular el interés nacional puede concebirse como las metas fijas de Estado que se sostienen en el tiempo y están relacionadas con la supervivencia del Estado, mientras en un sentido plural, este concepto significa que pueden modificarse en un plazo más definido estos intereses dependiendo de cada gobierno (Ramírez Benítez & Ardila Castro, 2020, pág. 155).

Estos intereses nacionales pueden clasificarse o categorizarse así: i) vitales, que son la supervivencia y preservación del Estado, soberanía nacional e independencia del Estado, integridad territorial, protección de la vida y libertad de la población e identidad cultural; ii) estratégicos, que consiste en la preservación de los intereses vitales, por lo que puede afirmarse que son el mantenimiento de la paz y la seguridad, el desarrollo económico y social, la preservación del ambiente, la promoción de la investigación científica y la cooperación con los demás Estados; iii) geopolíticos, que se funda en la preservación y el control de los recursos estratégicos y de sus áreas de influencia, que se vinculan con el territorio y los recursos naturales; y iv) humanitarios, que se presentan cuando hay catástrofes naturales o conflictos de diversa índole (Ramírez Benítez & Ardila Castro, 2020, págs. 159-162).

Los intereses nacionales adquieren un papel preponderante en las políticas de Estado, pero en forma especial tiene una importancia en la concepción de la defensa y seguridad. En esta línea, la evolución del concepto de interés nacional se vincula con el poder del Estado, por lo que se expresa:

> Lo anterior, observa a los elementos del poder nacional en función del interés nacional, detallados por el concepto amplio del poder dentro del campo de las ciencias políticas, según Morgenthau, que le brindan al Estado el conocimiento de su posición como actor en el sistema internacional. Entendiendo los diferentes contextos mencionados del poder, se logra diferenciar el poder y el poderío (como la intención que tiene el Estado para llevar a cabo sus políticas) y la potencia (como el ejercicio real de la capacidad), cuya suma da como resultado la formación del poder nacional frente a las relaciones internacionales (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 105).

Del análisis teórico de interés nacional ya expuesto, se establecen dos posturas fundamentales para elaborar una definición de seguridad y defensa: La primera posición es definida por la política exterior y demostrada desde el origen del concepto de interés nacional con el surgimiento del Estado, quienes conciben al interés nacional en función de la supervivencia del poder estatal, con el fin de conducir las relaciones internacionales, que a

su vez se manifiesta de dos maneras: un sentido lógico basado en la integridad territorial y las instituciones; y un sentido variable fundado en la legitimidad y compatibilidad de los intereses de otros Estados. La segunda postura es definida por la política doméstica de un Estado, insertada en el concepto de interés nacional por Rousseau, cuando se refirió a la voluntad general del pueblo como elemento básico para obtener el poder político estatal, que se funda en el bien común (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 110).

A partir de la exposición de estas posturas con respecto a la relación entre el interés nacional y la defensa y seguridad, se plantean tres definiciones:

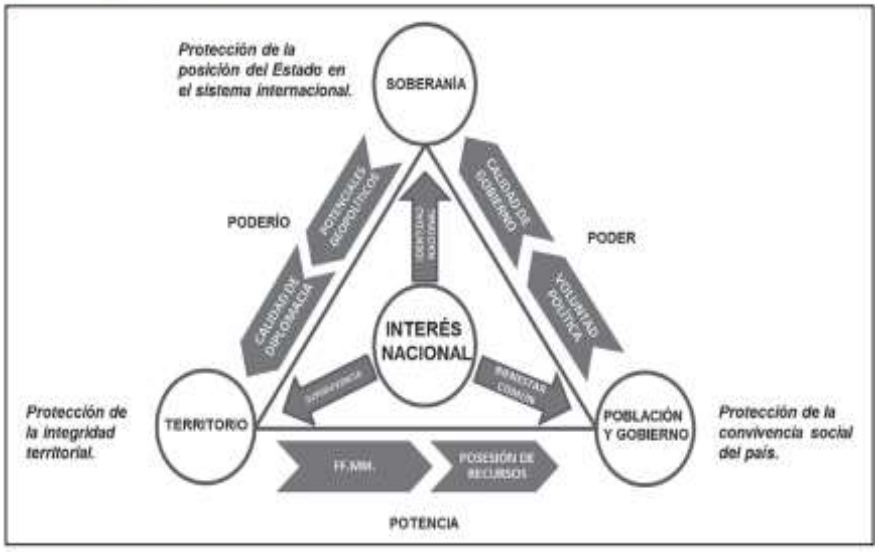
a) *La seguridad y defensa nacional como la protección de la integridad territorial*. Esta concepción se refiere a que el Estado por medio de su poder desarrollan las capacidades de la nación –economía, industria, preparación militar, entre otros, con el fin de salvaguardar el interés nacional (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 112). En esa línea, busca establecerse una capacidad real y tangible por parte de los Estados para contrarrestar las amenazas ante perdidas de los territorios, ya sea por parte del Estado o por otro tipo de actor. En este caso, es fundamental el concepto de territorio, como elemento básico de composición del Estado, y donde las fuerzas armadas adquieren un papel relevante (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 113).

b) *La seguridad y defensa nacional como la protección de la convivencia social del país.* Ante los posibles y constantes enfrentamientos en las relaciones sociales de un país, se necesita una fuerza superior para que administre en beneficio propio. Esta visión es hobbesiana, pues concibe al Estado como la institución para asegurar la paz en su propio país y la defensa ante amenazas externas (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 113). De este modo, se señala: «[…] un Estado determine el interés nacional que permita la consolidación de la convivencia social, a fin de mantener el orden constitucional dado por el sistema político democrático. En consecuencia, el gobierno de un Estado debe ejercer su poder (como fundamento de la política en materia de seguridad) […]» (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 114).

c) *La seguridad y la defensa nacional como la protección de la posición del Estado en el sistema internacional.* Esta concepción alude a la seguridad del Estado en el sistema internacional, esto es, la administración de las relaciones con otros Estados (TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 114). En esta visión lo que prevalece es la consolidación de la protección del Estado frente a las amenazas de gobiernos extranjeros, por lo que se constituye en el eje para fortalecer y legitimar su poder.

Las tres visiones o formas de comprender la defensa y seguridad nacional pueden explicarse en el siguiente gráfico:

Figura 1. La seguridad y defensa nacional y su relación con el interés nacional



(TC. (RA) Ardila Castro & TC. Reyes Murcia, 2021, pág. 115)

A partir de lo expuesto, se resalta que en Colombia no hay una definición explícita del concepto interés nacional en la Constitución Política o en la Ley. No obstante, se regulan fines constitucionales prescritos en el artículo 2 de la Constitución, como es el servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general, efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, participación en las decisiones, defensa de la independencia nacional, integridad territorial, convivencia pacífica y vigencia de un orden justo. De igual manera, el artículo 9° de la Constitución establece el reconocimiento y proyección de la política exterior del Estado (Ramírez Benítez & Ardila Castro, 2020, págs. 172-173).

Ramírez y Ardila plantean que estos fines prescritos en la Constitución Política pueden configurarse en los intereses nacionales, que a su vez como parte de estos las instituciones del Estado están en la obligación de preservarlo (Ramírez Benítez & Ardila Castro, 2020, pág. 173). En el caso del campo internacional y en la conservación de la supervivencia del Estado se señala la necesidad de instancias gubernamentales del Ejecutivo, como Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional y el Ministerio de Relaciones Exteriores (Ramírez Benítez & Ardila Castro, 2020, pág. 173). A partir de esta estructura institucional y en la configuración de intereses nacionales, se construye el concepto de defensa y seguridad en Colombia.

No obstante, estas posturas y concepciones de la defensa y seguridad bajo el enfoque de interés nacional pueden justificar y legitimar actuaciones dentro del ordenamiento jurídico, como es la lucha contra la subversión, la oposición política, el deber de los

ciudadanos con respecto a la garantía de los intereses del Estado, entre otros. Estas acciones que pueden ser diversa índole son facilitadas con la existencia de competencias flexibles. En este aspecto, se resalta que si bien es importante la defensa y seguridad dentro de cada uno de los Estados, debe existir un marco institucional que establezca competencias estrictas a las autoridades, lo cual lo convierta en un sistema de contención ante posibles arbitrariedades.

Estas categorías conceptuales –defensa y seguridad– si bien tienen un sustento político fundado en la preservación y conservación del Estado, también pueden erosionar la subordinación de los mandos militares al poder civil, en la medida en que puede afectar el carácter no deliberante de la Fuerza Pública, según lo dispuesto en el artículo 219 de la Constitución Política. Esta preocupación nace del desarrollo práctico del concepto de interés nacional que no se limita al plano clásico del orden público, sino que desborda esa dimensión, y cubre potencialmente todos los campos políticos, económicos y sociales.

El interés nacional en función de la defensa y la seguridad debe construirse desde el rol activo del poder civil, el cual debe estar por encima del poder militar. Aun así, ambos poderes deben sujetarse a las competencias dispuestas en la Ley y en la Constitución, que no deben regirse sobre facultades amplias o sobre la invocación del discurso del orden y la seguridad. De igual manera, corresponde al Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas, y no a las personas proteger y garantizar la seguridad estatal. Los intereses nacionales fundados en la defensa y seguridad no pueden incluir a los particulares un deber de protección al Estado, pues termina convirtiéndolos en garantes de la seguridad institucional, desnaturalizando la estructura estatal y desconociendo el principio de exclusividad de la Fuerza Pública.

La forma cómo se estructure y comprenda los intereses nacionales en el marco de la defensa y la seguridad, es lo que permite entender que tan transparente y público son las actuaciones del Estado en esta actividad política. Aquí, el secreto no solo actúa como esencia del poder castrense, que debe cuestionarse, sino también cómo se usa como medio, para que los intereses nacionales pueden constituirse en el instrumento perfecto para la conservación de un *statu quo*. En tal sentido, debe reflexionarse de manera crítica las bases cómo se elaboran y construyen las reglas que restringen la información pública.

El concepto de interés y su relación con la defensa y seguridad debe tener unos límites, aspecto que se analiza en el próximo capítulo, teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Sin embargo, estas reglas no significan que el Estado no siga con la tentación de establecer secretos amparados en un discurso que se basa en el interés y poder nacional.

CAPÍTULO III.

EXÁMEN A LA RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LÍMITES AL ESTADO DE DERECHO INVISIBLE

SUMARIO. Anotaciones previas. 1. Particularidades y características de las reservas de información en el ordenamiento colombiano: la necesidad de la integración normativa. 2. Crítica y análisis de las reservas de información por defensa y seguridad nacional en el ordenamiento jurídico colombiano. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 2.1. La defensa y seguridad nacional como materia de reserva: la discusión entre el daño y la integración con las causales de reserva legal. 2.2. La función pública y la administración de las reservas en el sector defensa y seguridad nacional: meritocracia vs confianza y estudios de seguridad. 2.3. La especialidad en la contratación pública en el sector defensa y seguridad nacional. 2.4. La reserva de información de defensa y seguridad como política de Estado: interés nacional y el poder nacional vs pluralismo político y estatuto de oposición. 2.5. La reserva de información pública de defensa y seguridad nacional y el derecho al hábeas data. 2.6. El reglamento y la restricción al acceso a la información pública: un análisis a los planteamientos del Consejo de Estado. 2.7. La verdad y el derecho de las víctimas como excepción a la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional. 3. Mecanismos para limitar la reserva de información por la causal de defensa y seguridad nacional: hacia la construcción de sociedades democráticas

Anotaciones previas

Una de las discusiones más relevantes del derecho público contemporáneo es la relación *entre ley-libertad*, que no es más que la disyuntiva *libertad de configuración legislativa-principio de libertad*. En este escenario, compuesto de coordinación y conflictos, se halla la restricción que se expresa en las reservas y secretos de Estado, que implica plantear los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los límites de la ley para restringir la información por defensa y seguridad nacional?, ¿hay libertad de las entidades para establecer las condiciones para acceder a la información pública de defensa y seguridad nacional?, ¿existen diversas intensidades de la reserva legal para restringir la información?, ¿es posible construir un test para examinar la reserva de defensa y seguridad nacional en la perspectiva del principio de publicidad?

Estos interrogantes e inquietudes en torno a los límites de la reserva de información de defensa y seguridad nacional son la finalidad de este capítulo, pero con la perspectiva del enfoque metodológico basado en la competencias estrictas y restrictivas que deben tener las autoridades. Sin embargo, para establecer estos límites debe entenderse que la defensa y seguridad nacional no solo es una función primordial dentro del Estado, sino también es un bien constitucional que por las actividades que se producen alrededor de esta, son esenciales, ya que pueden no solo contener información para la integridad y existencia del Estado, sino también datos sensibles de las personas.

Si bien este tipo de reserva de información en razón al contenido que almacena por sus actividades es relevante, no puede implicar un desborde de competencias ni mucho menos una inmunidad del poder. En este caso se resalta la importancia del sometimiento del poder estatal al derecho, en especial, de las autoridades que componen el sector defensa y seguridad. Todo acto del poder ejecutivo que restrinja la información debe entenderse como una actuación que está sujeta al derecho y no como un acto político que le brinda discrecionalidad para definir y clasificar la información en reservada. En este aspecto, la discusión parte de hasta qué punto este tipo de autoridades pueden restringir la información en defensa de este bien constitucional y si es posible establecer límites en la garantía de un Estado social de derecho, compuesto por un sistema de mandatos, facultades y prohibiciones.

Estos planteamientos, iguales a los que se expone en el inicio de este capítulo son un debate permanente para los Estados, y en este caso para el colombiano, pues en ocasiones no es claro qué información derivada de la defensa y seguridad nacional es reservada. Al no existir reglas predefinidas se sujeta la restricción a la información a las volátiles circunstancias políticas y de legitimidad que tienen las entidades de seguridad del Estado. Si se busca más seguridad por parte de la ciudadanía, se está ante una mayor legitimidad para restringir la información; por el contrario, si hay una pérdida de confianza en estas instituciones se exige más transparencia y publicidad de sus actuaciones. En esos constantes ampliaciones y limitaciones al ámbito competencial de las autoridades que componen el sector de defensa y seguridad, es necesario la configuración de límites y reglas claras, que no dependan de los vaivenes continuos de la política.

A partir de lo expuesto, el capítulo está divido en 3 temas: i) particularidades y características que componen las reservas de información en el derecho colombiano; ii) un estudio jurisprudencial de un control abstracto y concreto que se relacionan directa o indirectamente con las reservas de información de defensa y seguridad nacional en Colombia; iii) la necesidad de un control judicial especial a la reserva de información por las causales de reserva de información de defensa y seguridad nacional, la construcción de técnicas de interpretación; y la necesidad de una reflexión político-jurídica a la reserva de defensa y seguridad nacional en nuestro país.

1. ´Particularidades y características de las reservas de información en el ordenamiento colombiano: la necesidad de la integración normativa

El artículo 74 de la Constitución Política dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la Ley[6]. Esta norma se relaciona con el artículo 23 de la Constitución Política, que regula el derecho de petición[7], ya que una de sus modalidades implica solicitar y obtener acceso a la información sobre la actuación de las autoridades y hasta de los particulares. De igual manera, está relacionado con el artículo 20 constitucional[8] que dispone que se les garantiza a las personas la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y de fundar medios masivos de comunicación.

La cercanía y similitud de estos derechos implica interrogarse la forma cómo rige la reserva de información en la Ley Estatutaria 1755 de 2015, «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo»; y la Ley Estatutaria 1712 de 2014, «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».

Ambos cuerpos normativos, tienen semejanzas al regular derechos fundamentales que tienen contenidos similares, pero no iguales. El derecho de acceso a los documentos públicos, que en mi criterio es el acceso a la información pública, no se limita a la presentación de solicitudes, sino que también incluye el deber de divulgación proactiva de la información por parte de las entidades públicas mediante diversos medios, como las páginas web. Por otro lado, el derecho de petición implica la posibilidad de hacer solicitudes de diversa índole, tales como formular consultar, solicitar información pública, presentar quejas, entre otros aspectos. En esta relación, puede derivarse que el derecho de petición de información tiene un contenido similar al derecho de acceso a la información pública, cuando se presentan solicitudes. Es decir, puede existir una convergencia de ambos derechos, sin que implique en un principio contradicciones.

Sin embargo, pueden presentarse posibles contradicciones de estas dos leyes estatutarias que regulan estos derechos fundamentales, en cuanto al acceso a la información

---

[6] «Artículo 74—Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable».

[7] «Artículo 23—Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales».

[8] «Artículo 20— 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».

pública y las competencias del poder estatal en sus restricciones. Ante este panorama normativo, se sostiene la tesis de su coexistencia a partir de la integración normativa, pues ambas son normas de igual jerarquía que regulan derechos fundamentales. En otras palabras, sería apresurado acudir a los criterios de *lex speciallis* o *lex posterior* para inaplicar normas, por lo que se considera la posibilidad de integrar ambas reglas en favor de los derechos de las personas.

La forma cómo se restringe la información en la Ley 1712 de 2014 con respecto a la Ley 1755 de 2015 es diferente. El artículo 28 de la Ley 1712 de 2014[9] establece que la entidad debe comprobar que la información se relaciona con un objetivo constitucionalmente válido definido en las excepciones de dicha ley estatutaria y si dicha revelación puede causar un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información. Mientras, el artículo 25 de la Ley 1755 de 2015[10] dispone que toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, la cual debe indicar de forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes.

Ambas normas tienen requisitos especiales, pero en aras de garantizar una mayor limitación al poder que se refleja en la salvaguarda del derecho de acceso a la información pública la más favorable es lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1712, pues no se limita a la simple invocación de reserva legal en la respuesta, sino que es necesario justificar mediante un test del daño, aspecto que implica debate, ante la evidente formulación indeterminada de las reservas de información. A partir de la problemática de integración normativa, implica desarrollar dos aspectos: en primer lugar, las razones jurídico-políticas para restringir la información pública por parte de las autoridades; y en segundo lugar, la autoridad o tipo de norma para regular las reservas de información, teniendo en cuenta la obligación del Estado de divulgar la información, sin tener que acudir a peticiones previas.

---

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

[10] «Artículo 25. Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

»La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella».

1.1. Las razones jurídico-políticas para la restricción de la información: más allá del interés nacional

El principio de publicidad es la regla general y no la excepción. Al respecto, la Corte ha considerado en la Sentencia C-491 de 2007 que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide justificarse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva aplica respecto del contenido de un documento público, pero no de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos, pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.

Teniendo en cuenta estas características, una reserva legal solo puede aplicar sobre la información que comprometa dos tipos de bienes: 1) derechos fundamentales; o 2) bienes constitucionales. No obstante, hay que tener en cuenta que la ley que contenga la reserva debe motivarse y que la interpretación de la disposición sobre la reserva debe ser restrictiva. Cuando existe reserva de información por vulneración de un derecho fundamental de un tercero implica que la entidad pública debe motivar que la revelación de la información puede causar daño a un derecho, por lo que los motivos que deben justificar la posibilidad de dañar esos derechos es real, probable y específica. Adicionalmente, la entidad pública debe precisar que el daño o perjuicio sea sustancial, ya que un daño ínfimo no puede conducir a una restricción al derecho de acceso a la información. Ahora, en cuanto a la determinación que tan sustancial es un daño se sopesa si el daño causado es desproporcionado ante el beneficio que se obtendría por garantizar el derecho de acceder a la información pública (Corte Constitucional: Sentencia C-274 de 2013).

El artículo 18 de la Ley 1712 dispone reglas que deben sujetarse los sujetos obligados para que la reserva aplique: i) exponga por escrito y en forma debidamente motivada, las razones por las cuales acceder a la información reservada pueda causar daño a los derechos regulados en la norma; ii) que se trate del derecho a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, de conformidad con lo regulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011; iii) o que se trate de los derechos a la vida, a la salud o la seguridad de las personas; iv) o que se trate de secretos comerciales, industriales y profesionales, y la información de proyectos de inversión de las empresas industriales y comerciales del Estado

y las Sociedades de Economía Mixta, según lo prescrito por el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.

Frente a la reserva de información cuando se protege bienes constitucionalmente valiosos, se plantea la necesidad de salvaguardar y cuidar aquellos intereses de importante trascendencia para la preservación del Estado. Tales bienes constitucionales los enuncia el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, en la que prescribe que son reservados aquellos documentos que se refieren a: 1) la defensa y seguridad nacional; 2) la seguridad pública; 3) las relaciones internacionales; 4) la prevención e investigación de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras no se haga efectiva y no se formule la medida de aseguramiento y el pliego de cargos; y 5) el debido proceso y la igualdad de las partes en un proceso judicial, entre otros.

Para que una entidad pública niegue el acceso a la información pública relativa a las materias señaladas anteriormente se condiciona: i) solo lo hace si ese acceso está expresamente prohibido por la Constitución o por una norma legal; y ii) debe manifestarlo por escrito y motivando (Corte Constitucional: Sentencia C-274 de 2013). Sin embargo, se presenta con los bienes constitucionales un problema, ya que sus enunciados en el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 son muy amplios, lo cual puede generar la discrecionalidad de la Administración para clasificar la información en reservada. Teniendo en cuenta la jurisprudencia para restringir el acceso a la información no solo debe analizarse la posibilidad real, probable y específica de dañar esos intereses, sino que el daño a los mismos sea significativo (Corte Constitucional: Sentencia C-274 de 2013). En este caso se usa un test del daño que en mi consideración debe revisarse.

De acuerdo con los lineamientos de la Ley estatutaria y para evitar arbitrariedades, la carga de la prueba para negar el acceso a la información es del sujeto obligado que tiene dicha información bajo su control. Lo anterior implica que la entidad pública debe hacer un estudio riguroso del test del daño para negar una información. Ahora bien, hay que definir quién es el competente para establecer la reserva de información, determinar qué tipo de norma es la que la establece, y hasta qué punto se relaciona con el derecho de petición y el derecho de acceso a la información pública.

1.2. Autoridad y el tipo de norma para la regulación de la reserva de información pública: más allá de una formalidad

El elemento sine qua non que contiene una norma de competencia parte de establecer de qué o quién la ostenta (Laporta, 2007, pág. 97) . En otras palabras, significa determinar el órgano o institución que puede proferir un determinado tipo de normas. Teniendo en cuenta que la competencia nace de una habilitación previa, se precisa que el artículo 74 constitucional más que garantizar el derecho de acceso a la información pública, prescribe que el facultado para regular reservas a la información es el legislador. Sin embargo, surge el siguiente interrogante

¿el particular o una autoridad administrativa puede crear reservas para proteger información? La Constitución es clara al definir que la competencia para regular la reserva de información le corresponde al legislador, planteando que la autoridad administrativa ni mucho menos el particular no puede denegar información, creando reservas de facto para cuidar sus intereses.

Este artículo constitucional no establece una restricción o unos condicionamientos al legislador que deba tenerse en cuenta en el momento que las autoridades denieguen la información por reservada. Lo que se presenta es una libertad de configuración legislativa para definir qué tipo de condiciones son las que determinan la restricción a la información pública, y en este sentido, las competencias pueden ser regladas o discrecionales, aspecto que puede brindar mayor opción de decisión al poder ejecutivo.

Si hay una discrecionalidad conferida por la ley a las autoridades administrativas para denegar la información se relaciona con el privilegio que puede establecer el ordenamiento para clasificar la información. Al respecto, se destaca dentro de la doctrina española la referencia a la Ley de secretos oficiales, donde se atribuía al gobierno la facultad de clasificar la información y de establecer que los secretos que afectan la defensa del territorio no son de conocimiento de los jueces administrativos (Sánchez Ferro, 2006, pág. 312). Si bien es evidente que todo acto de la Administración es susceptible de control judicial, no implica que las reservas de información no sigan siendo estrictas y por tanto, haya un mayor nivel de opción a las autoridades para denegar la información.

Ahora bien, al establecerse que el único competente para crear una reserva a la información es el legislador y con mayor razón la Constitución Política como la norma suprema. Es menester analizar qué tipo de norma es la que la instaura las reservas de información, ya que se presenta la discusión de si esta pertenece o no a temas que son propios del derecho de acceso a la información pública, por lo que debería regularse por una Ley estatutaria, y no en leyes ordinarias sectoriales como se presenta en el ordenamiento jurídico colombiano. Para delimitar en primer lugar el tipo de norma que debe expedir el legislador, se revisa lo que se entiende por el derecho de acceso a la información, acudiendo al artículo 74 constitucional que dispone que todas las personas tienen el derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. Se comprende que, si se plantea la plena autonomía del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, la reserva de información es la manifestación por naturaleza de su restricción. Por tanto, la limitación de este derecho no debe regularse en leyes ordinarias, sino estatutarias.

No obstante, la Corte Constitucional desde una óptica de los derechos ha expresado que una reserva a la información no requiere de una ley estatutaria, ya que no implica una modificación o alteración al contenido del derecho de petición y del derecho de acceso a la información pública (Corte Constitucional: Sentencia C-872 de 2003). El argumento de la Corte subyace en que las leyes estatutarias, conforme al artículo 152 de la Constitución, regulan de manera exclusiva un derecho o un deber fundamental de la persona y los

procedimientos para su protección. De acuerdo con el artículo 153, su aprobación debe hacerse por mayoría absoluta de los miembros del Congreso, en una legislatura y previo control por parte de la Corte Constitucional, en la que expresó:

> "[...] para definir si un cierto contenido normativo debe ser vaciado en ley estatutaria, es necesario establecer si mediante él se regula total o parcialmente una de las materias enunciadas en el artículo 152 de la Constitución. No es suficiente, para hacer exigible esta modalidad de legislación, que el precepto en cuestión haga referencia a uno de tales asuntos ni que guarde con esos temas relación indirecta. Se necesita que mediante él se establezcan las reglas aplicables, creando, así sea en parte, la estructura normativa básica sobre derechos y deberes fundamentales de las personas, los recursos para su protección, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición, las funciones electorales, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción.
>
> La reserva de ley estatutaria para leyes que regulan derechos fundamentales se justifica en el propósito constitucional de su protección y defensa; busca garantizarlos en mayor medida; no se trata de elevar a rango estatutario toda referencia a tales derechos, y menos de afectar, para hacer rígida o inmodificable, la normatividad referente a otras materias que, por motivos no relacionados con su núcleo esencial, aluda a ellos (Corte Constitucional: Sentencia C-261 de 2001)

En el caso específico de la regulación de derechos fundamentales, la Corte ha precisado que no todo aspecto que se relacione de una u otra forma con un derecho fundamental necesariamente debe incorporarse en la ley estatutaria que lo desarrolla o complementa (Corte Constitucional: Sentencia C-251 de 1998)[11]. Sin embargo, el argumento de la Corte frente a la reserva de la información tiene tres problemas: i) al no establecer en su metodología un núcleo esencial, este derecho puede limitarse por cualquier contenido legislativo; ii) no define si debe ser por una ley estatutaria u ordinaria las reservas de información; iii) ni tampoco razona cuáles son los límites competenciales que debe tener las autoridades administrativas para clasificar y restringir la información.

Sumado a este argumento, se evidencia que al no establecerse cuáles son las reglas de competencia para limitar la información, las reservas de información de defensa y seguridad nacional se encuentran dispersas por el ordenamiento jurídico, aspecto que considero cuestionable. Si materias como la defensa y seguridad nacional son sujetas de reserva de información deben integrarse en un cuerpo normativo integral, con el fin de establecer con mayor precisión la obligación de las entidades de publicar la información y una justificación en el momento de reservar la información, previo fundamento legal.

---

[11] En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-013 de 1993, C-311, C-313, C-408 y C-425 de 1994, C-582 de 1996, C-498 de 1998, C-620 de 2001).

En torno a la problemática de leyes estatutarias y ordinarias que establecen reservas de información, acudo a dos ideas que plantea Marín Cortés: i) las leyes ordinarias preconstitucionales y las leyes ordinarias posconstitucionales, pero previas a la expedición de estas leyes estatutarias están derogadas, y por lo tanto, no pueden crear reservas de forma autónoma u originaria, pero si derivada; ii) las leyes ordinarias participan en la cocreación de reservas, pero solo de forma derivada, teniendo en cuenta los parámetros y materias prescritas en normas estatutarias (2017, págs. 592-593).

Estas dos tesis que expone de Marín Cortés permiten afirmar que solo es la Ley estatutaria la que puede establecer reservas de información y la ley ordinaria actúa como un complemento. Si se asume esta tesis, materias como la defensa y seguridad nacional, contenida en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, donde se expiden normas en torno a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, puede establecer reservas de información sobre esa materia, a diferencia de leyes ordinarias que lo regulan. Bajo este enfoque metodológico, se expone en el próximo tópico un análisis crítico de las normas y jurisprudencia que componen el sistema normativo de defensa y seguridad nacional.

2. Crítica y análisis de las reservas de información por defensa y seguridad nacional en el ordenamiento jurídico colombiano. Estudio de la jurisprudencia constitucional

En este acápite se analiza las reservas de información pública desde de la jurisprudencia, tomando como referencia las sentencias de la Corte Constitucional y una del Consejo de Estado, con el fin de construir y determinar el alcance de las reglas desde la doctrina del precedente. Para cumplir con este cometido, no se acude a la metodología jurisprudencial propia que busca establecer cuáles han sido las reglas y parámetros que disponen estos órganos de cierre en determinadas materias, acudiendo a sentencias derivadas de control abstracto, teniendo en cuenta también sentencias de control concreto.

Se elabora una línea de análisis de las sentencias de constitucionalidad y de tutela con respecto a las reservas de información de defensa y seguridad nacional a partir de los temas o categorías conceptuales que son coyunturales, esenciales y transversales para establecer los límites. En esta línea, se acude a una especie o estudio de la jurisprudencia constitucional mediante un *razonamiento conceptual*, que busca determinar lo definido por la Corte Constitucional frente a la reserva de información de defensa y seguridad nacional planteada en diferentes problemas jurídicos. Con este método propio busca establecerse las reglas, a partir de las semejanzas o diferencias entre los diferentes pronunciamientos judiciales de constitucionalidad como de tutela, con el fin de elaborar el alcance de estas categorías en el marco de la reserva de información de defensa y seguridad nacional.

En este sentido, se desarrollan 7 tópicos que se identifican dentro de estas sentencias, que pueden considerarse como algunos límites a la restricción a la información por defensa y seguridad nacional, objetivo central de este trabajo: i) la defensa y seguridad nacional como

materia de reserva de información; ii) la función pública y la administración de las reservas en el sector defensa y seguridad nacional: meritocracia vs confianza y estudios de seguridad; iii) la especialidad en la contratación pública en el sector defensa y seguridad nacional; iv) la reserva de información de defensa y seguridad como política de Estado: interés nacional y el poder nacional vs pluralismo político y estatuto de oposición; v) la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional y el derecho a la intimidad y el hábeas data; vi) el reglamento y la restricción al acceso a la información pública desde un estudio del Consejo de Estado; y vii) la verdad y el derecho de las víctimas como excepción a la reserva de información pública.

Estos siete temas no son los únicos que podrían analizarse con respecto a la restricción de la información por la defensa y seguridad nacional, sino que se consideran importantes para entender y preguntarse qué tan democrático es nuestro Estado de derecho a partir del análisis del sistema de normas. De este modo, lo que se discute es el contenido de las reservas de información de defensa y seguridad nacional y sus límites con la Constitución Política y la ley, a partir de la reflexión de reglas jurisprudenciales, disposiciones legislativas y reglamentarias, que no se caracterizan por su coherencia y uniformidad.

2.1. La defensa y seguridad nacional como materia de reserva: la discusión entre el daño y la integración con las causales de reserva legal

La defensa y seguridad nacional como materia de reserva de información pública fue regulada en un principio en el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, el cual disponía que podía accederse a los documentos públicos, salvo las restricciones de orden constitucional y legal y en especial, los que se relacionan con la defensa y seguridad nacional. Esta materia objeto de reserva de información debe complementarse con las causales que están reguladas en la Ley, y no presentarse como la justificación para restringir la información pública.

No obstante, esta tesis que se plantea no es fácil de configurar a partir de las sentencias de la Corte Constitucional, en especial, las que realizaron un control de constitucionalidad previo de la Ley 1712 de 2014 y 1755 de 2015. Al respecto, el artículo 19 de la Ley Estatutaria de acceso a la información, el cual regula la información pública reservada dispone que podrá rechazarse o denegarse el acceso por diversas circunstancias, como es el caso de la defensa y seguridad nacional y la seguridad pública, prescritas en los literales a) y b)[12].

La Corte Constitucional en la Sentencia C-274 de 2013 que hace un control previo de esta Ley señala que la expresión «circunstancias», no se refiere a una situación o supuesto

[12] «Artículo 19. Información Exceptuada Por Daño A Los Intereses Públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional: a) La defensa y seguridad nacional; b) La seguridad pública; […]»

particular que justifique la reserva, sino que remite a materias o intereses generales protegidos que en teoría justifican la misma. Sin embargo, una interpretación sistemática de este artículo con el artículo 28 de la Ley Estatutaria de información pública, permite concluir que se exige el cumplimiento de ciertas circunstancias que deben probarse por el sujeto obligado. Por tanto, la entidad que niegue el acceso a un documento público, alegando su carácter reservado debe i) hacerlo por escrito y demostrar ii) la existencia de un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido, y iii) que el daño que puede producirse es significativo.

La Corte Constitucional expresa que, a pesar de la aparente generalidad de los términos empleados por el legislador estatutario para su regulación, la posibilidad de que tales intereses en concreto prohíban la publicidad o el establecimiento de una reserva depende en cada caso que dicha restricción obedezca a un interés legítimo e imperioso y no exista otro medio menos restrictivo para garantizar este interés. Así mismo, este Alto Tribunal manifiesta: «[…] la aplicación de la reserva en estas materias, debe estar expresamente consagrada en la ley o en la Constitución, en términos precisos; (i) y motivarse en cada caso concreto (ii) que existe un riesgo real, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse sea significativo, si se autoriza el acceso a esa información» (Corte Constitucional: Sentencia C-274 de 2013).

Esta misma postura se encuentra la Sentencia C-951 de 2014, con respecto al análisis previo del artículo 24 numeral 1 de la Ley Estatutaria del derecho de petición[13], en la que expresa que la restricción de información relacionada con la defensa y seguridad nacional constituye un objetivo constitucionalmente legítimo prescrito en el artículo 216 de la Constitución Política, que justifica la reserva de la información. Esta es la razón por la cual es constitucional, de acuerdo a que su aplicación las autoridades competentes deben observar los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. En esta línea, para limitar el derecho de acceso a la información pública debe cumplir con las tres condiciones, como es hacerlo por escrito, el riesgo de dañar el interés protegido y que sea significativo. No obstante, el planteamiento de la Corte Constitucional no tuvo en cuenta que la Ley Estatutaria del derecho de petición no reguló un artículo sobre el daño para establecer una restricción de la información, a diferencia de la Ley 1712 de 2014.

Estos análisis a partir de las Sentencias de la Corte Constitucional –C 274 de 2013 y C-951 de 2014- generan dudas en cuanto a la aplicación de daño, pues da a entender que la sola invocación de la ley no es suficiente para negar la información pública, sino que requiere de una motivación en la que se demuestre cuál es la afectación al derecho o el bien constitucional valioso. Esta forma de pensar es ajena a lo que se entendía en la Ley 57 de

[13] «Artículo 24 de la Ley 1437 incorporado por la Ley 1755 de 2015 -Ley estatutaria del derecho de petición-. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales […]»

1985, la cual disponía en el artículo 12 que «toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional».

Esta concepción del daño es importada de los parámetros internacionales de la CIDH, de la OEA y de algunas experiencias de países como México, donde se ha dicho que no basta que un documento verse sobre seguridad nacional, salud pública e intimidad personal, para que sea reservado, automáticamente, sino que es necesario demostrar que la divulgación de este documento genere un daño. Por tanto, se requiere de la ponderación de los principios en colisión –seguridad nacional vs información pública- para poder determinar de manera cierta que la segunda pone en riesgo a la primera, por lo que procedería una reserva temporal del documento. Los criterios que guían este análisis se le conoce como prueba de daño (López Ayllon & Posadas, 2019, pág. 23).

La prueba del daño se exige en el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, que prescribe que le corresponde al sujeto obligado aportar las razones y pruebas que fundamentan que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En esta idea, el sujeto obligado debe demostrar que la información se relaciona con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, debe determinar si se trata de una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causa un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.

Aunque parece legítima la obligación que tienen los sujetos obligados en demostrar por qué no se brinda información, esto genera una discrecionalidad mayor a la que se quería evitar, por las siguientes razones: en primer lugar, no se fija un estándar que defina por qué se niega un documento; en segundo lugar, aumenta la discrecionalidad de los sujetos obligados, pues una mala ponderación de principios afecta bienes constitucionalmente valiosos, y derechos de terceros como la intimidad personal.

En mi consideración, el Legislador debió establecer como límite reservas precisas y claras, para que el sujeto obligado invoque cuál es la restricción a la información, sin acudir en actividades de ponderación de principios o valores, pues lo establecido en la Ley 1712 como en la Ley 1755 de 2015 no aluden a causales de reserva de información, sino a materias que deben integrarse e interpretarse mediante normas más estrictas sobre la restricción a la información. En otras palabras, la reserva de información de defensa y seguridad nacional contenidas en estas leyes estatutarias deben interpretarse de forma sistemática con las demás leyes que contienen causales de reserva de información, pues si no se estaría en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de las entidades.

Es evidente que la Corte Constitucional se contradice en el sentido que si bien establece que las reservas de información de defensa y seguridad nacional deben ser precisas y claras, le brinda una autonomía y sustento a las materias sujetas de reserva en las leyes estatutarias, que se caracterizan por ser categorías conceptuales amplias. De este modo, la Corte

Constitucional de forma equivocada permite la configuración de la restricción de la información a partir de la indeterminación de definir qué es defensa y seguridad nacional para las autoridades administrativas.

2.2. La función pública y la administración de las reservas en el sector defensa y seguridad nacional: meritocracia vs confianza y estudios de seguridad

Un aspecto que poco se analiza en la reserva de la información son los requisitos y condiciones de quiénes la administran, es decir, el ingreso, funciones y evaluación. En este aspecto la reserva de información de defensa y seguridad nacional no solo debe analizarse sobre los contenidos que se basan para la restricción de la información, sino también debe entenderse como el acceso a los cargos públicos es un escenario perfecto para limitar. En efecto, se revisa la función pública como un objeto de estudio transversal al entendimiento de las reservas de información, en especial, las que corresponden al sector defensa y seguridad nacional. Es decir, no solo la reserva documental es fundamental para un análisis de la restricción de la información pública, sino que también debe analizar los que la administran, producen y almacenan, se les establece reglas o criterios para su ingreso como para su ascenso basados en estudios de seguridad de carácter reservado. A partir de esta conceptualización, se desarrollan dos tópicos: i) el acceso y ejercicio de los empleos públicos civiles en el sector de defensa y seguridad nacional; y ii) las particularidades para el ascenso a los empleos castrenses.

i) *Acceso y ejercicio de los empleos públicos civiles en el sector defensa y seguridad nacional.* La función pública en un sentido estricto se concibe como un sector particular de la actividad estatal, que gestiona las tareas de las personas que prestan servicios a las diferentes entidades y órganos que componen al Estado (Vergara Mesa, 2019, pág. 10). Es decir, se refiere a los individuos que se involucran de forma directa o indirecta en el desarrollo de las funciones estatales, como son los empleados públicos, trabajadores oficiales, miembros de corporaciones públicas, entre otros (Vergara Mesa, 2019, pág. 11).

El acceso a los empleos públicos en Colombia, según el artículo 125 constitucional está fundada en la carrera, exceptuando los de elección popular, libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. De este modo, para el ingreso al sector público se basa, en un principio, en un sistema meritocrático que garantiza estabilidad institucional, independiente de la afiliación política.

A partir de esta conceptualización, el régimen normativo de la función pública tiene una particularidad con respecto al ingreso al sector de defensa y seguridad nacional. Para ello, se destaca la Ley 443 de 1998, «Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones», que en su artículo 5 establece que los empleos de los organismos son de carrera administrativa, es decir, por concurso público de méritos, excepto, entre otros, los definidos en el literal b, inciso segundo, que dispone: «En las Fuerzas

Militares y de la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza *intuitu personae* requeridas en quienes lo ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional».

Este aparte fue demandado al considerarse que el artículo 125 de la Constitución Política establece excepciones a la regla general de carrera administrativa, entre las que se encuentran los empleos de libre nombramiento y remoción. Al respecto, dispone que la ley al referirse a esos empleos establece criterios que no contempla la Carta para que un cargo de libre nombramiento y remoción sea excluido de la carrera administrativa. Así mismo, se expresa que los apartes acusados al relacionar cuáles empleos quedan excluidos de carrera administrativa, particularmente los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones adscritos a las Fuerzas Militares y de Policía Nacional «en razón de la necesaria confianza *intuitu personae* requeridas en quienes lo ejerzan, vulneran el derecho a la igualdad porque hace una clasificación excluyente».

La Corte Constitucional expresa en la Sentencia C-161 de 2003 que esta ley al excluir del régimen general de carrera administrativa de los cargos adscritos a las dependencias de inteligencia y comunicaciones de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, no se basó en un criterio orgánico, sino que obedeció a la necesidad de vincular personal confiable dada la naturaleza de las funciones que se ejercen en las divisiones de inteligencia y comunicaciones de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. De este modo, expresa que el nominador debe gozar de discrecionalidad para retirar del servicio al empleado que no cumpla con las calidades profesionales, personales y de confianza que se exigen para el desempeño de los cargos a que se ha hecho referencia, sin que implique arbitrariedad o manejo abusivo del ejercicio de la facultad nominadora.

En esta misma línea, el parágrafo del artículo 22 de la Ley 443 de 1998 dispuso que en los concursos que se adelanten en el Ministerio de Defensa Nacional, en las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional con excepción de sus entidades descentralizadas, antes de la conformación de las listas de elegibles se efectúa a cada concursante un *estudio de seguridad de carácter reservado*, de resultar desfavorable, se constituía en una causal para no incluirlo en la lista de elegibles. En el supuesto que se trate de utilizar listas de elegibles de otras entidades, al nombramiento debe preceder del respectivo estudio de seguridad y si resulta desfavorable no podrá nombrarse. Este texto fue demandado, en especial la expresión *estudio de carácter reservado*, por vulnerar el principio de la dignidad –artículo 1–, el derecho defensa –artículo 29- la posibilidad de acceder a cargos públicos –artículo 40– y que el concurso ya no era público –artículo 125–.

En la Sentencia C-942 de 2003 estableció que este parágrafo es conforme con el ordenamiento constitucional y la expresión estudio de carácter reservado, debe comprenderse

que no aplica para los directamente interesados, los cuales son quienes concursan para cargos de carrera en el Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares y en la Policía Nacional. En otras palabras, estas personas tienen derecho de informarse sobre los resultados del concurso y los motivos para su exclusión, como es el sistema de carrera administrativa como regla general, y por tanto, la reserva puede aplicarse frente a terceros.

Posteriormente, la Ley 443 de 1998 fue derogada por la Ley 909 de 2004, que siguió con la misma línea, pues el artículo 5°, numeral 2°, literal b, inciso tercero dispone que es una excepción a la carrera administrativa, aquellos empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, con fundamento en la confianza *intuitu personae* requerida en quienes los ejerzan, dado a la administración de la información concerniente al ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional.

En esta misma concepción, el Decreto Ley 780 de 2005, «Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera para los Empleados del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República», dispone en el inciso final del artículo 11.6 que previo a la expedición de la resolución de nombramiento en período de prueba, debe efectuarse al seleccionado un *estudio de seguridad de carácter reservado*, que de resultar desfavorable es causal para que no pueda nombrarse y sea excluido de la lista de elegibles. De igual manera, en el artículo 29.13 del Decreto 780 de 2005 establece que el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia luego del estudio de seguridad de carácter reservado no debe motivarse. Con un contenido similar el artículo 20 del Decreto Ley 790 de 2005 dispone que previa la expedición del acto administrativo de nombramiento en período de prueba, para la provisión de los empleos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, se realiza al seleccionado un estudio de seguridad de carácter reservado, que si resulta desfavorable es causal para que no se nombre y se excluya de la lista de elegibles.

En efecto, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-1173 de 2005 que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes debe basarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pone en peligro o se lesiona la seguridad de las personas que laboran en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la seguridad ciudadana. Ahora bien, con la exigencia que no se requiere la motivación del acto administrativo según el artículo 29.13. del Decreto Ley 780 se declaró inconstitucional, puesto que no hay un argumento para vulnerar el debido proceso en empleos de carrera, solo fundado en estudio de seguridad de carácter reservado.

En esta misma línea, de las anteriores normas prescribe el artículo 4° de la Ley 1033 de 2006 que para la vinculación de personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, debe realizarse un estudio de seguridad de carácter reservado, a los aspirantes a ocupar cargos, el cual debe resultar favorable para acceder a los mismos. No

obstante, esto no aplica para la vinculación del Ministro de Defensa Nacional, Viceministros y Secretario General.

Esta norma fue demandada por inconstitucional por vulnerar los artículos 13 (igualdad), 29 (derecho a la defensa y el debido proceso), 40-7 (desempeño de cargos públicos), 125 (posibilidad de acceder a la carrera administrativa), 15 (derecho a la honra y al buen nombre), 20 (derecho a la rectificación de informaciones) y 25 (derecho al trabajo) de la Constitución Política. Destaca que se viola el derecho de defensa pues al ser reservado el estudio la persona no podrá defenderse y se le está imponiendo una sanción sin una garantía del debido proceso.

La Corte Constitucional con respecto a esta norma expresó en la Sentencia C-211 de 2007 que se condiciona la citada disposición en el mismo sentido a que se refirió la Corte en la sentencias C-942 de 2003 y C-1173 de 2005, es decir, que el carácter reservado del estudio de seguridad se impone para terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Así mismo, el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes debe fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para evidenciar que se pone en peligro o se lesiona la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana.

En estas 4 sentencias de constitucionalidad – C-161 de 2003, C-942 de 2003, C-1173 de 2005 y C-211 de 2007– se establece una regla que justifica la forma de selección de aquellos empleos que pertenecen al sector defensa y seguridad nacional, bajo criterios de estudios de seguridad. En este caso, se plantean tres ideas: en primer lugar, el carácter reservado de la información solo aplica a terceros, pero no a los destinatarios de la reserva, cuando se realizan los denominados estudios de seguridad de carácter reservado; en segundo lugar, la especialidad del ingreso para ejercer cargos públicos civiles en este sector, buscando garantizar la confidencialidad de la información que pueden administrar; en tercer lugar, la excepcionalidad a la aplicación de las reglas de un sistema meritocrático, fundado en la confianza.

ii) *las particularidades para el ascenso a los empleos castrenses.* El Decreto Ley 1799 de 2000, «Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones», es decir, tiene como finalidad definir las normas, criterios, técnicas y procedimientos para la evaluación y clasificación de los oficiales y suboficiales al servicio de las Fuerzas Militares, exceptuando los generales y de insignia. En tal sentido, es importante destacar el artículo 27 del precitado Decreto que dispone: «Son documentos elaborados por las autoridades evaluadoras y revisoras en los que se consignan informaciones y juicios de valor acerca de las condiciones personales y profesionales de los oficiales y suboficiales regidos por este decreto. Los documentos de evaluación tienen carácter de

reservado salvo para las partes que intervienen en el proceso». Así mismo, el artículo 42 del precitado Decreto prescribe: «Las sesiones decisorias de la junta clasificadora y las decisiones tomadas tienen carácter reservado, así como los documentos en que ellas consten».

Los documentos que se elaboran de estas clasificaciones y evaluaciones a los oficiales y suboficiales se les confiere un carácter reservado, que es necesario discutir en razón a las competencias de las autoridades administrativas. Al respecto, la Sentencia C-872 de 2003 analizando la constitucionalidad de los artículos 27 y 42 del precitado Decreto discute si mediante un decreto-ley puede regularse reservas de información con respecto a los documentos elaborados por las autoridades evaluadoras y revisoras en los que se consignan informaciones y juicios de valor referente a las condiciones personales y profesionales de los oficiales y suboficiales, así como las sesiones y las decisiones adoptadas por la Junta Clasificadora. De igual manera, el Alto Tribunal se pregunta si las disposiciones demandadas vulneran o no los principios constitucionales de democracia participativa, publicidad, acceso a documentos públicos y petición.

La Corte Constitucional expresó en su momento que para que el contenido sea de una ley estatutaria, la regulación de un derecho fundamental debe ser integral, estructural y completa. A pesar que no se cumple con este objetivo en el precitado Decreto, las excepciones al acceso a la información solo se admiten si tienen por objetivo proteger un derecho fundamental o algún bien de especial importancia, como lo es la seguridad nacional. En efecto, debe acreditarse que tales derechos o bienes se afectarían si se difunde determinada información, lo que hace necesario mantener la reserva.

Ahora bien, frente a las normas legales demandadas establecen determinadas reservas, con diversos alcances en cuanto a las personas frente a las cuales aplican, sobre unos documentos públicos emitidos durante los procesos de evaluación de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Por otro lado, en relación con la reserva legal que recae sobre los juicios de valor efectuados por las autoridades evaluadoras y revisoras, considera la Corte que la norma busca salvaguardar la imparcialidad y la independencia de los servidores públicos que adelantan estas labores, y en tal sentido, el secreto se constituye en un instrumento que permite el funcionamiento de las Fuerzas Militares. En esta línea, se requiere definir los objetivos perseguidos con el adelantamiento de los procesos de evaluación del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, los principios rectores y las diversas etapas que los conforman, y si en los procesos de evaluación se toman en cuenta las investigaciones penales y disciplinarias que se adelantan contra el servidor público por la presunta comisión de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Así las cosas, del examen de estos documentos públicos la Corte determina que busca reseñar información personal y profesional del oficial o suboficial, que sirve para evaluar el desempeño del servidor público. La prevalencia del derecho a la intimidad y la seguridad

nacional sobre el principio de publicidad y derecho de participación en los asuntos públicos se matiza en razón a que una sociedad democrática, cualquier ciudadano cuenta con el derecho a que las autoridades evaluadoras y revisoras brinden datos serios y confiables sobre conductas de los miembros de las Fuerzas Militares, en el evento que hayan incumplido sus deberes constitucionales.

A partir de este conflicto entre principios y valores constitucionales, se expresa por parte de la Corte Constitucional que el artículo 27 es constitucional, fundamentado en que los documentos construidos por las autoridades evaluadoras y revisoras y las respectivas evaluaciones tienen carácter reservado, busca salvaguardar el derecho a la vida, integridad e intimidad del evaluado. Por el contrario, sobre el artículo 42 la Corte Constitucional expresa que la imposición de una reserva legal sobre los actos administrativos mediante el cual se decide clasificar para ascenso en una lista o en otra a un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, así como la imposición del secreto sobre los documentos que en ellos consten, no persiguen un fin constitucionalmente válido. Sin duda, a diferencia de lo que sucede con la reserva legal existente sobre documentos que conforman el proceso de evaluación de los oficiales y suboficiales, la cual se justifica por la protección de los derechos a la vida, integridad física e intimidad del evaluado, aquella que ha sido establecida sobre los motivos que llevaron clasificar de determinada manera para un ascenso, no se justifican en una sociedad democrática.

En efecto, del examen constitucional a las funciones legales atribuidas a la Junta Clasificadora se concluyen que los documentos donde se exponen los motivos por los cuales un oficial o un suboficial fue clasificado para ascenso en una u otra lista, no se relacionan con el mantenimiento de la seguridad nacional ni con el disfrute de los derechos fundamentales del evaluado. Por tanto, el conocimiento de los mismos, por parte de la ciudadanía no lesiona un bien jurídico. Sin duda, se trata de simples decisiones administrativas, sobre el manejo de personal, las cuales no presentan un vínculo de conexidad material con la protección de la integridad territorial del país ni con la defensa de las instituciones. Tampoco encuentran soporte alguno en la garantía del derecho a la intimidad del oficial o suboficial sujeto a estos procesos de clasificación para ascenso. De esta manera, se declara constitucional la expresión «las sesiones decisorias de la junta clasificadora tienen carácter reservado» del artículo 42 del decreto 1799 de 2000 e inconstitucionales las expresiones «y las decisiones tomadas» y «así como los documentos en que ellas consten» del mismo artículo.

Ahora bien, es muy particular que se haya declarado la constitucionalidad del artículo 42 frente a la reserva de las deliberaciones de las juntas decisorias, porque es el verdadero insumo para establecer la motivación de una decisión contenida en el acto administrativo. En este aspecto, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la reserva de los documentos y las decisiones administrativas que toman este tipo de autoridades, y no frente a las actas que contienen la motivación ulterior del acto administrativo. Parece un contrasentido que haya

declarado parcialmente constitucional el artículo 42, cuando el acto administrativo se origina de previas deliberaciones de las juntas decisorias. Entonces, deberá preguntarle a la Corte Constitucional ¿Cómo se sustenta la motivación de un acto administrativo sin las respectivas actas deliberatorias?

2.3. La especialidad en la contratación pública en el sector defensa y seguridad nacional

La contratación pública es una actividad fundamental para el ejercicio de la función administrativa y la garantía del interés general. No obstante, esta institución es compleja desde un punto de vista jurídico, pues en varias de sus actuaciones, como son la celebración de contratos, se administran, destinan e invierten los recursos públicos. Bajo el amparo de reglas en los contratos estatales, se constituyó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en adelante –EGCAP– que se concibió como la mejor forma de configurarse en un sistema normativo que unificara la actividad contractual de las entidades que forman parte del Estado. No obstante, fue más una pretensión que una realidad institucional, puesto que hay entidades que por medio de leyes especiales o por el mismo EGCAP se les posibilitó la aplicación de un régimen especial similar al privado.

En este contexto, las reglas de la contratación del sector defensa y seguridad están contenidas en el EGCAP. Al respecto, se establecen las reglas establecidas en dicho estatuto: i) el artículo 2, numeral 2, literal i) de la Ley 1150 de 2007 disponen que es causal de selección abreviada la contratación de bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional; ii) el artículo 2, numeral 4, literal d) prescribe como causal de contratación directa los bienes y servicios en el sector Defensa que necesiten reserva para su adquisición; y iii) el literal j adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015 prescribe que es causal de contratación directa los bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia que necesiten reserva para su adquisición.

No obstante, no toda la contratación del sector defensa y seguridad nacional están sujetas al EGCAP, sino que existen normas especiales que contienen restricciones a la contratación y a la administración de la información pública. En tal sentido, la Ley 1097 de 2006, «Por la cual se regulan los gastos reservados», establece reglas para la contratación pública concerniente a este tipo de gastos, que son definidos en el artículo 1° así: «Los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes. Igualmente, son gastos reservados los que se realicen para expedir nuevos documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten actividades de inteligencia y contrainteligencia […]». Este tipo de gastos se caracterizan por la restricción de la información y la potestad de la administración de conservarlos en secreto.

Estos gastos reservados, según el artículo 3° de la precitada ley no se sujetan a las reglas del EGCAP, por el contrario, estas erogaciones están sometidas a un procedimiento especial que adopta el Gobierno Nacional mediante reglamento. El artículo 5 de la precitada ley dispone que la información relacionada con gastos reservados tiene una reserva de ley por un periodo de 20 años, sin perjuicio de las investigaciones penales, disciplinarias o fiscales. Con excepción del control político que determina la Constitución Política y las investigaciones formales que se refiere a la información del presente artículo solo podrá examinarse por el grupo auditor. La información por su carácter reservado no es pública y el informe respectivo se rinde en forma separada que goza de reserva, por lo que solo acceden las autoridades competentes con fines de control político, penal, disciplinario o fiscal. Por otro lado, el artículo 6 prescribe que en aquellos eventos o condiciones de seguridad que no permitan la obtención de soportes, los gastos pueden solo respaldarse en infiltraciones o penetraciones de grupos al margen, con una relación de gasto e informes de resultado, validada por el responsable, por el comandante de la unidad táctica u operativo y/ o sus equivalentes. Así mismo, preceptúa este artículo que las entidades que ejecuten gastos reservados deben implementar con las dependencias de Control Interno de cada institución los manuales de funciones y procedimientos propios que garanticen una ejecución eficiente.

La Ley 1097 de 2006 fue demandada al restringir presuntamente el núcleo esencial del derecho de acceso a la información pública y el derecho de petición al establecer una reserva de la información sobre gastos reservados. Ahora bien, como cargos específicos para la demanda se plantean: i) el artículo 3º de la precitada al violar presuntamente los artículos 113, 150 y 209 de la Constitución Política, delegó en el Gobierno Nacional una función privativa del Congreso de la República, cual es la fijación del procedimiento especial para regular las erogaciones que se derivan de los gastos reservados; ii) el artículo 5º viola el artículo 284 de la Constitución Política, puesto que no consagra dentro de las autoridades que pueden tener acceso a información sobre gastos reservados a la Defensoría del Pueblo, pese a que la Constitución dispone que a esta entidad no le es oponible reserva alguna; y iii) el artículo 6 viola el principio de moralidad pública en el sentido que un gasto reservado puede respaldarse de cualquier manera y por el servidor público de la entidad estatal, bastando una relación de gastos y un informe sobre su uso.

De acuerdo a este problema jurídico, la Corte Constitucional en la Sentencia C-491 de 2007 expresa que no puede afirmarse que se está ante una restricción que, al menos en principio, comprometa el núcleo esencial de los derechos fundamentales afectados, y por tanto, implique que sea regulada mediante una ley estatutaria. La finalidad de proteger la seguridad o defensa nacional es constitucionalmente legítima y por lo tanto para el logro de tales objetivos puede restringirse la información mediante reservas en leyes ordinarias. Sin embargo, en cada caso es necesario «acreditar que tales derechos o bienes se afectan si se difunde determinada información, siendo necesario mantener la reserva». En otras palabras, no basta con justificar la defensa y seguridad del Estado para que cualquier restricción sea admisible. La Corte declara constitucional la Ley sólo en cuanto al cargo formulado en la

demanda, es decir, que la regulación de un límite al derecho de acceso a la información con el objetivo de garantizar la seguridad nacional y el orden público no contraría la Constitución. De este modo, el Alto Tribunal en los cargos genéricos se funda en un argumento que me parece importante destacar, que es no limitar la información por el solo hecho de invocar la defensa y seguridad nacional, sino que debe salvaguardarse principios, como el de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, con respecto a los cargos específicos, la Corte plantea: en primer lugar, frente al artículo 3° se expone que el régimen general de contratación de los gastos reservados debió regularse en una norma legal y no en un decreto reglamentario, y por tanto, se declara la inconstitucionalidad diferida para no afectar estos bienes e intereses constitucionales; en segundo lugar, el artículo 5 se declara constitucional, puesto que el artículo 284 constitucional posibilita la existencia de una reserva legal oponible a la Defensoría del Pueblo; y finalmente, el artículo 6 es constitucional, pues sería desproporcionado exigir una legalización completa de los gastos incluyendo la entrega de facturas, recibos, entre otros, cuando esta exigencia, puede poner en peligro la vida y la seguridad del servidor público que adelanta la respectiva operación de inteligencia.

Ante la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ley 1097 de 2006, se instauró la Ley 1219 de 2008, «Por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados». Dentro de los principios consagrados en este régimen especial, se establece el de reserva de los servidores públicos, contratistas y en general quienes intervienen en este tipo de contratación, so pena de sanciones civiles, penales y disciplinarias. Así mismo, dentro del mismo 7° de esta ley dispone que, por la naturaleza de la contratación, los organismos del Estado que realicen actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes y en general todos aquellos que realicen actividades descritas como gastos reservados no requieren publicación en el Diario Único de Contratación Pública ni en el portal de contratación de la Entidad. De esta manera, los contratos así celebrados, tienen reserva legal.

En torno a la reserva de información de la contratación que se relaciona con el sector defensa y seguridad considero que no tienen una justificación clara, más allá del sentido de la Corte que señala que la simple invocación no es suficiente para restringir la información. Este argumento subyace en que las actuaciones que se desarrollan en materia de contratación pública no afectan en estricto sentido derechos fundamentales, como la intimidad personal o la honra, por el contrario, deben ser públicas, puesto que se vincula cómo las entidades públicas invierten los recursos públicos. De este modo, considero que la contratación del Sector Defensa y Seguridad debe ser pública, pues los mandatos legales y reglamentarios establecen la obligación de la publicidad, sin tener que acudir a solicitudes previas de las personas.

2.4. La reserva de información de defensa y seguridad como política de Estado: interés nacional y el poder nacional vs pluralismo político y estatuto de oposición

La defensa y seguridad nacional se constituye en un pilar de la salvaguarda de la democracia, justificado en la existencia y preservación del Estado de derecho. No obstante, es necesario definir hasta qué punto las reglas que limitan el acceso a la información en garantía de la defensa y seguridad nacional como función y política del Estado es justificada, o por el contrario, es una restricción a la democracia. A partir de este debate, entre democracia y defensa y seguridad nacional, se plantean dos tópicos: i) el poder nacional y la reserva de información de defensa y seguridad nacional; y ii) el estatuto de oposición y la restricción a la información pública.

i) *El poder nacional y la reserva de información de defensa y seguridad nacional: un enfoque autoritario en una constitución garantista.* Una discusión en torno a la reserva de información de defensa y seguridad nacional implica aludir a conceptos maleables y dúctiles, que en ocasiones pueden tener una orientación nacionalista y con ello un fortalecimiento de sistemas normativos autoritarios. En esta perspectiva, se analizan conceptos con una alta carga emotiva y vaga, como el interés nacional o el poder nacional, que pueden justificar desde un punto de vista político-jurídico la reserva de información de defensa y seguridad nacional.

Para entender un poco esta relación de conceptos, se acude a la Ley 684 de 2001 «Por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones». En dicho cuerpo normativo, se establece en el artículo 1, que el objeto de la precitada Ley es: «[…] Definir y conformar un Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, que adecue efectiva y eficientemente los recursos con que cuenta el Estado, de conformidad con sus atribuciones, *y de los ciudadanos, de conformidad con sus deberes constitucionales para asegurar razonablemente y en condiciones de igualdad, la seguridad y la defensa nacional*» [énfasis fuera de texto].

En esta línea, la ley como cuerpo normativo proclama sus primeros artículos su objetivos y principios básicos –Título I, arts 1 a 10–; regula las instituciones y funciones que integran el sistema de seguridad y defensa nacional –Título II, arts 11 a 36–; luego desarrolla los principales mecanismos de ese sistema –Título III, arts 37 a 52–, procedimientos particulares como el teatro de operaciones o la concesión de facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares –Título IV arts 53 a 61–; la movilización –Título V arts 62 a 69– y la ejecución operativa –Título VI, arts 70 y ss–.

El objeto de la precitada ley instaura un deber de la ciudadanía en salvaguardar la defensa y seguridad nacional y no en razón a competencias estrictas y restrictivas sobre el uso del poder nacional, como se evidencia en el artículo 9 que prescribía que era obligación de los colombianos apoyar a las autoridades, disponiendo de los recursos y medidas que las leyes demanden. Un aspecto discutible fue su relación con el Poder Nacional regulado en el

artículo 3 de la precitada ley, que lo definía así: «Es la capacidad del Estado Colombiano de ofrecer todo su potencial para responder ante situaciones que pongan en peligro el ejercicio de los derechos y libertades, y para mantener la independencia, la integridad, autonomía y la soberanía nacional en concordancia con lo establecido en los artículos 2o. y 95 de la Constitución Política». Así mismo, en el artículo 6 se definió a la defensa nacional, así: «Es la integración y acción coordinada del Poder Nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional».

Estos no son los únicos conceptos que se desarrollan en el marco de esta ley. También se presentan categorías conceptuales, como el orden público, la fuerza pública, la seguridad ciudadana, la seguridad nacional y la inteligencia estratégica. Estas categorías están vinculadas a un concepto amplio de salvaguarda y protección del orden constitucional. Ahora bien, se destaca la creación de un Consejo de Defensa y Seguridad Nacional liderado por el Presidente de la República y que frente a sus actuaciones tienen el carácter de reservado. Al respecto, el artículo 19 de la precitada ley establece: «Las deliberaciones y actas del Consejo serán de carácter reservado. El mismo carácter tienen los Documentos Primarios y Secundarios de Defensa mencionados en la presente ley».

La denominación de documentos primarios por parte de la Ley 684 de 2001, son aquellos construidos por el Consejo de Defensa y Seguridad Nacional, las cuales contienen objetivos nacionales, objetivos estratégicos, objetivos transitorios, estrategias, apreciaciones políticas. Mientras, los documentos secundarios corresponden al nivel de planeación estratégica de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos gubernamentales. En estos se establecen las medidas de coordinación indispensables para su ejecución dentro de la respectiva expresión del poder nacional.

Esta ley fue demandada por diversos colectivos de ciudadanos, quienes expresaron que la conformación de un sistema de seguridad y defensa nacional, cuyos principios y pilares básicos, se fundan en el noción de poder nacional, resultan incompatibles con los principios constitucionales y con el modelo de Estado proclamado por la Carta, desconociendo la separación de poderes, afectando la supremacía del poder civil sobre el militar, y por tanto, conduciendo a un estado de excepción permanente que erosiona el pluralismo político.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-250 de 2002 de acuerdo a los motivos expuestos en las demandas y en especial sobre la reserva de información que concierne a este trabajo, expresa que los documentos primarios y secundarios son elaborados por el Ministerio de Defensa, y en parte evaluados por el Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional, para luego ser aprobados por el Presidente, lo cual significa que ni el Congreso ni la ciudadanía inciden en su diseño. Así mismo, estos documentos tienen el carácter de reservados, igual que las actas de los consejos, los cuales se restringen por un tiempo indefinido. Estos documentos y deliberaciones no solo se refieren al orden público sino

también a temas económicos, sociales y políticos, lo cual evidencia la afectación al principio de publicidad, sumado a que es incluso oponible a las autoridades elegidas democráticamente. Así pues, la Corte Constitucional expresa que este tipo de regulaciones afecta los principios democráticos y la soberanía popular, al desconocer la publicidad que deben caracterizar las discusiones y deliberaciones que atañen al interés colectivo, justificadas en el poder nacional. Para la Corte Constitucional este tipo de regulaciones afecta la subordinación del ejercito al poder civil, brindando un carácter deliberante a la Fuerza Pública. Al respecto, la Corte expresa:

> […] el desarrollo práctico del poder nacional reposa en gran medida sobre el llamado planeamiento, que a su vez implica la elaboración de una serie de documentos primarios y secundarios, que contienen los objetivos del sistema de seguridad y defensa, así como los distintos planes y programas para alcanzar esas metas. Como ya se explicó, los objetivos de este sistema no se reducen al plano clásico del orden público sino que desbordan esa dimensión, y cubren potencialmente todos los campos políticos, económicos y sociales. Ahora bien, estos documentos primarios y secundarios, en los cuales se plantean los objetivos del sistema de seguridad y defensa, así como los planes y programas para alcanzarlos, son elaborados por el Ministerio de Defensa, en coordinación con los comandantes de las distintas Fuerzas Militares y el director de la Policía (art. 21 de la Ley). Esto significa que la presente ley ordena que los más altos mandos de la Fuerza Pública deliberen permanente sobre los desafíos que tiene Colombia en los campos políticos, económicos y sociales, y diseñen estrategias y planes para enfrentar esos retos. ¿Podría pensarse en una norma que desconozca más claramente el mandato constitucional, según el cual en Colombia la Fuerza Pública no es deliberante? (Corte Constitucional: Sentencia C-250 de 2002).

Estas discusiones se condensan en el concepto de poder nacional, que de acuerdo a una interpretación sistemática de su regulación en la Ley 684 de 2001 evidencia según la Corte la pretensión de institucionalizar un supra poder, con finalidades en todos los campos de la vida nacional. De esta manera, la ley acusada implica entonces una reformulación del concepto de poder, que es incompatible con la Constitución Política, puesto que contraría el pluralismo, la participación política, la publicidad y las libertades fundamentales. Por tanto, esta ley fue declarada inconstitucional por la visión como entendió la defensa y seguridad nacional en Colombia.

En suma, lo planteado por la Corte Constitucional evidencia que en los Estados sociales de derecho no son ajenos al establecimiento de reglas con un contenido autoritario y nacionalista, en el que prima el deber del ciudadano sobre la exigencia y sujeción a competencias estrictas por parte de las autoridades. En efecto, sistemas normativos, como el contenido en la Ley 684 de 2001 puede condensar un concepto de poder nacional o interés nacional que no se limita a una definición literal de la defensa y seguridad nacional, sino que tiene una pretensión que abarca los campos económicos, sociales y culturales.

ii) *El Estatuto de oposición y su papel en el control de las reservas.* Dos principios que son fundamentales dentro de una democracia nace de la garantía al pluralismo político y la participación ciudadana. Si no se garantiza reglas que salvaguardan estos principios, no permitiría derechos a la oposición política. En esta línea, la Ley Estatutaria 1909 de 2018, «Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes», prescribe reglas que permiten la salvaguarda de este tipo de derechos. Así pues, el artículo 16 de la Ley 1909 de 2018 dispone que las organizaciones políticas que se declaren en oposición tienen el derecho a acceder a la información pública dentro de los cinco (5) días a la presentación de la solicitud, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 258 de la Ley 5 de 1992.

La Corte Constitucional en un control previo a esta Ley, en especial al artículo 16, considera en la Sentencia C-018 de 2018 plantea los siguientes problemas jurídicos: «¿Se ajusta este proyecto a lo regulado en los artículos 20 y 74 de la Constitución y en normas del bloque de constitucionalidad en materia del derecho de acceso a la información?, ¿Cuál es el vínculo entre el acceso a la información pública y la reserva de la información?, ¿Afecta o genera instrumentos de control político adicionales a los previstos, o modifica lo dispuesto en el artículo 258 de la Ley 5ª de 1992?».

La Corte Constitucional expresa que existe una relación entre el derecho a la oposición política y el acceso a documentación pública. Este último derecho es un mecanismo para participar en sociedades democráticas. Esto permite entender su relación con el ejercicio de la actividad política de oposición, pues indica que para ejercer de manera fundamentada la libertad de asumir una posición crítica frente al Gobierno es necesario poder acceder, por ejemplo, a documentos que permitan conocer el diseño y la ejecución de programas y políticas que están ejecutando. De la misma forma, el mencionado artículo desarrolla de forma literal e integral el mandato constitucional previsto en los artículos 74 y 112 Superiores, por cuanto, se permite el acceso a información, y en especial se garantiza este derecho a las organizaciones políticas declaradas en oposición. En este sentido, la disposición promueve el derecho a la oposición política, al establecer un mecanismo de acceso a la información más expedito que el que se reconoce a las personas en general mediante el derecho de petición previsto en el artículo 23 constitucional. Así mismo, recoge lo establecido por la Constitución en el artículo 112 de la Constitución. No obstante, la Corte expone que el ejercicio de este derecho de acceso a la información como los demás derechos consagrados en dicho proyecto de ley, debe realizarse mediante los representantes de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, a las autoridades territoriales y nacionales que definan en sus estatutos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1909 de 2018.

De acuerdo al estudio de constitucionalidad, este Tribunal determinó que el artículo 16 del Estatuto de la Oposición no tiene la intención de modificar las excepciones a la reserva de la información. Con base en lo anterior, reitera la Corte que lo previsto en el precitado

artículo le aplican las disposiciones legales relacionadas con acceso a información –Ley 1755 de 2015–, según la misma sea modificada-, hábeas data, entre otras que se adecuen a las protecciones y restricciones previstas en el ordenamiento jurídico. De este modo, los miembros de la oposición política no pueden a acceder a la información pública reservada, a pesar que sea en ejercicio del control político del gobierno. Lo único que adquiere trascendencia es el término de respuesta a las solicitudes a la oposición política.

Se considera cuestionable el razonamiento de la Corte Constitucional en dos aspectos: en primer la restricción a la información no se flexibiliza con los derechos de la oposición política, pues lo único que cambia es el término de respuesta a la solicitud. Este tipo de regulaciones normativas, es una manifestación de un respeto y un culto al secreto de Estado, donde lo que prima no es la publicidad de las actuaciones del Estado, sino la necesidad de reservar información. En segundo lugar, la Corte no revisa la constitucionalidad de las normas desde una óptica de las competencias, donde resalte el deber de publicidad de la información, sin tener que acudir a derechos o solicitudes previas amparadas en el Estatuto de Oposición.

2.5. La reserva de información pública de defensa y seguridad nacional y el derecho al hábeas data

Las actividades de defensa y seguridad nacional son un elemento que componen el poder soberano de un Estado social de derecho, en el que se busca el mantenimiento del orden público. En esta línea, la Constitución Política de Colombia en su artículo 2° establece, entre otras cosas: «Son fines esenciales del Estado: […] defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo». Bajo esta consigna, la función de defensa y seguridad nacional puede implicar la recolección, almacenamiento, sistematización, administración y tratamiento de datos de las personas, siendo necesario revisar las facultades de las autoridades en estas actividades, que pueden afectar derechos fundamentales, como el hábeas data. En tal sentido, se presentan cuatro categorías conceptuales que se relacionan estrechamente –reserva de información, habeas data, actividades de defensa y seguridad nacional y principio de publicidad–.

En esta relación, la función de seguridad nacional manifestada entre otras cosas, en actividades de inteligencia y contrainteligencia pueden limitar el derecho a la intimidad personal y al hábeas data, por lo que el acceso a la información pública debe restringirse, pero con ciertas particularidades. A partir de esta conceptualización, la Ley Estatutaria 1266 de 2008, «Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones», establece en el artículo 2° que se aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, que sean administrados por entidades públicas y

privadas. Sin embargo, se exceptúan, entre otras cosas, las bases de datos que tienen por finalidad producir la Inteligencia de Estado por parte del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, entidad ya extinta, y la Fuerza Pública para garantizar la seguridad nacional interna y externa.

Esta norma estatutaria fue revisada por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-1011 de 2008, cuya discusión parte de determinar si es constitucional la exclusión que estableció el artículo 2, en cuanto a la administración de datos referentes a las actividades que desarrolla el Estado en el marco de la defensa y seguridad nacional. Para la Corte la recopilación de datos de esta naturaleza tiene un propósito diferente que la determinación del nivel de riesgo crediticio, puesto que su finalidad se enmarca dentro del ejercicio de las facultades estatales de obtener información personal destinada al cumplimiento de sus funciones. Esta actividad es compatible con la Constitución, en tanto la recopilación de datos personales por parte de los organismos de seguridad y defensa, en especial la Fuerza Pública, es un elemento importante para el logro del mantenimiento del orden constitucional y también establece condiciones necesarias para el cumplimiento de los derechos y libertades previstos en la Constitución Política. No obstante, el reconocimiento de esta facultad no es omnímodo, pues esta competencia debe fundamentarse en criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, de manera que su uso se restrinja a aquellos eventos en que la recopilación de información es imprescindible para el cumplimiento de los fines del mantenimiento del orden público. Por tanto, fue declarada su constitucionalidad.

En esa misma dirección, se expidió la Ley Estatutaria 1581 de 2012, «Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales», que prescribe en el artículo 2° que los principios y disposiciones reguladas son aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades públicas y privadas. Dicha ley establece reglas al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en razón a normas y tratados internacionales. El régimen de protección de datos personales que se regula en la presente ley se sujetan, entre otras cosas, a las bases de datos y archivos que tienen por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; así como las bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia.

La Corte Constitucional en un control previo a estas normas señaló en la Sentencia C-748 de 2011 las excepciones al ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012 frente a la recopilación de información en razón de la defensa y seguridad y las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Al respecto, expresó que las labores de defensa y seguridad, a diferencia de las de inteligencia y contrainteligencia se originan por la existencia de amenazas actuales y graves contra el orden público y la soberanía, y solo pueden ejecutarse

por la Fuerza Pública. No obstante, la defensa del orden público y la integridad de la soberanía no pueden servir de excusa para desconocer las garantías básicas del Estado social de derecho e implementar un estado totalitario en el que las personas se conviertan en objetos al servicio del Estado. Por tanto, la labor de seguridad y defensa nacional debe ser compatible con la dignidad y los derechos fundamentales de las personas que puedan resultar afectadas. De este modo, establece que el tratamiento de datos personales con estas finalidades debe sujetarse a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, con respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia y protección de los datos personales, se expresa: en primer lugar, que la inteligencia tiene una función preventiva, lo que significa que los datos personales que son tratados con este propósito no pueden servir para la privación de la libertad de las personas. En segundo lugar, este tipo de labores puede realizarse para prevenir atentados contra bienes jurídicos de alta importancia –como el orden público y la soberanía nacional–. Finalmente, las actividades de inteligencia y contrainteligencia pueden realizarse hasta la comisión o tentativa de comisión de un hecho punible. Por tanto, la inteligencia y la contrainteligencia deben concebirse como herramientas al servicio del Estado social de derecho y no como fines en sí mismos, por lo que debe someterse no solo a criterios de proporcionalidad que tienden a ser indeterminados, sino a reglas estrictas en torno a sus actuaciones.

El almacenamiento y tratamiento de datos personales en el marco de actividades de la defensa y seguridad nacional y las actividades de inteligencia y contrainteligencia son una excepción en su regulación a lo prescrito en la Leyes 1266 y 1581 de 2012. En efecto, un primer antecedente de normas especiales sobre esta materia es la Ley 1288 de 2009, «Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones». En dicho cuerpo normativo se regulan actividades de inteligencia y contrainteligencia, sus límites y fines, los principios, los mecanismos de control y supervisión, la regulación de sus bases de datos, la protección de sus miembros, la coordinación y cooperación entre sus organismos y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas, entre otros aspectos.

Esta ley fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento que debió tramitarse por medio de una ley estatutaria por regular el tratamiento de datos personales, con respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia. En tal sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-913 de 2010 señaló que cuando se regulen las facultades de los particulares de conocer, actualizar o rectificar informaciones que se hallan en bases de datos, el trámite de esta regulación debe ser mediante una ley estatutaria. El argumento subyace en que dichos aspectos son principales e importantes al derecho fundamental de hábeas data.

El Alto Tribunal Constitucional expresa que las actividades de inteligencia y contrainteligencia no habían sido reguladas en el pasado de forma integral, resultando válido

considerar que la Ley 1288 de 2009 tiene por objeto configurar y definir el alcance de los derechos fundamentales a la intimidad y al hábeas data, puesto que pueden resultar afectados por la realización de este tipo de actuaciones. En esta línea, al expedir esta norma el Congreso de la República debió haber asumido de manera integral, estructural y completa la regulación de los derechos de que se trata, en el entendido que la Ley 1288 de 2009 contiene un desarrollo sistemático de una materia, que está vinculada con los derechos a la intimidad y el hábeas data. De esta manera, se considera que las materias reguladas en las normas que hacen parte de este Estatuto debieron ser objeto de una ley estatutaria, y por tanto, se declararon inconstitucionales.

Posteriormente y atendiendo a la decisión de la Corte Constitucional, se promulgó la Ley Estatutaria 1621 de 2013, «Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones». La precitada ley establece el marco jurídico de los organismos que adelantan actividades de inteligencia y contrainteligencia, estableciendo los límites, fines, principios, mecanismos de control y supervisión, bases de datos, protección de los agentes, coordinación y cooperación entre los organismos, y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas, entre otros aspectos.

En esta línea, la ley como cuerpo normativo está compuesto de la siguiente manera: Capítulo I –los principios generales–; Capítulo II –requerimientos de inteligencia y contrainteligencia–; Capítulo III –coordinación y cooperación de actividades de inteligencia y contrainteligencia-; Capítulo IV –control y supervisión–; Capítulo V –bases de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia-; Capítulo VI –reserva de información de inteligencia y contrainteligencia–; Capítulo VII –protección de los servidores que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia–; Capítulo VIII –deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas–.

En torno a esta estructura se resalta: en primer lugar, el artículo 3° de la precitada ley dispone que la función de inteligencia y contrainteligencia se desarrolla por parte de las dependencias de las Fuerzas Militares, Policía Final, Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF–, y los demás entidades que faculte la ley. No obstante, estas actividades según el artículo 4° de la Ley están limitadas por el principio de reserva legal que protege los derechos a la honra, buen nombre, intimidad personal y familiar, y debido proceso. Bajo esta orientación, el precitado artículo prescribe que ninguna información de inteligencia y contrainteligencia podrá obtenerse con fines diferentes a: i) consecución de los fines esenciales del Estado, sistema democrático, integridad territorial, soberanía, seguridad y defensa de la Nación; ii) protección de las instituciones democráticas de la República, así como los derechos de las personas residentes en Colombia y de los ciudadanos colombianos en todo tiempo y lugar –en particular los derechos a la vida y la integridad personal– frente a amenazas, tales como el terrorismo, el crimen organizado, el narcotráfico, el secuestro, el

tráfico de armas, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, el lavado de activos, y otras amenazas similares; y iii) defensa los recursos naturales y los intereses económicos de la Nación. Así mismo, dispone que la información de inteligencia y contrainteligencia se recolecta y procesa por razones de género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pertenencia a una organización sindical, social o de derechos humanos, o para promover los intereses de un partido o movimiento político o afectar los derechos y garantías de los partidos políticos de oposición.

En segundo lugar, el artículo 29 establece que los objetivos de los Centros de Protección de Datos de Inteligencia y Contrainteligencia –CPD– son: i) control del ingreso y salida de información de las bases de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, garantizando la reserva constitucional y legal; ii) aseguramiento de datos de inteligencia y contrainteligencia; y iii) garantía que la información almacenada no sea usada por razones de género, raza, orientación política, filosófica, entre otras. En un control previo por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-540 de 2012 brinda una relevancia a un grupo de principios rectores que soportan la regulación de la administración de datos personales, tales como: la legalidad, finalidad, necesidad, integridad, veracidad, circulación restringida, seguridad, reserva y caducidad. Por tanto, los objetivos a cumplir los Centros de Protección de Datos de inteligencia y contrainteligencia son constitucionales, pero deben estar en el marco de los principios rectores que se enunciaron.

En tercer lugar, el artículo 33 establece que por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos están reservados por un periodo máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información. De forma excepcional, por recomendación de cualquier organismo que adelante 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, o 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.

De esta manera, para la Corte el término máximo de 30 años que ampara la reserva legal de los documentos, información y elementos técnicos, es razonable y proporcionado. En esta línea, los términos de reserva de una información que reposa en las instituciones del Estado hace parte de la potestad de configuración normativa, que busca articular valores, principios y derechos en colisión, que parten, de un lado, de los fines constitucionales que justifican la restricción de la información por defensa y seguridad nacional, y por otro lado, los elementos que soportan el principio de máxima divulgación, al igual que debe tenerse presente el derecho a la verdad –memoria colectiva y actuaciones arbitrarias–. Este último principio será analizado en el acápite 2.7. al ser una excepción a la reserva de información pública.

Ahora bien, la Corte sobre la extensión de la reserva por quince (15) años más se constituye como una situación excepcional. En esta medida, no está exenta de cumplir unos exigentes requisitos que impone la misma norma, como son: i) la existencia de una recomendación presentada por un organismo de inteligencia y contrainteligencia; ii) casos específicos; y iii) la posibilidad que el Presidente de la República acoja la recomendación, siempre que se satisfagan a la vez los siguientes presupuestos, como 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.

En cuarto lugar, el carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no es oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten en el ejercicio de sus funciones, condicionado a que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Sin embargo, esta regla se exceptúa de acuerdo a lo regulado en el parágrafo único del artículo 34 de la Ley 1621 de 2013, que modifica el inciso 4 del artículo 9 de la Ley 526 de 1999, cuyo tenor literal prescribe: «La información que recaude la UIAF en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis estará sujeta a reserva, salvo que medie solicitud de las fiscalías con expresas funciones legales para investigar lavado de activos o sus delitos fuente, financiación del terrorismo y/o legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio quienes deberán mantener la reserva aquí prevista».

Finalmente, el artículo 44 de la Ley 1621 de 2013 dispone que los operadores de servicios de telecomunicaciones están obligados a suministrar a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, previa solicitud y en desarrollo de una operación autorizada y siempre que sea viable, el historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores, la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y cualquier otra información que contribuya a su localización. Los organismos de inteligencia deben garantizar la seguridad de dicha información y con tal fin, en la solicitud que formulen a los operadores de servicios de telecomunicaciones, limiten la información solicitada a un período que no exceda de cinco (5) años. Así mismo, la interceptación de comunicaciones está sometida a los procedimientos establecidos por el artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrá ejecutarse en el marco de procesos judiciales.

En el control previo de constitucionalidad, la Corte expresa que esta disposición es ajustada al ordenamiento y debe enmarcarse en el marco de la vigencia de los derechos fundamentales bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de forma que el empleo de este mecanismo de colaboración se restrinja a aquellos eventos en que el acopio de la información resulta imprescindible para el cumplimiento de los fines de la función de inteligencia y contrainteligencia, circunscrito a los límites que se le imponen por la ley

estatutaria y en orden a los parámetros constitucionales. Igualmente, siguiendo los lineamientos de la misma norma estatutaria, de implicar interceptación o registro de comunicaciones debe contar con previa orden judicial, en los supuestos y formalidades que establece la ley.

Estas reglas sobre las actividades de defensa y seguridad nacional como mecanismo para garantizar la no intromisión injustificada del derecho a la intimidad de la persona deben analizarse y revisarse de forma constante. No es un tema pacífico, pues como se señaló en su momento es la revisión de cuatro categorías – reserva de información de defensa y seguridad nacional, principio de publicidad, intimidad y derecho de hábeas data–. Aquí la reserva de información de defensa y seguridad nacional adquiere una mayor justificación si sus contenidos son el ejercicio de la administración y recolección de datos personales, que no pueden publicarse bajo el amparo de las reglas que establecen el principio de publicidad de las actuaciones de las autoridades. Sin embargo, estas actividades sin un cumplimiento estricto de sus reglas pueden afectar el derecho fundamental a la intimidad de la persona. Todo parte de un sistema de competencias estrictas y restrictivas no solo sobre la publicidad de la información, sino también sobre la forma cómo se obtiene y recopila por parte de los organismos de defensa y seguridad del Estado.

La problemática parte de un análisis de las competencias de las autoridades para publicar la información, como de las actividades de inteligencia y contrainteligencia que se desarrollan en el marco de la defensa y seguridad nacional. Estas reglas de competencia son armonizables en un plano abstracto, pero en un plano concreto son susceptibles de discusión y debate. Al respecto, se destaca la sentencia de tutela que revisó la Corte Constitucional, como la T-708 de 2008, donde el actor conoció, a través de varios medios de comunicación, que algunas conversaciones telefónicas sostenidas habían sido interceptadas por organismos de inteligencia, dentro del desarrollo de las actividades desarrolladas en Santa Fe de Ralito. Las instancias judiciales denegaron la protección requerida. Ambas consideraron que los hechos narrados por el actor como vulneradores de su derecho fundamental ya se consumaron, por tanto, la tutela era ineficaz e improcedente. Posteriormente, la Sala de revisión respectiva de la Corte Constitucional expresó que había una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal por el solo hecho de identificarse y divulgarse el nombre de los interlocutores de forma pública.

Estas circunstancias son suficientes para que la Sala determine que los hechos probados en esta tutela vulneraron el derecho a la intimidad personal. De esta manera, ante las irregularidades en el uso del espectro electromagnético, el Estado estaba facultado para iniciar las estrategias necesarias para conservar o restablecer el manejo del espectro electromagnético de conformidad con la ley. No obstante, dichas actividades de inteligencia debían adelantarse atendiendo las garantías adscritas a los derechos fundamentales, bajo la responsabilidad y control, y atendiendo los límites propios de las labores preventivas de la Policía Nacional, y teniendo en cuenta que dichas maniobras no pueden adelantarse en

detrimento de las libertades reguladas en la Constitución. Para la Corte este monitoreo pasivo sólo debe ejecutarse para conseguir la información que sea estrictamente necesaria sobre operaciones sospechosas o fraudulentas, durante un periodo de tiempo, sin vulnerar el derecho a la intimidad y afianzando la reserva correspondiente, para así garantizar el buen nombre de las personas.

Este no es el único fallo, donde se resalta la importancia de garantizar la reserva de información, a pesar de la realización de las actividades de inteligencia y contrainteligencia propias de la fuerza pública. Esta subregla ha sido aplicada en las Sentencias T-066 de 1998, T-444 de 1992 y T-525 de 1992, donde se resalta la importancia de que los organismos de defensa y seguridad deben establecer mecanismos idóneos para evitar la difusión de informaciones reservadas o secretas. Es decir, deben crearse medios para garantizar la recolección, evaluación y custodia de la información.

En suma, la reserva de información de defensa y seguridad nacional está vinculada a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, que a su vez se relaciona con la recopilación de la información de las personas, por lo que debe tenerse en cuenta la garantía de los derechos a la intimidad, hábeas data, honra y buen nombre. En este tipo de actividades deben fundarse en un sistema de competencias estrictas y restrictivas, no solo con respecto al deber de publicidad de la información, sino también en el manejo adecuado de información sensible de las personas.

2.6. El reglamento y la restricción al acceso a la información pública: un análisis a los planteamientos del Consejo de Estado

Una de las discusiones más importantes del Derecho administrativo contemporáneo es la relación *reglamento-ley*, que no es más que la disyuntiva *potestad reglamentaria-libertad configurativa del legislador*. En este escenario, compuesto de coordinación y conflictos, se encuentra el entendimiento de la reserva de información de defensa y seguridad nacional. En esta línea, este apartado se interroga: ¿cuáles son los límites sustanciales entre la ley y el reglamento en el marco de la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional?

La existencia de la potestad reglamentaria en la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional implica determinar qué contenidos puede crear, sin interferir o contrariar lo dispuesto por el artículo 74 constitucional sobre la reserva legal de restringir la información. De la relación potestad reglamentaria con la necesidad de la reserva legal, se plantean tres posturas: i) *estricta o literal*, que establece que no es posible restringir la información mediante decretos reglamentarios, porque la única fuente autorizada es la ley; ii) *pragmática*, que plantea que los reglamentos pueden establecer cualquier tipo de contenido, a fin de garantizar principios de la función administrativa, como la eficiencia y eficacia de las normas legales que se caracterizan por su vaguedad o ambigüedad; e iii)

intermedia, que se funda en que el reglamento puede instaurar reglas dependiendo de las materias, puesto que algunas son reservadas a la ley.

Atendiendo estas posturas, se revisa la pertinencia de la restricción a la información de 20 categorías de bienes, servicios y obras en el Sector Defensa, Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad de Protección que necesiten reserva para su adquisición regulada en el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013. En dichos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas. Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición:

> Artículo 78. *Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.* Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas.
>
> Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición:
>
> 1. Armas, sistemas de armamento y sus repuestos, municiones, elementos para la instrucción de las mismas, manejo, incluyendo los elementos contra motines, torpedos y minas, herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento de estos y estas.
> 2. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
> 3. Redes, sistemas de información y comunicaciones, incluyendo hardware y software, servicios y accesorios, infraestructura para la ciberdefensa y ciberseguridad informática y física, incluyendo la consultoría, el diseño, las metodologías de análisis, implementación y configuración, requeridos para el Sector Defensa y la Dirección Nacional de Inteligencia.
> 4. Naves, artefactos navales y fluviales, y aeronaves, y cualquier otro equipo para el transporte aéreo, marítimo o fluvial requerido para la defensa nacional, así como sus accesorios, repuestos, elementos de su operación y funcionamiento, combustible y lubricantes.
> 5. Vehículos militares y policiales de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del Sector Defensa, de la Dirección Nacional de Inteligencia.
> 6. Servicios de transporte especializado que requieren reserva para garantizar la vida y la integridad de personas protegidas por la Unidad Nacional de Protección.
> 7. Material blindado y la adquisición de vehículos para blindar para el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva.
> 8. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el Sector Defensa.

9. Los bienes, obras y servicios relacionados con la señalización y las ayudas de navegación aérea, marítima y fluvial, con sus accesorios, repuestos y demás insumos para su operación, información técnica tendiente a proteger y salvaguardar los límites y fronteras y garantizar la soberanía, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, así como las compras y los contratos relacionados con proyectos de ciencia y tecnología destinados a establecer la conformación física y morfológica del territorio nacional para su defensa.
10. Los bienes, obras y servicios que tengan por finalidad garantizar la vida e integridad del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.
11. Los bienes y servicios para la administración, conservación, clasificación, ordenación, guarda y sistematización de los archivos generales como de inteligencia que hacen parte del Departamento Administrativo de Seguridad en supresión y de la Dirección Nacional de Inteligencia.
12. Los bienes y servicios que por razón de su especificación técnica permiten mantener líneas logísticas estandarizadas con equipamiento existente de la Fuerza Pública, sin consideración de marcas u origen.
13. Equipo y vestuario con funcionalidades orientadas a la protección personal, balística, nuclear, biológica o química y textiles con acabados funcionales especiales para la confección de vestuario.
14. Las obras públicas que tengan relación directa con la defensa y seguridad nacional, inteligencia y contrainteligencia, la seguridad de las instalaciones, la integridad del personal y de las operaciones de la Fuerza Pública y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como las consultorías e interventorías relacionadas con las mismas.
15. Los bienes, obras y servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento del personal de la Fuerza Pública, de la Unidad Nacional de Protección y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la defensa, la seguridad nacional, inteligencia y contrainteligencia.
16. Los bienes, obras y servicios derivados de la compensación a cargo de países y proveedores de los bienes y servicios previstos en el artículo 65 y en el presente artículo. Estos bienes y servicios deben ser adquiridos a través de convenios de cooperación industrial y social, llamados offset, que tienen como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país.
17. Los bienes, obras y servicios para garantizar la defensa y seguridad de la infraestructura petrolera, minera, energética, vial, de comunicaciones y para la erradicación de cultivos ilícitos, incluyendo la dotación de las unidades militares comprometidas en esta tarea y los equipos, elementos y servicios necesarios para garantizar su permanencia y operación en las áreas objeto de protección.
18. Los servicios de mantenimiento de los bienes, obras y servicios señalados en el presente artículo y las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.
19. Los equipos de inteligencia, los estudios de confiabilidad y credibilidad para personal de inteligencia y la consultoría e interventoría en materia de inteligencia.
20. Los bienes y servicios enumerados en el presente artículo contratados con personas extranjeras de derecho público, o con proveedores autorizados por estas.

El Consejo de Estado en Sentencia con Radicado 50.222 en el marco del medio de control de nulidad simple a la categoría de bienes dispuesta en el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, entre otros, resaltó que la determinación de los bienes y servicios que necesiten de

reserva de ley para su adquisición implica desde la óptica del derecho fundamental de acceso a la información pública la existencia de eventos definidos por el legislador como reservados, los cuales no comprenden solo temas relativos a la defensa y seguridad nacional, sino, además, otros asuntos que aquel estime que gocen de dicha reserva. En este razonamiento, el Consejo de Estado plantea la exigencia de reserva está vinculada al juicio de necesidad previo por parte del legislador, a quien le compete la determinación de los supuestos que se exceptúan o que limitan el derecho fundamental de acceso a la información pública. Así, el ejercicio de la referida competencia constitucional del legislador se sujeta a las directrices impartidas por la Corte Constitucional donde la reserva legal no impide el control intra o interorgánico, jurídico y político de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada.

La Sala plantea que los argumentos de la demanda no son precisos al sustentar el cargo contra el inciso segundo y las 20 categorías del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, en particular porque al referirse a la necesidad de reserva hacen depender el campo de esta de la causa o finalidad de cada contratación, siendo que está subordinada a lo regulado por la ley. En este punto, se advierte por parte del Consejo de Estado que para el caso de lo establecido en la letra d) del número 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionales debe reservarse la información contractual que corresponda.

Lo anterior no pretende desconocer que la decisión de una entidad que decida no entregar determinada información, soportándose en la reserva legal, debe suponer la aplicación de normas de rango constitucional o legal que la consagran y cuyo correcto ejercicio depende de la adecuada motivación de dicha decisión. En otras palabras, aunque las normas que consagran la reserva legal implican un ejercicio reglado de funciones en cuanto concierne con la limitación en el acceso a determinado tipo de información, en últimas son los servidores públicos los responsables de asegurar que dicha limitación sea aplicada de forma restrictiva y sin hacerla extensiva a supuestos no previstos por la ley.

Por tanto, le compete al legislador y no al Gobierno Nacional determinar las limitaciones al acceso de la información concerniente a los bienes y servicios que adquieran las entidades estatales al amparo del literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el inciso segundo y las 20 categorías del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 comportan una extralimitación en el ejercicio de la función reglamentaria e invaden las facultades del Congreso de la República, por lo cual considera la necesidad de expulsarse del ordenamiento jurídico declarando su nulidad

Las consideraciones expuestas resultan extensivas en relación con el numeral 17 del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, aunque se encuentra incluido en la enumeración de la causal de selección abreviada del literal i) del numeral 2. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y no en la de la causal de contratación directa del literal d) del numeral 4 del mismo

artículo 2, también en dicho ordinal el Gobierno Nacional determinó un caso en el que la adquisición de ciertos bienes o servicios estaba sometido a reserva, cuando, se reitera, la restricción al acceso a la información que concierne con los bienes y servicios a contratar corresponde única y exclusivamente al legislador.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, se declaró la nulidad del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, con excepción de su inciso primero, así como también la nulidad del numeral 17 del artículo 65 del mismo decreto. Se aluden todos los numerales, porque se presentó un desborde de la potestad reglamentaria. De este modo, el Consejo de Estado plantea que al gobierno no le corresponde establecer los objetos porque es la ley la que determina las causales para restringir la información.

Ante estas nulidades, el Decreto 1082 de 2015, «Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación» cumplió con lo ordenado por el Consejo de Estado, pues reguló en su artículo 2.2.1.2.1.4.6 lo siguiente: «Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas».

La revisión y control del Consejo de Estado sobre las normas previamente citadas se fundó en una perspectiva desde los derechos, y no profundizó si la potestad reglamentaria puede regular contenidos que conciernen a las reservas de información, como el de la defensa y seguridad nacional. En este aspecto, no se analizó si la competencia reglamentaria que se dispuso en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política faculta a las autoridades del orden nacional reglamentar sobre la reserva a la información contenida en la ley. Es decir, no cuestionó la materia que circunscribe la competencia, por lo que queda el interrogante si las normas reglamentarias que regulan las actividades de inteligencia y contrainteligencia o actuaciones en el marco de la reserva de información de defensa y seguridad nacional, pueden aludir a la reserva de información sin afectar lo ordenado en el artículo 74 constitucional.

Este último planteamiento es complejo en el momento de revisar el sistema de competencia, puesto que el Decreto 1070 de 2015, «Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa» reglamenta, entre otros aspectos, las actividades de inteligencia y contrainteligencia prescritas en la Ley 1621 de 2013. Este tipo de reglamentaciones no son fáciles de determinar, pues depende en cada caso si estos contenidos legislativos requieren reglamentación o antes establecen proscripciones que son de orden legal, y por tanto, hay un desborde la competencia reglamentaria. En efecto, la potestad de las autoridades, no solo radica en el sujeto y procedimiento, sino también en aquellas reglas que reservan competencias o ponen límites sustanciales.

2.7. La verdad y el derecho de las víctimas como excepción a la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional

La reserva de información es la manifestación de un coto vedado para el ciudadano, en el sentido que no puede acceder a la información por la protección de bienes constitucionales o de derechos fundamentales. Sin embargo, la restricción de la información contenida en la ley, puede presentar excepciones amparado en la justificación de bienes mayores como es el derecho a la verdad y reparación de las víctimas en el marco del conflicto armado colombiano. Esta tesis es replicada por la Sentencia C-540 de 2012, en el que se precisó que si bien las actividades de inteligencia y contrainteligencia tenían un carácter reservado por la información que se recopila, se halla una excepción como el derecho a la verdad de las víctimas.

Este principio que fundamenta la necesidad de la información tiene sus antecedentes en una sentencia de tutela, por lo que no se deriva de reglas legales, sino de debates judiciales en torno al secreto de Estado. Este es el caso de la Sentencia T-1025 de 2007, donde el tutelante pretende que se le ordene al Ministerio de la Defensa que informe sobre los nombres, códigos y líneas de mando de miembros de la Fuerza Pública que se hallaban en lugares, días, horas y circunstancias en las cuales se habrían cometido crímenes contra los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó o contra personas que habitan en el Corregimiento de San José. Al respecto, el Ministerio de Defensa denegó el suministro de la información, constituyéndose en una vulneración del derecho de los miembros de la Comunidad de Paz a acceder a la justicia, así como una violación del principio de publicidad de la función administrativa. En respuesta, el Ministerio de la Defensa afirma que el suministro de los nombres de los miembros de la Fuerza Pública generaría una vulneración de los derechos de esos soldados y policías a gozar de un debido proceso y a la presunción de inocencia.

La Sala de Revisión consideraba que el argumento de evitar eventuales amenazas a la vida e integridad personal de los agentes de la Fuerza Pública no constituyen una razón suficiente para negar la solicitud del actor acerca de que le sean suministrados los nombres de los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban en determinados lugares, fechas y horas donde ocurrieron los hechos. Además, la información requerida por parte del tutelante era necesaria para ejercer otro derecho – el de acceder a la justicia, la verdad y la reparación – cuyo titular no son los miembros de la Fuerza Pública. En tal sentido, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional expresó que el Ministerio de la Defensa debe suministrar los datos solicitados por el demandante.

La información que se proporcione debe contener la relación de los nombres de los miembros de la Fuerza Pública concernidos, con indicación de las fechas de servicio y el lugar donde fue prestada, según lo pretendido. No obstante, es necesario hacer la salvedad de que la inclusión de un nombre en la lista en ningún caso puede tenerse como una sospecha,

o un reconocimiento de responsabilidad. Así pues, si el Ministerio lo considera necesario puede aclarar en el mismo documento de la relación acerca de que el acto de proporcionar esa información no constituye el reconocimiento sobre la participación de esas personas en actividades delictivas. Además, esta sentencia no exime al tutelante de responder por el manejo de la información que se suministra. De esta manera, el accionante debe respetar los derechos de las personas incluidas en la lista, la cual no puede calificarse como sospecha, indicio o señalamiento en contra de alguien, sino como el cumplimiento de un deber de transparencia y de identificación de los miembros de la Fuerza Pública**.**

Esta decisión de la Corte Constitucional fue en el contexto de la protección y cumplimiento de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha pronunciado en varias ocasiones, tomando medidas provisionales en favor de la Comunidad de Paz de Apartadó. Por consiguiente, la restricción de la información es predominada por el interés manifestado en el derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas.

En esta misma línea, la Sentencia T-511 de 2010 gira en torno a una vulneración de los derechos fundamentales de petición **y** de acceso a la información. El argumento del tutelante subyace en que se solicitó a la Policía Metropolitana de Bogotá sobre la labor de las patrullas de la Policía Nacional que se encontraban en el Barrio El Tunal en determinadas horas y fechas, de acuerdo a un registro fotográfico captado por las cámaras de seguridad de los Conjuntos Cerrados Norte de Santander y Risaralda. Se afirmaba que requería esa información con el propósito de remitirla a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organización que investigaba la desaparición del Sr. Guillermo Rivera Fuquene, la cual se presentó la misma hora y en el mismo lugar por donde circulaban las patrullas, y quien posteriormente fue torturado, asesinado y arrojado a un precipicio en la carretera entre Ibagué y El Totumo, en el Departamento del Tolima.

La Policía Metropolitana de Bogotá sostenía que se vulneraba los derechos fundamentales invocados, puesto que respondió a las solicitudes presentadas por las demandantes y les ha informado que los hechos narrados en su petición son investigados por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación, que las fotografías con base en las cuales pretendían la identificación de los agentes que se encontraban en el sector del Barrio El Tunal el día de la desaparición del Sr. Rivera Fuquene no era claras, lo que hacía imposible identificar a las unidades que patrullaban en dicha zona. Los jueces de instancia denegaron la tutela, considerando que se respondió a las peticiones presentadas y la información solicitada se encontraba sometida a reserva sumarial, razón por la cual las accionantes podían acudir a la Fiscalía General de la Nación para obtener los elementos probatorios que requerían para adelantar la investigación a nivel internacional

La Corte Constitucional expresó que la información antes relacionada tiene el carácter público, pues no está sometida a reserva legal y por el hecho de haber sido aportada como elemento probatorio dentro de una investigación de carácter penal no pierde dicha naturaleza.

Por tanto, la negativa a suministrarla a las demandantes, quienes además son víctimas del delito de desaparición forzosa que investiga la Fiscalía, carece de fundamento. En el caso *sub exámine* no eran aplicables reglas relacionadas con la reserva de la información que pueda poner en riesgo la seguridad personal de los miembros de la Policía Nacional, pues se trata de hechos ocurridos en la ciudad de Bogotá y de miembros de esta Corporación que laboran y residen en esta ciudad y no en una zona con graves problemas de orden público. Ahora bien, tanto el Fiscal Especializado de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario como el Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional, en virtud del requerimiento formulado por esta Sala de Revisión, entregaron el expediente algunos de los documentos requeridos por las peticionarias, razón por la cual se ordenó la expedición de copias de dichos documentos a los tutelantes.

Esta postura de la Corte Constitucional se origina en un contexto marcada por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de acceso a la información pública, como es el Caso Gómez Palomino vs Perú. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) teniendo en cuenta estos precedentes ha expresado el deber del Estado de permitir el acceso a los archivos en los cuales exista información relacionada con violaciones graves de derechos humanos, crear y conservar archivos vinculados con graves violaciones de derechos humanos, y por último, el deber de producir información vinculada con graves violaciones de derechos humanos.

La necesidad de la verdad en la garantía de los derechos de las víctimas se constituye en una excepción y a la vez en un parámetro o límite para la actuación de las diversas autoridades que componen el Sector Defensa y Seguridad Nacional en el momento de denegar el acceso a la información pública. Lo dispuesto en el artículo 74 constitucional sobre la competencia del legislador para establecer las condiciones para restringir la información se flexibiliza ante las posturas jurisprudenciales de primar la verdad sobre cualquier razón de interés nacional.

3. Mecanismos para limitar la reserva de información por la causal de defensa y seguridad nacional: hacia la construcción de sociedades democráticas

El poder siempre recurre a regulaciones jurídicas que le posibiliten gozar de inmunidades, y así impedir un control estrictos de diversa índole a sus actuaciones. Para Juan Ramón Capella, el poder estatal a pesar que está sujeta al derecho, cuenta con campos en que puede actuar al margen de la ley (2001, pág. 145). En tal sentido, plantea que el más fuerte de los poderes del Estado, como es la Administración, que si bien tiene funciones de ejecución, goza de zonas de anomía, es decir, de campos de actuación que le permite tener una libertad exenta de control jurídico (Capella, 2001, pág. 146).

Aquí, el poder de la Administración se manifiesta en muchas ocasiones en la discrecionalidad para decidir sobre las reservas de información de defensa y seguridad, que

son propias del secreto de Estado. La opacidad de las actuaciones son una expresión de que el secreto y la inaccesibilidad han sido la norma, con excepción de los países nórdicos, donde los ciudadanos tienen el derecho a acceder ampliamente a la información en el campo público (Capella, 2001, pág. 148). No obstante, en los demás países de cultura occidental aún subsisten sistemas normativos que privilegian el secreto, a pesar de tener modelos democráticos (Capella, 2001, pág. 148).

Se está ante un panorama, de constantes dilemas y controversias entre el secreto de Estado manifestado en la defensa y seguridad nacional y relaciones internacionales vs. la legalidad de las actuaciones, separación de poderes y la defensa de las libertades. Estos conflictos es manifestación de las contradicciones, que parten en ocasiones de la defensa de ciertos discursos o prácticas que atienden a contextos políticos y sociales que justifican la limitación o ampliación de las competencias que restringen la información.

En estas contradicciones se requieren revisar diferentes variantes, cómo qué tipo de regulación legislativa establece las competencias para clasificar la información reservada, el control judicial para garantizar la publicidad de la información, la elaboración de técnicas de interpretación y el papel de las sociedades modernas en la limitación al oscurantismo del poder. Para ello, se consideran cuatro aspectos que pueden tener relevancia para controlar la inmunidad del poder, basado en los secretos de Estado, teniendo en cuenta a su vez, las reglas jurisprudenciales que se expusieron en el anterior acápite.

a) Un *control legislativo* que consiste en que legislador debe establecer reglas a la Administración en el momento de restringir la información. En efecto, se requiere de la configuración de disposiciones que confieran competencias normativas, que disciplinen su ejercicio y que establezcan límites sustanciales a las actuaciones de las autoridades públicas en el momento de clasificar la información. En tal sentido, busca garantizarse con estas reglas el derecho de acceso a la información pública.

Al respecto, «Los Principios Globales sobre la seguridad nacional y el derecho a la información», Principios de Tshwane, establece como primer principio «el derecho a la información», lo cual implica que todas las personas tienen la facultad de buscar, recibir, usar y difundir información que esté en poder de autoridades u otros órganos que actúen en su representación, o cuyo acceso haya sido reconocido legalmente (pag:17). En esta línea, los principios internacionales también reconocen que las empresas dentro del sector de seguridad nacional, incluidas las empresas militares y de seguridad privadas, están en la responsabilidad y tienen la obligación de divulgar información con respecto a situaciones, actividades o conductas que pueden tener un impacto en el ejercicio de los derechos humanos (pag:17).

Del mismo modo, el tercer principio, «Requisitos para restringir el derecho a la información por razones de seguridad nacional», establece que no deben imponerle limitaciones al derecho a la información, a menos que la Administración compruebe que: i) la restricción está regulada en una ley accesible y precisa, para que resulte necesaria en una sociedad democrática, con el fin de proteger un interés legítimo de seguridad nacional. Al

sopesar el riesgo de perjuicio y el interés público en la divulgación, debe considerarse la posibilidad de mitigar los perjuicios causados por la difusión. ii) La ley dispone garantías contra el abuso, descuido, incluido el escrutinio oportuno, pleno, accesible y efectivo de la validez de las restricciones por una autoridad supervisora independiente y su revisión por parte de los jueces (pag:18-19).

El primer control parte de una regulación legislativa que se caracteriza por establecer reglas precisas a las autoridades en los eventos y supuestos de limitar el acceso a la información pública de defensa y seguridad nacional, así como la forma de garantizar los medios para el derecho a la información. Lo que debe primar es el principio de publicidad o de máxima divulgación, por lo que también es necesario que otorguen la facultad de clasificar la información a un número reducido de funcionarios de muy alto nivel en la jerarquía de la Administración, así como establecer un período razonable de reserva (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 264). En esta línea, Guevara expone:

> El secreto de Estado debe de estar contemplado en una ley, entendida en su carácter formal y material. En este sentido, no puede simplemente tratarse de una ley que satisfaga los requisitos formales de su creación por medio de los parlamentos democráticamente electos, sino que debe de versar sobre materias que se ajusten a los propios límites constitucionales establecidos, y velar porque no se limiten derechos fundamentales de manera innecesaria. Por consiguiente, las legislaciones establecen o deben establecer un régimen o procedimiento para asegurar o buscar aseguración la menor afectación posible de los derechos de acceso a la información (2004, pág. 266).

El primer mecanismo por esencia para controlar la discrecionalidad de las autoridades que componen el Sector Defensa y Seguridad Nacional es la creación de reglas legislativas que establezcan la restricción a la información. Si no se regulan leyes que regulen supuestos concretos de restricción, sino que se limitan a materias, como es el caso de lo establecido en las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015, donde se alude a la defensa y seguridad nacional en un sentido amplio, se está ante una libertad de decisión de la Administración de clasificar la información.

De este modo, no son admisibles las disposiciones normativas genéricas o vagas en materia de restricción a la información, ya que pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. En un escenario de conceptos o categorías indeterminadas, la razón de Estado adquiere relevancia dentro de las decisiones de los órganos de defensa y seguridad, al justificarse en la preservación de los intereses nacionales de diversa índole, ya sea para la preservación del Estado o para el interés común. Sin embargo, estos tipos de intereses adolecen de un significado univoco, pues dependen del discurso político del momento.

b) Un *control interpretativo* que consiste en un deber por parte de las autoridades públicas de sujetarse a reglas de interpretación estricta y que toda limitación debe estar adecuadamente motivada. Al respecto, existe una clara obligación del servidor público de motivar la decisión que niega el acceso a información pública, la cual debe cumplir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley. En particular, debe indicar la norma en la cual se funda la reserva para someterse a controles disciplinarios, administrativos e incluso judiciales. Las competencias para restringir la información deben fijarse en la ley, por lo tanto, no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza, por ejemplo, en reglamentos o actos administrativos particulares.

La interpretación por parte de las autoridades a las reglas que establecen reservas de información de defensa y seguridad nacional es la constitución de una interpretación restrictiva, que circunscribe el significado prima facie de una disposición (Guastini, 2011, pág. 223). Se excluye de su aplicación supuestos de hecho que la interpretación literal incluiría, así como la interpretación extensiva (Guastini, 2011, pág. 223). En este contexto, la interpretación restrictiva que se desarrolla tiene una finalidad específica que es la sujeción de las autoridades a las reglas de la información pública. Mientras, la garantía del derecho de acceso a la información pública debe basarse en una interpretación extensiva.

Se presenta dos caras de una misma moneda: i) una *interpretación restrictiva*, que limita el sentido y alcance de causales que restringen la información, y por tanto, en una concepción basada en competencias, como sistema de contención del poder en favor de los derechos; y ii) una *interpretación extensiva*, que le brinda una mayor garantía al derecho de acceso a la información pública a las personas. Es decir, una que amplía el espectro del derecho y otra que reduce las limitaciones

Este tipo de interpretación restrictiva fundada en una limitación de la competencia discrecional de las autoridades públicas es el que se acoge como el mecanismo más óptimo para las reservas de información. Por el contrario, instituciones jurídicas, como el test del daño regulado en la Ley 1712 de 2014 no es el mejor medio para garantizar el derecho de información, a pesar que sea el vigente. Aunque parece legítima la obligación que tienen los sujetos obligados en demostrar por qué no se brinda información mediante el test del daño, esto genera una discrecionalidad y arbitrariedad peor a la que se quería evitar, por las siguientes razones: i) no se fija un estándar que defina por qué se niega un documento; 2) aumenta la discrecionalidad de los sujetos obligados pues una mala ponderación de valores afectan bienes constitucionalmente valiosos, y derechos de terceros como la intimidad personal.

Ante este tipo de regulaciones, se considera que las leyes de acceso a la información pública deben regular una técnica de interpretación basada en competencias, donde las facultades de las agencias de defensa y seguridad del Estado para restringir información sea limitada por mandatos y prohibiciones. De esta manera, el principio de publicidad debe tener un circulo amplio que rodee las reservas de información de defensa y seguridad nacional.

c) Un *control judicial* que consiste en una revisión por parte de los jueces de las actuaciones del legislador como de las autoridades que componen el Sector Defensa y Seguridad Nacional. En este campo, se resalta el papel que debe asumir la Corte Constitucional en el examen a las leyes que regulan la información sobre la defensa y seguridad nacional. El control constitucional debe fundarse en un análisis estricto de la forma cómo se estructuran las reservas de información y de establecer qué tipo de contenidos deben corresponder a leyes estatutarias.

En este tema, reitero que las reservas de información con base en las ordenes conferidas en el artículo 74 constitucional al legislador, debe regularse mediante una ley estatutaria y solo las leyes ordinarias deben servir como complemento. En el caso específico de la regulación de derechos fundamentales, la Corte ha precisado que no todo aspecto que se relacione de una u otra forma con un derecho fundamental necesariamente debe incorporarse en la ley estatutaria que lo desarrolla o complementa (Corte Constitucional: Sentencia C-251 de 1998)[14]. No obstante, no establece el núcleo esencial del derecho de acceso a la información pública, para que en Sentencias, como la C-491 de 2007 haya establecido que no se requiere de una ley estatutaria, a pesar que se establece una reserva de información. En este tipo de eventos, se construye una teoría reduccionista de los derechos, sin pensar que el mejor medio para su garantía son competencias estrictas, que no se sometan a la discrecionalidad de clasificar la información.

De igual manera, al no precisarse las características del derecho de acceso a la información pública y con ello del principio de publicidad de las actuaciones, las reservas de información de defensa y seguridad nacional se encuentran dispersas por el ordenamiento jurídico, aspecto que es cuestionable. Si materias como la defensa y seguridad nacional son sujetas de reserva de información deben integrarse en un sistema normativo estatutario, con el fin de establecer competencias estrictas y restrictivas de las autoridades que componen el Sector Defensa, teniendo en cuenta un contexto de crisis y emergencia constante.

Por otro lado, el control concreto a las autoridades públicas se justifica en la necesidad del control jurisdiccional a la actividad administrativa, no solo en defensa de la legalidad sino como herramienta a la defensa de los derechos de los ciudadanos. La acción de tutela se constituye en el mecanismo judicial idóneo para garantizar los derechos fundamentales, como el de información, petición y el de expresión, ante una vulneración por parte de las autoridades que componen el Sector Defensa y Seguridad Nacional. Sin embargo, antes de la instauración de la acción de tutela como mecanismo para garantizar derechos fundamentales, se estableció dentro del ordenamiento jurídico el recurso de insistencia como mecanismo para garantizar el derecho de información.

El recurso de insistencia se configuró en el artículo de la Ley 57 de 1985 como medio judicial, pero no ha tenido la trascendencia para hacer un control a la denegación de

[14] En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-013 de 1993, C-311, C-313, C-408 y C-425 de 1994, C-582 de 1996, C-498 de 1998, C-620 de 2001).

información por reserva de ley. Por el contrario, sentencias de tutela, como la T-1025 de 2007 han establecido reglas para garantizar la publicidad de las actuaciones del Estado, en el marco del acceso a la justicia de las diferentes comunidades afectadas por el conflicto armado. De este modo, se justifica un control a las potestades y competencias discrecionales de las autoridades cuando deniegan información.

De lo planteado, no hay actuaciones administrativas sin control, corroborándose la tesis que cualquier vulneración, debe activar sistemas de control que se articulan para limitar las conductas que limiten la información. El derecho público no sólo se cimienta en la lucha dialéctica –principio de legalidad y prevalencia del interés general– como se deduce en los libros de doctrina, sino que se combina con el control, que aunado con un entorno basado en un modelo Estado de derecho, la democracia, la separación de poderes y el constitucionalismo, permiten una condición para fortalecer una restricción a las competencias en favor la publicidad de la información pública, en un contexto basado en intereses nacionales.

d) Un *control ciudadano* que implica hacer una reflexión político-jurídica de la reserva de defensa y seguridad nacional, que da lugar a una nueva ciudadanía y la garantía del derecho de acceso a la información pública. Para ello, es importante señalar que los liberales políticos no suprimieron el secreto dentro del Estado de derecho, sino que entendieron su importancia para el ejercicio y conservación del poder (Guevara Bermúdez, 2004, pág. 262). Así pues, Guevara expresa: «[…] se defiende la idea que aboga por la obscuridad para resolver los problemas públicos del Estado, ya que "en ocasiones la luz pública podía llegar a arruinar la res-pública» (2004, pág. 262).

No obstante, esta justificación de los secretos de Estado manifestadas en las reservas de información de defensa y seguridad nacional para la preservación de las instituciones jurídico-políticas, también se constituyen en una herramienta para ocultar la verdad frente a violaciones de derechos humanos por parte de agentes del Estado, como se presentó en la Sentencia T-1025 de 2007. Así mismo, se presenta como una herramienta de legitimación para las infiltraciones por parte del Departamento Administrativo de Seguridad a políticos y periodistas, como ocurrió en un momento.

Esta pretensión de oscurantismo en las actuaciones públicas por parte del poder ejecutivo implica preguntar ¿qué tan democrático son los Estados de derecho, en especial Colombia? La respuesta no es sencilla, pues la normatividad que compone el Sector de Defensa y Seguridad Nacional ha oscilado entre reglas y principios que justifican el secreto bajo el interés nacional o el poder nacional, teniendo en cuenta el discurso castrense de autoridad que ha pervivido en la historia política colombiana. Estos conceptos tienen una alta carga emotiva y vaga, que desde un punto de vista político-jurídico pueden legitimar facultades más amplias a las autoridades y con ello las restricciones a los derechos de las personas.

A pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 684 de 2001 «Por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones», que en mi consideración tenía un alto contenido autoritario, es evidente que los sistemas normativos pueden institucionalizar intereses políticos de los Estados. En esta línea, la ciudadanía debe actuar de forma proactiva sobre la necesidad de hacer un control y cuestionamiento constante a la forma cómo se concibe la seguridad nacional en un Estado como Colombia, caracterizado por la excepcionalidad y la justificación de la seguridad en el marco del conflicto armado, por encima de la transparencia y la verdad.

Al respecto, la Comisión de la Verdad ha expresado en el informe final de recomendaciones y hallazgos que el Estado entregó la seguridad al Ejército y a la Policía militarizada, sin comprender que la seguridad no solo debe revisarse desde lo militar, sino que es necesario reorientar y fortalecer el papel de las instancias civiles en la construcción del concepto de defensa y seguridad (2022, pág. 381). Mientras no se comprenda la necesidad de entender que este concepto no solo debe elaborarse en las oficinas de los órganos de defensa y seguridad del Estados, se está condenado a una constante tentación del poder ejecutivo en ampliar sus competencias fundadas en el discurso de la seguridad nacional, limitando las libertades de las personas, y por tanto, menoscabando la democracia.

CONCLUSIONES

1. El secreto es un instrumento dentro los Estados absolutos, donde predominaba la razón de Estado como la justificación por esencia para ocultar información de intereses que se consideran esenciales para la preservación y supervivencia de las instituciones. En tal sentido, el secreto en especial el de Estado es la manifestación por excelencia de los *arcana imperii* que se constituía en la regla general, cuya justificación dentro de los discursos castrenses señalaban que la mejor forma de obtener el poder es mediante instituciones invisibles y la restricción a la información. De este modo, desde una perspectiva autoritaria el secreto se constituye en el limite a la publicidad de los actos de los órganos del Estado, y a la vez se configura dentro del discurso político como la esencia misma del poder.

2. El Estado de derecho se concibió como un sistema articulado de instituciones que buscaba limitar el poder, mediante habilitaciones y prohibiciones, establecidas por el legislador como expresión de la voluntad popular. Aunque el Estado de derecho pretende controlar los abusos del poder que en su momento se establecieron en el Estado absoluto, en su desarrollo normativo, el Estado sigue teniendo instituciones que tienen como función salvaguardar su existencia o preservación, que en el ámbito político se conoce como secreto de Estado y en el jurídico se denomina reserva de información. Sin embargo, este tipo de instituciones pueden configurarse en una herramienta para el fortalecimiento de poderes como el ejecutivo, en especial de los órganos que componen el sector defensa y seguridad.

3. En el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, es decir, del abstencionismo de las instituciones a un papel activo de órganos en la garantía y protección de derechos mediante habilitaciones, restricciones y mandatos, se dispuso que solo la ley es la fuente autorizada para restringir la información. En esta línea, el artículo 74 de la Constitución colombiana se dispone que solo la ley es la fuente autorizada para establecer las restricciones a la información, es decir, fuentes como el reglamento ni mucho menos los actos administrativos de carácter particular no tienen esa capacidad de modificación. Si lo hacen están ante un desborde de competencias.

4. La reserva de información por defensa y seguridad nacional se fundamenta en ser un bien constitucional valioso, que supone la preservación de los intereses soberanos del Estado-nación. En este panorama, esta reserva está vinculada con una función primordial y tradicional del Estado, como es la defensa y seguridad. Entonces, para comprender la forma de regulación de esta categoría de reservas, es indispensable comprender el entendimiento y regulación la función de la defensa y seguridad dentro del Estado social de derecho.

5. La consagración de la reserva de información por defensa y seguridad nacional en el ordenamiento jurídico se construye a partir de la relación del concepto de seguridad con los

intereses nacionales, categorías que intentan sustentar la necesidad de competencias que no sean tan estrictas ni restrictivas para las autoridades administrativas. En efecto, esta justificación ha posibilitado la existencia de múltiples normas que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico. De esta manera, esta reserva es *una manifestación* del secreto político y su necesidad de preservar el Estado, pero revisada desde el principio de publicidad es la configuración creciente de reglas jurídicas para su regulación.

6. La reserva de acceso a la información por actividades de defensa y seguridad nacional se fundamenta en ser un bien constitucional que tiene una particularidad y un contexto altamente político, especialmente en Colombia, si se tiene en cuenta el discurso que defiende las actuaciones castrenses. En tal sentido, la reserva de información de defensa y seguridad nacional antes de la Constitución de 1991 se cristalizó en normas que se promulgaron en el marco de los estados de excepción, que otorgaron facultades amplias y discrecionales a los organismos de defensa y seguridad no solo para almacenar la información, sino también para su restricción. De este modo, el discurso de la crisis fue la excusa perfecta para acrecentar el discurso de la invisibilidad del poder.

7. La Constitución de 1991 se estableció y se configuró como el sinónimo de esperanza para romper con la lógica de la crisis y la excepcionalidad, la estructura y funcionamiento de la fuerza pública no tuvieron grandes modificaciones, y por tanto, no fue el instrumento jurídico-político idóneo para configurar un parámetro de control a las actuaciones del Estado en un contexto de guerra. Como consecuencia de la falta de regulación del tema, el discurso castrense siguió teniendo una autonomía y legitimidad que se configuró posteriormente en normas, como la Ley 684 de 2001, que se fundaba en el poder nacional para justificar las actuaciones de los órganos de defensa y seguridad del Estado.

8. El interés nacional en función de la defensa y la seguridad debe construirse desde el rol activo del poder civil y que debe estar por encima del poder militar. Pero, aun así, ambos poderes deben sujetarse a las competencias dispuestas en la Ley y en la Constitución. De igual manera, corresponde al Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas, y no a las personas proteger y garantizar la seguridad estatal. La forma de comprensión de las instituciones jurídicas, como la publicidad y la reserva, es lo que permite determinar la transparencia de las actuaciones del Estado en esta actividad política. Aquí, el secreto como esencia del poder debe revisarse y cuestionarse, pues los intereses nacionales pueden constituirse en el instrumento idóneo para la conservación de un statu quo.

9. De los debates jurisprudenciales puede determinarse que la reserva de información de defensa y seguridad nacional no es absoluta, pues tiene unos límites más allá del requisito formal de la ley como fuente para su constitución. En esta línea, la reserva de información para sus límites debe tener en cuenta 7 temas que se identifican: i) la defensa y seguridad nacional como materia de reserva de información, haciendo un análisis si la prueba del daño

es suficiente para un control a las actuaciones de las autoridades; ii) la función pública y la administración de las reservas en el sector defensa y seguridad nacional, teniendo en cuenta aspectos como la meritocracia, la confianza y los estudios de seguridad; iii) la necesidad de darle publicidad a la contratación pública en el sector defensa y seguridad nacional; iv) La necesidad de establecer herramientas para la garantía del pluralismo político mediante un Estatuto de oposición y de un sistema normativo, donde no prevalezca el poder nacional sobre el servicio del Estado a las personas; v) la relación de las actividades de defensa y seguridad nacional con el derecho de habeas data, toda vez que están recopilan datos que pueden afectar el derecho a la intimidad personal; vi) la prohibición de constituir reservas mediante reglamentos; y vii) la verdad y el derecho de las víctimas como excepción a las restricciones de informaciones dispuestas en la ley.

10. En esa búsqueda de combatir la discrecionalidad es necesario revisar cuatro aspectos; en primer lugar, qué tipo de regulación legislativa se requiere para someter el poder ejecutivo a la publicidad de las actuaciones, en segundo lugar, un control judicial que establezca sanciones a la extralimitación u omisión de las autoridades; en tercer lugar, un control interpretativo, que implica la elaboración de técnicas de interpretación basadas en un sistema de competencias estricto; y finalmente, el control ciudadano que significa el papel de las sociedades contemporáneas en la limitación a la opacidad del poder.

11. Las actuaciones del Estado deben ser por regla general públicas, mientras la reserva de información debe ser una excepción. En este sentido, lo que debe primar es el principio de publicidad o de máxima divulgación, fundado en un sistema estricto y restrictivo de competencias, donde las autoridades no pueden extralimitar sus funciones, con el fin de salvaguardar sus secretos. El principio de legalidad adquiere un papel importante para limitar las ampliaciones de las reservas de información.

12. La función de defensa y seguridad nacional puede implicar la recolección, almacenamiento, sistematización, administración y tratamiento de datos de las personas, siendo necesario revisar las facultades de las autoridades en estas actividades, que pueden afectar derechos fundamentales, como el hábeas data. De este modo, se presentan cuatro categorías conceptuales que se relacionan estrechamente –reserva de información, habeas data, actividades de defensa y seguridad nacional y principio de publicidad–. En esta relación, la función de seguridad nacional manifestada entre otras cosas, en actividades de inteligencia y contrainteligencia pueden limitar el derecho a la intimidad personal y al hábeas data, por lo que el acceso a la información pública debe restringirse, pero con ciertas particularidades, fundadas en competencias estrictas.

13. La revisión y crítica a la reserva de información de defensa y seguridad nacional debe basarse en una óptica de los derechos, sino de los deberes y obligaciones de las entidades de hacer públicas sus actuaciones. El principio de publicidad de la información se construye a

partir de un sistema articulado de competencias, donde se establece quién y qué puede hacer la administración como el principal productor y suministrador de los datos que conciernen a la defensa y seguridad.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2009) AG/RES AG/RES, 2514 (XXXIX-O/09)

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2010) AG/RES 2607 (XL-O/10). Disponible en línea: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10.pdf.

Asamblea Nacional Constituyente. Subcomisión Cuarta de la Comisión Tercera de la Asamblea. Sesiones del 23 de abril de 1991.

Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia.* México: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política.* Madrid: Trotta.

Bobbio, N. (2016). *Democracia y secreto.* México: Fondo de Cultura Económica.

Böckenforde, E. W. (1993). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.* Madrid: Trotta.

Cabarcas Maciá, G. (2011). *Militares, política y derecho* . Bogotá: Universidad de los Andes.

Cancelado Franco, H., & T.C. Galvis Reyes, M. A. (2021). Hacia una gran estrategia: el poder político en la seguridad y la defensa. En L. A. Montero Moncada, *Seguridad y Defensa I* (págs. 73-96). Bogotá: Escuela Superior de Guerra General "Rafael Reyes Prieto" y Planeta.

Canetti. (2022). *Masa y poder.* Madrid: Alianza Editorial.

Capella, J. R. (2001). *Fruta prohíbida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado.* Madrid: Trotta.

Chevallier, J. (2015). *El Estado posmoderno.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chinchilla, T. E. (2020). *Crítica a la mitología del discurso constitucional.* Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Comisión de la Verdad. (2022). *Informe final. Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia.* Bogotá: Biblioteca Nacional de Colombia.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano.*

Comité Jurídico Interamericano (2008. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) Principios sobre el derecho de información. PRINCIPIOS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (2008). CP/CAJP-2599. Recomendaciones sobre el acceso a la información.

Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (2008). CP-CAJP 2608. Informe sobre el cuestionario de legislación y mejores prácticas sobre acceso a la información pública.

Departamento Nacional de Planeación. (2003). *Plan Nacional de Desarrollo. Hacia un Estado comunitario.* Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Departamento para la Gestión Pública Efectiva-Organización de los Estados Americanos. (2013). El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos. Disponible en línea: https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/CortosP8.pdf.

Díaz, E. (1992). *Estado de derecho y sociedad democrática.* Madrid: Taurus.

Fernández Ramos, S. (2018). La transparencia pública: pasado, presente y futuro. *Aragonesa de Administración Pública*, 213-243.

García de Enterría, E. (2000). *Democracia, jueces y control de la Administración.* Madrid: Civitas.

García Villegas, M. (2000). Estado, derecho y crisis en Colombia . *Estudios políticos*, 11-44.

García Villegas, M. (2008). *Jueces sin Estado. la justicia colombiana en zonas de conflicto armado.* Bogotá : Siglo del Hombre Editores.

García Villegas, M., & Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo y debilidad institucional en Colombia.* Bogotá : Siglo del Hombre Editores.

García Villegas, M., & Uprimny Yepes, R. (2006). El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En M. García Villegas, C. Rodríguez Garavito, & R. Uprimny Yepes, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (págs. 531-571). Bogotá: Norma.

Guastini, R. (2011). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.* Barcelona: Gedisa.

Guevara Bermúdez, J. A. (2004). *Los secretos de Estado: razones y sin razones y controles en el Estado de derecho.* México: Porrúa y Universidad Iberoamericana.

Guichot, E. (2014). El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En E. Guichot, *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, del 9 de diciembre* (pág. 19). Madrid: Tecnos.

Guichot, E. (2020). *El derecho de acceso a la información pública.* Valencia: Tirant lo blanch.

Hamilton, A., Madison, J., & May, J. (1943). *El Federalista o Nueva Constitución.* México: Fondo de Cultura Económica.

Han, B.-C. (2018). *La sociedad de la transparencia.* Barcelona: Pensamiento Herder.

Humanos, C. I. (2009). *El derecho de acceso a la información pública en el marco jurídico interamericano. Relatoria especial para la libertad de expresión.* Costa Rica: Organización de Estados Americanos.

Isensee, J. (2016). *Tabú en el Estado liberal de derecho. El más allá y el más acá de la racionalidad del Derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas. (2009). Declaración de Nuevo León. Disponible en línea:https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/CumbreAmericasMexico_DeclaracionLeon.pdf.

Kant, I. (1919). *La paz perpetua: ensayo filosófico.* Madrid-Barcelona: Calpe.

Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley una visión actual.* Madrid: Trotta

Leal Buitrago, F. (2006). *La inseguridad de la seguridad.* Bogotá: Planeta.

López Ayllon, S., & Posadas, A. (2019). Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. *Derecho Comparado de la Información*, 21-65.

Marín Cortés, F. G. (2008). *Público y Privado: estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa.* Bogotá: Temis.

Marín Cortés, F. G. (2017). *Derecho de petición y procedimiento administrativo.* Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda y CEDA.

Ministerio de Defensa Nacional. (2011). *Política Integral de Defensa y Seguridad para la prosperidad.* Bogotá : Imprenta Nacional de Colombia.

Montoya Brand, M. A. (2000). La instrumentación política de la corrupción. *Estudios Políticos*, 103-117.

Montoya Brand, M. A. (2005). Derecho y política en el pensamiento de Bobbio. *Estudios Políticos -Universidad de Antioquia*, 89-115.

Montoya Brand, M. A. (2008). Constitución de 1991, conflicto armMuñoz Tejada, J. A. (2015). *Saber y poder en la política criminal de la Seguridad Democrática. 2002-2006.* Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Nino, C. S. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho.* Barcelona: Ariel.

Pérez Toro, W. F., Vanegas Yepes, A. L., & Álvarez Martínez, C. M. (1997). *Estado de derecho y sistema penal.* Medellín: Librería Jurídica Diké e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia.

Ramírez Benítez, E. P., & Ardila Castro, C. A. (2020). Aproximación a la configuración de los intereses nacional en Colombia. En P. A. Sierra Zamora, & M. Bermúdez Tapia, *Evaluación jurídica de la seguridad y defensa nacional como política de Estado* (págs. 147-182). Bogotá: Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto".

Revelli, M. (2016). Prefacio. En N. Bobbio, *Democracia y secreto* (pág. 8). México: Fondo de Cultura Económica.

Revenga Sánchez, M. (1995). *El imperio de la política. Seguridad Nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano.* Barcelona: Ariel.

Reyes Echandía, A. (1979). El estado de sitio prolongado y el estatuto de seguridad frente a la Constitución. *Documentos testimonios. Foro Nacional por los Derechos Humanos*.

Sánchez Ferro, S. (2006). *El secreto de Estado.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sassen, S. (2010). *Territorio, autoridad y derechos.* Madrid: Katz Editores.

T.C. (RA) Díaz Jaimes, J., & TC. Díaz Vargas, J. (2020). Evolución del concepto de seguridad y defensa nacional en Colombia. En L. A. Montero Moncada, *Seguridad y Defensa II* (págs. 139-168). Bogotá: Planeta y Escuela Superior de Guerra Rafael Reyes Prieto.

Tardivo, G., & Díaz Cano, E. (2020). Felipe González y el caso de los GAL: una relectura de la política antiterrorista de los gobiernos del PSOE en España entre 1982 y 1996. *Espacio abierto: cuaderno venezolano de sociología*, 115-139.

TC. (RA) Ardila Castro, C. A., & TC. Reyes Murcia, R. A. (2021). Influencia del interés nacional en el concepto de la seguridad y defensa con la proyección del poder del Estado. En L. A. Montero Moncada, *Seguridad y Defensa I* (págs. 97-130). Bogotá : Escuela Superior de Guerra "Rafael Reyes Prieto" y Planeta .

Uprimny, R. (2001). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En B. De Sousa Santos, & M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Un análisis sociojurídico* (págs. 261-315). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales.

Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de batalla. Críticas del constitucionalismo colombiano.* Bogotá: Panamericana.

Vergara Mesa, H. D. (2019). *Instituciones del derecho administrativo laboral.* Medellín: Universidad de Antioquia.

Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional.* Madrid: Trotta.

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222).

Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. 7 de julio de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T- 525 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. 18 de septiembre de 1992

Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 5 de marzo de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-1322 de 2000. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Septiembre 27 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett. 11 de abril de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-161 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. 25 de febrero de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C- 872 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. 30 de septiembre de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-942 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. 15 de octubre de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-1173 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 17 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-211 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis. 21 de marzo de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-860 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño. 17 de octubre de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-1025 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Vargas. 3 de diciembre de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-708 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. 14 de julio de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. 16 de octubre de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T. 1037 de 2008. M.P. Jaime Cordoba Triviño. 23 de octubre de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 27 de mayo de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. 18 de junio de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-913 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. 16 de noviembre de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 6 de octubre de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 12 de julio de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia C- 274 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. 9 de mayo de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. 4 de diciembre de 2014.

Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo. 4 de abril de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes y otros vs Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006.

Anexo normativo de reservas de información de Defensa y Seguridad Nacional en Colombia				
Norma	**¿Está en una ley o en la Constitución?**	**Sentencia de Constitucionalidad**	**Ratio Decidendi**	**Gobierno en que se expidió**
Decreto 2233 de 1995. Artículo 3º. Del Consejo Técnico Nacional de Inteligencia. Créase el Consejo de Técnico Nacional de Inteligencia como organismo rector del Sistema Nacional de Inteligencia, adscrito al Ministerio del Interior y dependiente del Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional. Dicho consejo estará integrado así: * El Ministro del Interior quien lo presidirá; * El Ministro de Defensa Nacional o su delegado; * El Ministro de Justicia y Del Derecho o su delegado; * El comandante General de las Fuerzas Militares; * El comandante del Ejército; * El comandante de las Fuerzas Militares; * El comandante del Ejército; * El comandante de la Fuerza Aérea; * El comandante de la Armada Nacional; * El Director de la Policía Nacional; * El Director del Departamento Administrativo de Seguridad y * El Consejero para la Defensa y Seguridad Nacional. Parágrafo 1º. Solamente los Ministros de Defensa Nacional y de Justicia y del Derecho podrán enviar un delegado en su nombre. Los demás integrantes del Consejo deberán asistir personalmente. Parágrafo 2º. Las deliberaciones y actos del Consejo, por tratarse de asuntos relacionados con la defensa y seguridad nacional, estarán sujetos a reserva.	Decreto reglamentario	NA	NA	Ernesto Samper Pizano

Ley 443 de 1998. Artículo 5°. De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de: (...) 2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios: a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas y directrices, así: (...) b) Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos: En las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requeridas en quienes lo ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional. (...) Parágrafo 1º. También se consideran de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que posteriormente sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta pero que pertenezcan al ámbito de dirección y conducción institucional, manejo o de confianza.	Ley ordinaria	Sentencia C-161 de 2003	No considera la Corte que la exclusión de los empleos adscritos a las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones de la Fuerza Pública, de la regla general de carrera administrativa, vulnere los artículos 125 y 13 de la Carta, dada la especialísima y necesaria confianza *intuitu personae*, que se debe tener en los empleados que laboran en dichas dependencias, por la naturaleza propia de los asuntos de que conocen, que necesitan ser sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional. Es decir, el legislador al excluir los cargos a que se refiere el aparte demandado de la regla general de carrera administrativa, lo hizo bajo un principio de razón suficiente, dada la prevalencia del elemento de la confianza especial que se debe exigir a los servidores que pretendan desempeñarlos.	Ernesto Samper Pizano

Ley 443 de 1998. Art. 22. Lista de elegibles. Con base en los resultados del concurso, se conformará una lista de elegibles cuya vigencia será de dos (2) años, la cual incluirá los aspirantes que hayan aprobado el mismo, en estricto orden de mérito. La provisión de los empleos objeto de convocatoria, será efectuada a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente. Una vez provistos los empleos objeto del concurso, las entidades deberán utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en otros iguales, similares o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles. Parágrafo. En los concursos que se realicen en el Ministerio de Defensa Nacional, en las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, antes de la conformación de las listas de elegibles se efectuará a cada concursante un estudio de seguridad de carácter reservado, el cual, de resultar desfavorable, será causal para no incluirlo en la respectiva lista de elegibles. Cuando se trate de utilizar listas de elegibles de otras entidades, al nombramiento deberá preceder el respectivo estudio de seguridad. En el evento de ser éste desfavorable no podrá efectuarse el nombramiento.	Ley ordinaria	Sentencia C-942 de 2003	El parágrafo del artículo 22 de la Ley 443 de 1998, es exequible en la medida en que se le informen al interesado las razones y los motivos de la exclusión de la lista de elegibles. El carácter reservado se impone para terceros, pero no para el propio elegible.	Ernesto Samper Pizano
Ley 526 de 1999. Art. 4. Funciones de la Dirección General. Las siguientes serán las funciones generales de la Dirección General: […] 9. Solicitar a cualquier entidad pública o privada la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, salvo la sujeta a reserva en poder de la Fiscalía General de la Nación.	Ley ordinaria	N/A	N/A	Andrés Pastrana Arango

Ley 526 de 1999. Art. 9o. Manejo de información. La Unidad creada en la presente ley podrá solicitar a cualquier entidad pública, salvo la información reservada en poder de la Fiscalía General de la Nación, la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones.Las entidades obligadas a cumplir con lo previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero deberán colocar en forma inmediata a disposición de la Unidad de que trata esta ley, la información atinente al conocimiento de un determinado cliente o transacción u operación cuando se les solicite.Para los temas de competencia de la UIAF, no será oponible la reserva bancaria, cambiaria, bursátil y tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, así como aquella que exista sobre los datos de suscriptores y equipos que suministran los concesionarios y licenciatarios que prestan los servicios de comunicaciones previstos en el artículo 32 de la Ley 782 de 2002, el registro de extranjeros, los datos sobre información judicial e investigaciones de carácter migratorio, el movimiento migratorio, tanto de nacionales como de extranjeros, antecedentes y anotaciones penales, y datos sobre la existencia y estado de investigaciones en los entes de control, lo anterior sin perjuicio de la obligación de las entidades públicas y de los particulares de suministrar de oficio o a solicitud de la Unidad, la información de que trata el artículo 3o de esta ley.La información que recaude la UIAF en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis estará sujeta a reserva, salvo que medie solicitud de las fiscalías con expresas funciones legales para investigar lavado de activos o sus delitos fuente, financiación del terrorismo y/o legitimadas para	Ley ordinaria	N/A	N/A	Andrés Pastrana Arango

ejercitar la acción de extinción de dominio quienes deberán mantener la reserva aquí prevista.PARÁGRAFO. Para el acceso a la información reservada a la cual tiene acceso la UIAF de acuerdo con la presente ley, y que esté bajo la custodia de otra autoridad, la UIAF podrá celebrar convenios en los que se precisen las condiciones para el acceso a la información y se garantice el mantenimiento de la reserva.				

Ley 526 de 1999. Art. 11. Modificaciones. A partir de la vigencia de la presente ley, el literal d), numeral 2 del artículo 102 del Decreto 663 de 1993, quedará así:"d) Reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Información y Análisis Financiero cualquier información relevante sobre manejo de fondos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas."Así mismo, el artículo 105 del Decreto 663 de 1993, quedará así:"Reserva sobre la información reportada. Sin perjuicio de la obligación de reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Información y Análisis Financiero la información a que se refiere la letra d) del numeral 2o. del artículo 102, las instituciones financieras sólo estarán obligadas a suministrar información obtenida en desarrollo de los mecanismos previstos en los artículos anteriores cuando así lo soliciten la Unidad de Información y Análisis Financiero y los directores regionales o seccionales de la Fiscalía General de la Nación.Las autoridades que tengan conocimiento de las informaciones y documentos a que se refieren los artículos anteriores deberán mantener reserva sobre los mismos.Las entidades y sus funcionarios no podrán dar a conocer a las personas que hayan efectuado o intenten efectuar operaciones sospechosas, que han comunicado a la Unidad de Información y Análisis Financiero información sobre las mismas, y deberán guardar reserva sobre dicha información."	Ley ordinaria	N/A	N/A	Andrés Pastrana Arango

Decreto 1799 de 2000. Art. 27. *Carácter*. Son documentos elaborados por las autoridades evaluadoras y revisoras en los que se consignan informaciones y juicios de valor acerca de las condiciones personales y profesionales de los oficiales y suboficiales regidos por este decreto. Los documentos de evaluación tienen carácter de reservado salvo para las partes que intervienen en el proceso.	Decreto con facultades establecidas en una ley	Sentencia de Constitucionalidad - C-872 de 2003	La imposición de una reserva legal sobre los actos administrativos mediante el cual se decide clasificar para ascenso en una lista o en otra a un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, así como la imposición del secreto sobre los documentos que en ellos consten, no persiguen un fin constitucionalmente válido. Sin duda, a diferencia de lo que sucede con la reserva legal existente sobre documentos que conforman el proceso de evaluación de los oficiales y suboficiales, la cual se justifica por la protección de los derechos a la vida, integridad física e intimidad del evaluado, aquella que ha sido establecida sobre los motivos que llevaron clasificar de determinada manera a uno de estos servidores públicos para ascenso, no encuentra justificación alguna en una sociedad democrática. Primero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 27 del decreto 1799 de 2000. Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión "las sesiones decisorias de la junta clasificadora tienen carácter reservado" del artículo 42 del decreto 1799 de 2000 e INEXEQUIBLES las expresiones "y las decisiones tomadas" y "así como los documentos en que ellas consten" del mismo artículo.	Andrés Pastrana Arango
Decreto 1799 de 2000. Art. 42. *Reserva* <Apartes tachados INEXEQUIBLES:>. Las sesiones decisorias de la junta clasificadora ***y las decisiones tomadas tienen carácter reservado, así como los documentos en que ellas consten.***	Decreto con facultades establecidas en una ley			
Ley 594 de 2000. Art. 27. Acceso y consulta de los documentos. Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la Ley. Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes.	Ley ordinaria	N/A	N/A	Andrés Pastrana Arango

Ley 684 de 2001. Art. 19. Reserva legal. Las deliberaciones y actas del Consejo serán de carácter reservado. El mismo carácter tienen los Documentos Primarios y Secundarios de Defensa mencionados en la presente ley.	Ley ordinaria	Sentencia C-251 de 2002	La ley acusada implica entonces una reformulación del concepto de poder, que es incompatible con la Carta. Por tanto, es declarada su inconstitucionalidad.	Andres Pastrana Arango
Decreto Ley 780 de 2005.Artículo 11. *Etapas del proceso de selección.* El proceso de selección del sistema específico de carrera en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República comprenderá las siguientes etapas: 11.1. Convocatoria: El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República o en quien delegue, convocará a concurso. La convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la Entidad como a los participantes. Una vez iniciada la inscripción de aspirantes no podrán cambiarse sus condiciones, salvo en aspectos como sitio y fecha de recepción de inscripciones, fecha, hora y lugar en que se llevará a cabo la aplicación de las pruebas. 11.2. Divulgación: La convocatoria y sus modificaciones se publicarán a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia de acuerdo con lo establecido en el reglamento. 11.3. Reclutamiento: Esta fase tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso y cumplan con las condiciones de seguridad requeridas por la Entidad. 11.4. Pruebas o instrumentos de selección: Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, la idoneidad y adecuación del aspirante y establecer una clasificación de	Decreto Ley	Sentencia C-1173 de 2005	Declarar inconstitucional la expresión “Este acto administrativo no será motivado”, contenida en el numeral 29.13 del artículo 29 del Decreto 780 de 2005. Declara constitucional el inciso tercero del numeral 11.6 del artículo 11 del Decreto 780 de 2005, el numeral 29.13 del artículos 29 del mismo decreto, salvo la expresión indicada en el ordinal anterior y el artículo 20 del Decreto 790 de 2005, en el entendido que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la seguridad ciudadana, así como que en uno u otro caso, en el acto administrativo correspondiente se dará aplicación al inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.	Álvaro Uribe Vélez

los mismos respecto a las competencias y calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente determinados y fijados por el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. 11.5. Lista de elegibles: Con base en los resultados del concurso y con quienes lo hayan aprobado, se conformará una lista de elegibles en estricto orden de mérito cuya vigencia será de dos (2) años. Previo concepto favorable del Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, esta vigencia podrá prorrogarse hasta por un término igual. Los empleos objeto de la convocatoria serán provistos con quien ocupe el primer puesto en la lista de elegibles y en estricto orden descendente. La no aceptación de la designación causa la exclusión automática e inmediata de la lista de elegibles. Las listas de elegibles podrán ser utilizadas para proveer vacantes en el mismo cargo o en otros iguales, similares o de inferior				

jerarquía siempre y cuando se cumplan los requisitos y las exigencias que el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera Administrativa del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República establezca. Para la provisión definitiva de los cargos de carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República única y exclusivamente se utilizará la lista de elegibles que para el efecto conforme la Entidad. 11.6. Período de prueba: La persona seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba por el término de seis (6) meses. En cualquier momento durante este tiempo y al vencimiento del mismo, el empleado será evaluado en su desempeño laboral. La evaluación final deberá realizarse dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de dicho término y durante el mismo se mantendrá la vinculación del empleado. Aprobado el período de prueba, por obtener calificación satisfactoria en el desempeño laboral, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro del Sistema Específico de Carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. En caso contrario, y una vez en firme la respectiva calificación, se producirá su retiro definitivo del servicio. Antes de la expedición de la resolución de nombramiento en período de prueba, se efectuará al seleccionado un estudio de seguridad de carácter reservado, que de resultar desfavorable será causal para que no pueda efectuarse el nombramiento y sea excluido de la lista de elegibles.”				

Artículo 29. *Causales de retiro.* El retiro del servicio de los empleados de carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se produce por las causales enumeradas a continuación y conlleva el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, salvo en los casos señalados en la Ley 909 de 2004: 29.1. Por razones del buen servicio cuando se afecte gravemente el mismo, mediante acto administrativo motivado. 29.2. Por renuncia regularmente aceptada. 29.3. Por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez. 29.4. Por invalidez absoluta. 29.5. Por llegar a la edad de retiro forzoso. 29.6. Por supresión del empleo. 29.7. Por destitución, desvinculación o remoción como consecuencia de investigación disciplinaria. 29.8. Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. 29.9. Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo. 29.10. Por orden o decisión judicial. 29.11. Por calificación insatisfactoria en cualquier momento del período de prueba. 29.12. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento como consecuencia de calificación no satisfactoria en la valoración del desempeño laboral. 29.13. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, cuando como resultado de un estudio de seguridad de carácter reservado se establezca que no cumple con las condiciones mínimas de seguridad que se exige al personal que labora en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, realizado por				

la Secretaría de Seguridad del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República o quien esta indique o admita. Este acto administrativo no será motivado. 29.14. Por las demás que determinen la Constitución Política y la ley, motivada cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la valoración del desempeño laboral.”				
Decreto 790 de 2005. Artículo 20. Estudio de seguridad. Previa la expedición del acto administrativo de nombramiento en período de prueba, para la provisión de los empleos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, se efectuará al seleccionado un estudio de seguridad de carácter reservado, que de resultar desfavorable será causal para que no se efectúe el nombramiento y sea excluido de la lista de elegibles.	Decreto Ley	Sentencia C-1173 de 2005	Se declara la constitucionalidad del artículo 20 del Decreto 790 de 2005, en el entendido que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la seguridad ciudadana, así como que en uno u otro caso, en el acto administrativo correspondiente se dará aplicación al inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.	Álvaro Uribe Vélez
Ley 1033 de 2006 Art. 4. Para la vinculación de personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se deberá efectuar un estudio de seguridad de carácter reservado, a los aspirantes a ocupar cargos, el cual deberá resultar favorable para acceder a los mismos. Lo previsto en este artículo, no aplicará para la vinculación del Ministro de Defensa Nacional, Viceministros y Secretario General.	Ley ordinaria	Sentencia C-211 de 2007	El carácter reservado del estudio de seguridad se impone para terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igualmente, en el entendido que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se	Álvaro Uribe Vélez

			lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana.	
Ley 1097 de 2006. Art.5 Reserva legal: La información relacionada con gastos reservados gozará de reserva legal por un término de 20 años, sin perjuicio de las investigaciones de orden penal, disciplinario o fiscal. Con excepción del control político de que determina la Constitución Nacional y de las investigaciones formales de que trata el inciso anterior, la información a que se refiere el presente artículo solo podrá ser examinada por el grupo auditor definido en el artículo 4º de la presente ley. La información por su carácter reservado no podrá hacerse pública y el informe respectivo se rendirá en informe separado que tendrá también el carácter de reservado, al cual solo tendrán acceso las autoridades competentes con fines de control político, penal, disciplinario o fiscal.	Ley ordinaria	C-491 de 2007	La Corte declara exequible la Ley sólo en cuanto al cargo formulado en la demanda, es decir, a que el establecimiento de un límite al derecho de acceso a la información con el objetivo de garantizar la seguridad nacional y el orden público no viola la Constitución. Cosa distinta, como fue mencionado, será el estudio concreto de razonabilidad y proporcionalidad de cada reglamentación cuando quiera que se aporten razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes para justificar este estudio.	Álvaro Uribe Vélez
Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: […] 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: […] d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS*, que necesiten reserva para su adquisición;	Ley ordinaria			Álvaro Uribe Vélez

Ley 1219 de 2008 Art. 4. Principios. Son principios orientadores del procedimiento especial a que se refiere esta ley, además de los previstos en la Constitución Política de Colombia, los siguientes: 4.3. Reserva: Los servidores públicos, contratistas y en general quienes intervengan a cualquier título en el trámite, desarrollo y concreción de los contratos con cargo a gastos reservados, están obligados a mantener con clasificación reservada toda la información a la que tengan acceso por razón de su participación en el respectivo proceso, so pena de las sanciones civiles, penales y disciplinarias a que haya lugar.	Ley ordinaria	N/A	N/A	Álvaro Uribe Vélez

Ley1288 de 2009.Artículo 1o. Objeto y Alcance. La presente ley tiene por objeto fortalecer el marco legal que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir adecuadamente con su misión constitucional y legal, estableciendo los límites y fines de sus actividades, los principios que las rigen, los mecanismos de control y supervisión, la regulación de sus bases de datos, la protección de sus miembros, la coordinación y cooperación entre sus organismos y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas entre otras disposiciones.Artículo 8o. Funciones De La Junta De Inteligencia Conjunta. La Junta de Inteligencia Conjunta tiene las siguientes funciones:a) Producir estimativos de inteligencia que apoyen la toma de decisiones por parte del Gobierno Nacional.b) Producir documentos consolidados de inteligencia estratégica.c) Elaborar el Plan Nacional de Inteligencia.d) Asegurar que existan procedimientos adecuados de protección de la información.e) Desarrollar los protocolos que definan los procedimientos y requerimientos para el intercambio de información entre organismos y de uso de los productos por parte de los usuarios.f) Coordinar la distribución de tareas entre los organismos promoviendo la especialización y evitando la duplicidad de esfuerzos.g) Coordinar los planes de adquisición y compras.h) Promover y garantizar la capacitación y profesionalización de los funcionarios que realicen actividades de inteligencia y contrainteligencia, especialmente de los analistas. Para ello se promoverá la celebración de convenios de cooperación educativa con organismos nacionales, internacionales o extranjeros.i) Establecer, dirigir y orientar un centro de fusión y análisis interagencial de la información el cual dependerá	Ley ordinaria	N/A	N/A	Álvaro Uribe Vélez

de la Junta y estará conformado por un analista de cada organismo. El gobierno reglamentará la materia.j) Coordinar la producción de un reporte de análisis estratégico mensual dirigido al Presidente de la República, sin perjuicio de los que puedan elaborarse para temas coyunturales.Parágrafo 1o. La JIC creará Juntas de Inteligencia Regionales cuya función es la coordinación de las actividades de inteligencia y contrainteligencia a nivel regional.Parágrafo 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la elaboración del reporte de análisis estratégico mensual, los protocolos de entrega y la autorización de su conocimiento por parte de otros funcionarios del Estado.“Artículo 10. Autorización y Documentos Soportes. Las misiones y operaciones de inteligencia y contrainteligencia deberán estar plenamente soportadas y autorizadas por orden de operaciones o misión de trabajo emitida por el superior jerárquico, según la naturaleza de la operación. Toda actividad de inteligencia y contrainteligencia a través de la cual se desarrolle una misión u operación estará enmarcada dentro de estas y deberá ser reportada.Cada organismo reglamentará quién es el superior jerárquico, según la naturaleza de la operación, para autorizar las actividades de inteligencia y contrainteligencia en cada caso, teniendo en cuenta la Constitución y la ley, sin perjuicio de las normas del Código de Procedimiento Penal en las materias reguladas por este.La orden de operaciones o misión de trabajo deberá incluir un planeamiento detallado de la actividad de inteligencia o contrainteligencia definiendo claramente un cronograma de actividades. Cada organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia reglamentará los procedimientos específicos para llevar a cabo las				

actividades de inteligencia y contrainteligencia.”“Artículo 15. Funciones de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Son funciones de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia:a) Producir un informe anual reservado dirigido a la Comisión Segunda Conjunta, con copia al Presidente de la República, que dé cuenta del cumplimiento de los controles y garantías contenidos en la presente ley y formular 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. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.b) Realizar mínimo una reunión semestral con la JIC convocada por quien la presida para velar por el cumplimiento de los principios, fines y límites contenidos en la presente ley.c) Presentar recomendaciones para la formulación del Plan Nacional de Inteligencia.d) Emitir opiniones y conceptos sobre cualquier proyecto de ley relacionado con la materia.e) Emitir un concepto sobre el Informe de Auditoría de los gastos reservados elaborado por la Contraloría General de la República.f) Citar a los funcionarios directivos de los organismos de inteligencia para efectos del ejercicio del control político.Parágrafo. El informe anual de la Comisión será producto de los informes anuales rendidos por los inspectores de la Fuerza Pública, las Oficinas de Control Interno del DAS y la UIAF o por la dependencia que cada entidad señale para tal fin, la discusión que tengan sobre los mismos con los organismos de inteligencia y contrainteligencia, y los informes rendidos por los organismos de control en el ejercicio de sus				

funciones.Artículo 16. Seguridad de la Información. Los miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia serán sometidos a estudios periódicos de seguridad y confiabilidad. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos necesarios para que el acceso a la información se haga en condiciones que garanticen la seguridad de la misma.PARÁGRAFO 1o. En caso de que alguno de los congresistas elegidos no apruebe el estudio de confiabilidad, el Gobierno notificará a las Comisiones Segundas Conjuntas para que se realice una nueva elección para reemplazarlo teniendo en cuenta los parámetros de representación antes señalados.Parágrafo 2o. El Gobierno Nacional podrá suspender pro témpore el acceso a la información por parte de la Comisión para evitar un perjuicio grave a la actividad de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, que afecte la seguridad interior, la defensa nacional o el buen éxito de las investigaciones judiciales. Esta decisión será sujeta a control automático por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.Artículo 17. Deber de Reserva de la Comisión. Los miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia están obligados a guardar reserva sobre las informaciones y documentos a los que tengan acceso durante y después de su membresía, hasta el término máximo que establezca la ley.Parágrafo 1o. Ningún documento público emanado de la Comisión podrá revelar datos que puedan perjudicar la actividad ni los funcionarios de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, ni atentar contra la seguridad y defensa nacional. Parágrafo 2o. Los miembros				

de la Comisión así como el personal permanente o eventual asignado a la misma que hicieren uso indebido de la información a la que tuvieren acceso en ocasión o ejercicio de sus funciones serán considerados incursos en causal de mala conducta sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar, quedarán inhabilitados para ser miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia.Parágrafo 3o. Las Mesas Directivas del Senado y la Cámara de Representantes asignarán los recursos humanos y físicos necesarios para el funcionamiento de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia.”Artículo 18. Centros De Protección De Datos De Inteligencia Y Contrainteligencia. Cada uno de los organismos que desarrolla actividades de inteligencia y contrainteligencia tendrá un Centro de Protección de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia (CPD). Cada Centro tendrá un responsable que garantizará que los procesos de recolección, almacenamiento, producción y difusión de la información de inteligencia y contrainteligencia estén enmarcados en la Constitución y la ley. Para ello se llevarán a cabo los talleres de capacitación necesarios dentro de cada centro. Artículo 19. Objetivos de los CPD. Cada CPD tendrá los siguientes objetivos:a) Controlar el ingreso y la salida de información a las bases de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, garantizando de manera prioritaria su reserva constitucional y legal.b) Asegurar que aquellos datos de inteligencia y contrainteligencia que una vez almacenados no sirvan para los fines establecidos en el artículo 5° de la presente ley, sean actualizados y depurados.c) Garantizar que la información no será almacenada en las bases				

de datos de inteligencia y contrainteligencia por razones de género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pertenencia a una organización sindical, social o de derechos humanos, o para promover los intereses de cualquier partido político.PARÁGRAFO Los criterios de actualización y depuración de la información serán reglamentados por la Junta de Inteligencia Conjunta a través de una comisión de trabajo destinado para tal fin. Para su diseño se tendrán en cuenta los siguientes lineamientos:a) La obligación de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos al buen nombre, la honra y el debido proceso;b) El deber de garantizar la preservación de la memoria histórica de la Nación, yc) La ley de archivos.”Artículo 20. Difusión de Datos de Inteligencia y Contrainteligencia. Los datos de inteligencia y contrainteligencia que reposan en los CPD, al estar amparados por la reserva legal, no podrán hacerse públicos ni serán difundidos a particulares. Sin embargo, no se podrá oponer la reserva legal a los requerimientos de autoridades penales, disciplinarias o fiscales.”Artículo 21. Reserva. Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de 40 años y tendrán carácter de información reservada según el grado de clasificación que les corresponda en cada caso.PARÁGRAFO. El servidor público que decida ampararse en la reserva para no suministrar una información debe hacerlo motivando por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y fundándola en esta disposición legal. En cualquier caso, frente a tales decisiones procederán los recursos y				

acciones legales y constitucionales del caso.Artículo 23. 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.En caso de que el organismo considere necesario declarar en un proceso, podrá hacerlo a través de su Director o su delegado, en calidad de prueba de referencia.La exclusión del deber de denuncia no aplicará para los casos en que el servidor público posea información relacionada con la presunta comisión de un delito de lesa humanidad por parte de un servidor público que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia.Artículo 25. Modificación De Penas para los Delitos de Divulgación y Empleo de Documentos Reservados y Acceso Abusivo a un Sistema Informático. Con el objeto de garantizar la reserva legal de los documentos de inteligencia y contrainteligencia y evitar su divulgación por parte de los miembros de organismos que llevan a cabo este tipo de actividades, los artículos 194, 195, 418, 419 y 420 del Código Penal quedarán así:“Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.Artículo 31. Colaboración de Las Entidades Públicas y privadas. Las entidades públicas y privadas podrán cooperar con los				

organismos de inteligencia y contrainteligencia para el cumplimiento de los fines enunciados en esta ley. En caso de que la información solicitada esté amparada por la reserva legal, los organismos de inteligencia y las entidades públicas y privadas podrán suscribir convenios interinstitucionales de mutuo acuerdo. En cualquier caso, la entrega de tal información no constituirá una violación a la reserva legal, toda vez que la misma continuará bajo este principio, al cual se encuentran obligados los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia en virtud de lo dispuesto en la presente ley.Parágrafo 1o. En cumplimiento de los términos establecidos en la presente ley los operadores de telecomunicaciones estarán obligados a suministrar a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, previa solicitud y en desarrollo de una operación autorizada el historial de comunicaciones de los mismos, 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 la localización. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia garantizarán la seguridad de esta información a través de los CPD.Los directores de los organismos de inteligencia serán los encargados de presentar por escrito a los operadores de telecomunicaciones la solicitud de dicha información.En todo caso, la interceptación de comunicaciones estará sujeta a los procedimientos legales establecidos por la Constitución y la ley.PARÁGRAFO 2o. Los operadores de telecomunicaciones deberán informar al Ministerio de Comunicaciones y a la Fiscalía General de la Nación cualquier modificación en la tecnología de sus redes y poner a su disposición, en un tiempo y a un costo				

razonable, la implementación de los equipos de interceptación para la adaptación a la red. Los operadores de telecomunicaciones deberán indicar el contenido y el alcance de la modificación respectiva con una antelación no inferior a 60 días calendario a aquel en que se pretenda llevar a cabo la misma.PARÁGRAFO 3o. Los operadores de telecomunicaciones deberán mantener y asegurar a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, un medio de transporte que permita llamadas de voz encriptadas, a un costo más utilidad razonable, y para un número específico de usuarios en condiciones que no degraden la red del operador ni la calidad del servicio que este presta. Este medio se otorgará a solicitud de la Junta de Inteligencia Conjunta; será exclusivo del alto gobierno y de los organismos de inteligencia y contrainteligencia del Estado; y será regulado y controlado por la Junta de Inteligencia Conjunta.”				

Artículo 2 de la Ley 1266 de 2008. Ámbito de Aplicación. La presente ley se aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada. Esta ley se aplicará sin perjuicio de normas especiales que disponen la confidencialidad o reserva de ciertos datos o información registrada en bancos de datos de naturaleza pública, para fines estadísticos, de investigación o sanción de delitos o para garantizar el orden público. Se exceptúan de esta ley las bases de datos que tienen por finalidad producir la Inteligencia de Estado por parte del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y de la Fuerza Pública para garantizar la seguridad nacional interna y externa. Los registros públicos a cargo de las cámaras de comercio se regirán exclusivamente por las normas y principios consagrados en las normas especiales que las regulan. Igualmente, quedan excluidos de la aplicación de la presente ley aquellos datos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico y aquellos que circulan internamente, esto es, que no se suministran a otras personas jurídicas o naturales.	Ley ordinaria	C-1011 de 2008	Resulta justificado que el legislador estatutario haya excluido a la administración de datos personales a las bases de datos de inteligencia, pues su propósito es diferente al de la recopilación de información crediticia, financiera y comercial, acopiada con el propósito descrito.	Álvaro Uribe Vélez

“Ley 1288 De 2009.Artículo 1o. Objeto y Alcance. La presente ley tiene por objeto fortalecer el marco legal que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir adecuadamente con su misión constitucional y legal, estableciendo los límites y fines de sus actividades, los principios que las rigen, los mecanismos de control y supervisión, la regulación de sus bases de datos, la protección de sus miembros, la coordinación y cooperación entre sus organismos y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas entre otras disposiciones. Artículo 8o. Funciones de la Junta de Inteligencia Conjunta. La Junta de Inteligencia Conjunta tiene las siguientes funciones: a) Producir estimativos de inteligencia que apoyen la toma de decisiones por parte del Gobierno Nacional. b) Producir documentos consolidados de inteligencia estratégica. c) Elaborar el Plan Nacional de Inteligencia. d) Asegurar que existan procedimientos adecuados de protección de la información. e) Desarrollar los protocolos que definan los procedimientos y requerimientos para el intercambio de información entre organismos y de uso de los productos por parte de los usuarios. f) Coordinar la distribución de tareas entre los organismos promoviendo la especialización y evitando la duplicidad de esfuerzos. g) Coordinar los planes de adquisición y compras. h) Promover y garantizar la capacitación y profesionalización de los funcionarios que realicen actividades de inteligencia y contrainteligencia, especialmente de los analistas. Para ello se promoverá la celebración de convenios de cooperación educativa con organismos nacionales, internacionales o extranjeros. i) Establecer, dirigir y orientar un centro de fusión y análisis	Ley ordinaria	C-913 de 2010	Sobre esas bases, esta corporación considera evidente que todas las materias tratadas en las normas que hacen parte de este Estatuto, sea cual fuere su contenido específico, han debido ser objeto de una ley estatutaria.	Álvaro Uribe Vélez

interagencial de la información el cual dependerá de la Junta y estará conformado por un analista de cada organismo. El gobierno reglamentará la materia. j) Coordinar la producción de un reporte de análisis estratégico mensual dirigido al Presidente de la República, sin perjuicio de los que puedan elaborarse para temas coyunturales. Parágrafo 1o. La JIC creará Juntas de Inteligencia Regionales cuya función es la coordinación de las actividades de inteligencia y contrainteligencia a nivel regional. Parágrafo 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la elaboración del reporte de análisis estratégico mensual, los protocolos de entrega y la autorización de su conocimiento por parte de otros funcionarios del Estado.“Artículo 10. Autorización y Documentos Soportes. Las misiones y operaciones de inteligencia y contrainteligencia deberán estar plenamente soportadas y autorizadas por orden de operaciones o misión de trabajo emitida por el superior jerárquico, según la naturaleza de la operación. Toda actividad de inteligencia y contrainteligencia a través de la cual se desarrolle una misión u operación estará enmarcada dentro de estas y deberá ser reportada. Cada organismo reglamentará quién es el superior jerárquico, según la naturaleza de la operación, para autorizar las actividades de inteligencia y contrainteligencia en cada caso, teniendo en cuenta la Constitución y la ley, sin perjuicio de las normas del Código de Procedimiento Penal en las materias reguladas por este. La orden de operaciones o misión de trabajo deberá incluir un planeamiento detallado de la actividad de inteligencia o contrainteligencia definiendo claramente un cronograma de actividades. Cada organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia reglamentará los				

procedimientos específicos para llevar a cabo las actividades de inteligencia y contrainteligencia.”“ARTÍCULO 15. Funciones de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Son funciones de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia:a) Producir un informe anual reservado dirigido a la Comisión Segunda Conjunta, con copia al Presidente de la República, que dé cuenta del cumplimiento de los controles y garantías contenidos en la presente ley y formular 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. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. b) Realizar mínimo una reunión semestral con la JIC convocada por quien la presida para velar por el cumplimiento de los principios, fines y límites contenidos en la presente ley. c) Presentar recomendaciones para la formulación del Plan Nacional de Inteligencia. d) Emitir opiniones y conceptos sobre cualquier proyecto de ley relacionado con la materia. e) Emitir un concepto sobre el Informe de Auditoría de los gastos reservados elaborado por la Contraloría General de la República. f) Citar a los funcionarios directivos de los organismos de inteligencia para efectos del ejercicio del control político. PARÁGRAFO. El informe anual de la Comisión será producto de los informes anuales rendidos por los inspectores de la Fuerza Pública, las Oficinas de Control Interno del DAS y la UIAF o por la dependencia que cada entidad señale para tal fin, la discusión que tengan sobre los mismos con los organismos de inteligencia y contrainteligencia, y los informes rendidos por				

los organismos de control en el ejercicio de sus funciones.Artículo 16. Seguridad de la Información. Los miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia serán sometidos a estudios periódicos de seguridad y confiabilidad. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos necesarios para que el acceso a la información se haga en condiciones que garanticen la seguridad de la misma. Parágrafo 1o. En caso de que alguno de los congresistas elegidos no apruebe el estudio de confiabilidad, el Gobierno notificará a las Comisiones Segundas Conjuntas para que se realice una nueva elección para reemplazarlo teniendo en cuenta los parámetros de representación antes señalados. Parágrafo 2o. El Gobierno Nacional podrá suspender pro témpore el acceso a la información por parte de la Comisión para evitar un perjuicio grave a la actividad de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, que afecte la seguridad interior, la defensa nacional o el buen éxito de las investigaciones judiciales. Esta decisión será sujeta a control automático por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.Artículo 17. Deber de Reserva de la Comisión. Los miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia están obligados a guardar reserva sobre las informaciones y documentos a los que tengan acceso durante y después de su membresía, hasta el término máximo que establezca la ley. Parágrafo 1o. Ningún documento público emanado de la Comisión podrá revelar datos que puedan perjudicar la actividad ni los funcionarios de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, ni atentar contra la seguridad				

y defensa nacional. Parágrafo 2o. Los miembros de la Comisión así como el personal permanente o eventual asignado a la misma que hicieren uso indebido de la información a la que tuvieren acceso en ocasión o ejercicio de sus funciones serán considerados incursos en causal de mala conducta sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar, quedarán inhabilitados para ser miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Parágrafo 3o. Las Mesas Directivas del Senado y la Cámara de Representantes asignarán los recursos humanos y físicos necesarios para el funcionamiento de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia.”Artículo 18. Centros de Protección de Datos de Inteligencia Contrainteligencia. Cada uno de los organismos que desarrolla actividades de inteligencia y contrainteligencia tendrá un Centro de Protección de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia (CPD). Cada Centro tendrá un responsable que garantizará que los procesos de recolección, almacenamiento, producción y difusión de la información de inteligencia y contrainteligencia estén enmarcados en la Constitución y la ley. Para ello se llevarán a cabo los talleres de capacitación necesarios dentro de cada centro.Artículo 19. Objetivos de los CPD. Cada CPD tendrá los siguientes objetivos: a) Controlar el ingreso y la salida de información a las bases de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, garantizando de manera prioritaria su reserva constitucional y legal. b) Asegurar que aquellos datos de inteligencia y contrainteligencia que una vez almacenados no sirvan para los fines establecidos en el artículo 5° de la presente ley, sean actualizados y depurados. c) Garantizar que				

la información no será almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia por razones de género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pertenencia a una organización sindical, social o de derechos humanos, o para promover los intereses de cualquier partido político. PARÁGRAFO Los criterios de actualización y depuración de la información serán reglamentados por la Junta de Inteligencia Conjunta a través de una comisión de trabajo destinado para tal fin. Para su diseño se tendrán en cuenta los siguientes lineamientos: a) La obligación de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos al buen nombre, la honra y el debido proceso; b) El deber de garantizar la preservación de la memoria histórica de la Nación, y c) La ley de archivos.”Artículo 20. Difusión de Datos de Inteligencia Y Contrainteligencia. Los datos de inteligencia y contrainteligencia que reposan en los CPD, al estar amparados por la reserva legal, no podrán hacerse públicos ni serán difundidos a particulares. Sin embargo, no se podrá oponer la reserva legal a los requerimientos de autoridades penales, disciplinarias o fiscales.”Artículo 21. Reserva. Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de 40 años y tendrán carácter de información reservada según el grado de clasificación que les corresponda en cada caso. Parágrafo. El servidor público que decida ampararse en la reserva para no suministrar una información debe hacerlo motivando por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y fundándola en esta disposición legal. En cualquier caso, frente a tales decisiones				

procederán los recursos y acciones legales y constitucionales del caso.Artículo 23. 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. En caso de que el organismo considere necesario declarar en un proceso, podrá hacerlo a través de su Director o su delegado, en calidad de prueba de referencia. La exclusión del deber de denuncia no aplicará para los casos en que el servidor público posea información relacionada con la presunta comisión de un delito de lesa humanidad por parte de un servidor público que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia. Artículo 25. Modificación de Penas para los Delitos de Divulgación y Empleo de Documentos Reservados Y Acceso Abusivo A Un Sistema Informático. Con el objeto de garantizar la reserva legal de los documentos de inteligencia y contrainteligencia y evitar su divulgación por parte de los miembros de organismos que llevan a cabo este tipo de actividades, los artículos 194, 195, 418, 419 y 420 del Código Penal quedarán así:“Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.Artículo 31. Colaboración de las Entidades Públicas y Privadas. Las entidades				

públicas y privadas podrán cooperar con los organismos de inteligencia y contrainteligencia para el cumplimiento de los fines enunciados en esta ley. En caso de que la información solicitada esté amparada por la reserva legal, los organismos de inteligencia y las entidades públicas y privadas podrán suscribir convenios interinstitucionales de mutuo acuerdo. En cualquier caso, la entrega de tal información no constituirá una violación a la reserva legal, toda vez que la misma continuará bajo este principio, al cual se encuentran obligados los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia en virtud de lo dispuesto en la presente ley. Parágrafo 1o. En cumplimiento de los términos establecidos en la presente ley los operadores de telecomunicaciones estarán obligados a suministrar a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, previa solicitud y en desarrollo de una operación autorizada el historial de comunicaciones de los mismos, 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 la localización. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia garantizarán la seguridad de esta información a través de los CPD. Los directores de los organismos de inteligencia serán los encargados de presentar por escrito a los operadores de telecomunicaciones la solicitud de dicha información. En todo caso, la interceptación de comunicaciones estará sujeta a los procedimientos legales establecidos por la Constitución y la ley. Parágrafo 2o. Los operadores de telecomunicaciones deberán informar al Ministerio de Comunicaciones y a la Fiscalía General de la Nación cualquier modificación en la tecnología de sus redes y				

poner a su disposición, en un tiempo y a un costo razonable, la implementación de los equipos de interceptación para la adaptación a la red. Los operadores de telecomunicaciones deberán indicar el contenido y el alcance de la modificación respectiva con una antelación no inferior a 60 días calendario a aquel en que se pretenda llevar a cabo la misma. Parágrafo 3o. Los operadores de telecomunicaciones deberán mantener y asegurar a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, un medio de transporte que permita llamadas de voz encriptadas, a un costo más utilidad razonable, y para un número específico de usuarios en condiciones que no degraden la red del operador ni la calidad del servicio que este presta. Este medio se otorgará a solicitud de la Junta de Inteligencia Conjunta; será exclusivo del alto gobierno y de los organismos de inteligencia y contrainteligencia del Estado; y será regulado y controlado por la Junta de Inteligencia Conjunta.”				

Ley 1581 de 2012 Artículo 2o. Ámbito De Aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.La presente ley aplicará al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:a) A las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico.Cuando estas bases de datos o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización. En este caso los Responsables y Encargados de las bases de datos y archivos quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en la presente ley;b) A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo;c) A las Bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia;d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales;e) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008;f) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993.PARÁGRAFO. Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir	Ley estatutaria	C-748 de 2011	Toda labor de seguridad y defensa nacional debe ser compatible con la dignidad y los derechos fundamentales de las personas que puedan resultar afectadas. En este orden de ideas, la Sala reitera que el tratamiento de datos personales con estas finalidades debe sujetarse de manera estricta a las exigencias del principio de proporcionalidad. Consideraciones similares deben realizarse para las excepciones de “prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, pues tanto el lavado de activos como el terrorismo son amenazas importantes contra la seguridad y el orden público. Excepcionar de la aplicación de las disposiciones del proyecto al tratamiento de datos que tiene lugar con ocasión de actividades de inteligencia y contrainteligencia no resulta inconstitucional, pues se trata de labores importantes para mantener el orden público y la integridad de las fronteras nacionales.	Juan Manuel Santos Calderón

con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley.				
Artículo 1 de la Ley 1621 de 2013. Objeto y alcance. La presente ley tiene por objeto fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir adecuadamente con su misión constitucional y legal. Establece los límites y fines de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, los principios que las rigen, los mecanismos de control y supervisión, la regulación de las bases	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	En la medida en que esta disposición se reduce a mencionar el objeto y alcance del proyecto de ley estatutaria, sin que comprenda el desarrollo de los asuntos que enlista, no encuentra esta Corporación que por sí sola devenga en inconstitucional y, por tanto, se declarará su exequibilidad pura y simple.	Juan Manuel Santos Calderón

de datos, la protección de los agentes, la coordinación y cooperación entre los organismos, y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas, entre otras disposiciones".				
Artículo 3 de la Ley 1621 de 2013. "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".	Ley ordinaria		Examinada por la Corte la presente disposición que instituye los organismos especializados del Estado del orden nacional que llevarán a cabo la función de inteligencia y contrainteligencia, se observa que se está frente a una norma de naturaleza ordinaria, al articularse dentro de las funciones atribuidas al Congreso por el artículo 150.7 de la Constitución, que refiere a la determinación de la estructura de la administración nacional y la creación, supresión o modificación de organismos o entidades del orden nacional. Además debe insistirse que el haberse contenido dentro de una ley estatutaria disposiciones ordinarias no las hace inconstitucionales. Por consiguiente, al haberse previsto en la norma examinada que la función de inteligencia y contrainteligencia podrá cumplirse "por los demás organismos que faculte para ello la ley", debe acarrear la misma consecuencia jurídica, esto es, que la naturaleza de la ley que se expida ha de ser igualmente de naturaleza ordinaria. En conclusión, la Corte procederá a declarar la exequibilidad de esta disposición de forma pura y simple.	Juan Manuel Santos Calderón

Ley 1621 de 2013. Artículo 4° “Límites y fines de la función de inteligencia y contrainteligencia. La función de inteligencia y contrainteligencia estará limitada en su ejercicio al respeto de los derechos humanos y al cumplimiento estricto de la Constitución, la ley y el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En especial, la función de inteligencia estará limitada por el principio de reserva legal que garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y al debido proceso. Ninguna información de inteligencia y contrainteligencia podrá ser obtenida con fines diferentes de:a) Asegurar la consecución de los fines esenciales del Estado, la vigencia del régimen democrático, la integridad territorial, la soberanía, la seguridad y la defensa de la Nación; b) Proteger las instituciones democráticas de la República, así como los derechos de las personas residentes en Colombia y de los ciudadanos colombianos en todo tiempo y lugar -en particular los derechos a la vida y la integridad personal- frente a amenazas tales como el terrorismo, el crimen organizado, el narcotráfico, el secuestro, el tráfico de armas, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, el lavado de activos, y otras amenazas similares; yc) Proteger los recursos naturales y los intereses económicos de la Nación. En ningún caso la información de inteligencia y contrainteligencia será recolectada, procesada o diseminada por razones de género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pertenencia a una organización sindical, social o de derechos humanos, o para promover los intereses de cualquier partido o movimiento político o afectar los derechos y garantías de los partidos políticos de oposición”.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Para la Corte este acápite se ajusta a la Carta Política al prever instrumentos que propenden por la vigencia efectiva de los derechos humanos, cuyo respeto se instituye de manera directa y principal como límite a la función. La observancia estricta de la legislación comprende el funcionamiento de los servicios de inteligencia con arreglo a las leyes, las cuales a su vez deben estar conformes con la Constitución y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.	

Ley 1621 de 2013 Art.8. Plan Nacional De Inteligencia. El Plan Nacional de inteligencia es el documento de carácter reservado que desarrolla los requerimientos y las prioridades establecidas por el Gobierno Nacional en materia de inteligencia y contrainteligencia, y asigna responsabilidades. Este Plan será elaborado por la Junta de Inteligencia Conjunta y será proyectado para un período de un (1) año. El primer Plan Nacional de Inteligencia entrará en vigencia dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación de la presente Ley.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	La reserva opera respecto del contenido de un documento público, pero no de su existencia: "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.)" .	Juan Manuel Santos Calderón
Ley 1621 de 2013. Artículo 11. "Cooperación internacional. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán cooperar con organismos de inteligencia homólogos en otros países, para lo cual se establecerán los protocolos de seguridad necesarios para garantizar la protección y reserva de la información, de conformidad con las disposiciones contempladas en la presente ley".	Ley Estatutaria	Sentencia C-540 de 2012	Por tanto, en lo que concierne a la norma examinada sobre cooperación internacional por los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, habrá de observarse en el establecimiento de los protocolos de seguridad necesarios, los lineamientos expuestos en la sentencia mencionada para conocer con certeza cuándo es viable la transferencia de datos personales a países que no otorgan garantías de protección adecuadas. Ello en defensa de los derechos fundamentales como la intimidad y el habeas data, como del principio de legalidad y del debido proceso (arts. 15 y 29 superiores).	Juan Manuel Santos Calderón
Ley 1621 de 2013 Art.12. Parágrafo 4. Los integrantes de la JIC compartirán la información de inteligencia relevante que tengan a su disposición con los miembros de la misma. En cualquier caso esta información será manejada por los miembros con la debida reserva y observando los protocolos de seguridad de la información.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	No se hace un estudio o reproche constitucional	Juan Manuel Santos Calderón

Ley 1621 de 2013 Art.13. Funciones De La Junta De Inteligencia Conjunta. La Junta de Inteligencia Conjunta tendrá las siguientes funciones: (…) h. Presentar a la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia del Congreso de la República un informe anual que tendrá carácter reservado.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	El carácter reservado que se asigna al informe anual que la Junta de Inteligencia Conjunta debe presentar a la Comisión Legal de Seguimiento de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, tampoco merece reparo alguno de constitucionalidad, conforme a consideraciones similares a las que se vertieron sobre el artículo 8º del proyecto de ley -reserva del Plan Nacional de Inteligencia-.	Juan Manuel Santos Calderón
Ley 1621 de 2013 Art. 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 (…).	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	En lo que respecta al carácter reservado que en principio tiene el informe anual que rinden los Inspectores de la Policía o de la Fuerza Militar, tramitado por el conducto regular ante el Ministro de Defensa y con copia a la Comisión Legal de Seguimiento, también se encuentra concordante con la Constitución, en la medida que atiende a la naturaleza de la información que se maneja por los organismos de inteligencia y contrainteligencia, y que compromete bienes de relevancia constitucional para la seguridad y defensa de la Nación (art. 74).	Juan Manuel Santos Calderón
Ley 1621 de 2013 Art. 22. Funciones y facultades de la comisión legal de seguimiento a las actividades de inteligencia y Contrainteligencia. Adiciónese un artículo 61G a la ley 53 de 1992 el cual quedará así: "ARTÍCULO 61G. FUNCIONES. Son funciones y facultades de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia: 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 (…)".	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Sobre el carácter reservado del informe anual que produzca la Comisión dirigido al Presidente de la República se encuentra conforme con la Constitución al atender y sopesar adecuadamente la naturaleza de la información que se opera y que compromete bienes de relevancia constitucional para la seguridad y defensa nacional (arts. 1º, 4º, 6º, 74 y 209 superiores). Además no debe olvidarse que la reserva opera respecto del contenido del documento público y no de su existencia. Así mismo, el ente de supervisión debe adoptar las medidas indispensables como efectuar las acciones adecuadas en orden a proteger la información sensible y evitar su divulgación no autorizada.	Juan Manuel Santos Calderón

Ley 1621 de 2013 Art. 23. Estudios de credibilidad y confiabilidad de la comisión legal de seguimiento a las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Adiciónese un artículo 61 H a ley 53 de 1992 el cual quedara así: Art. 61 H. Estudios de credibilidad y confiabilidad. Los funcionarios de la Comisión Legal de seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia, así como los miembros de las unidades de trabajo legislativo que sean designados por cada miembro de la Comisión para apoyar el trabajo de la misma, se someterán a por lo menos un (1) estudio de credibilidad y confianza al año. Las mesas directivas del Senado y la Cámara de Representantes determinarán el organismo de la comunidad de inteligencia a través del cual se aplicarán los estudios y reglamentarán los procedimientos necesarios para garantizar la reserva de los resultados de estos estudios.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Esta disposición establece que los funcionarios de la Comisión Legal de Seguimiento y los miembros de las Unidades de Trabajo Legislativo designados por cada miembro de la Comisión, se someterán por lo menos a un estudio de credibilidad y confianza al año. Además se señala que dichas Mesas Directivas diseñarán conjuntamente los criterios y parámetros a tener en cuenta para la evaluación y calificación de los estudios de credibilidad y confiabilidad, así como los protocolos necesarios para garantizar la absoluta reserva de la información relacionada con tales estudios.	Juan Manuel Santos Calderón
Ley 1621 de 2013 Art. 24. Deber de Reserva de la Comisión. Los miembros de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia están obligados a guardar reserva sobre las informaciones y documentos a los que tengan acceso durante y después de su membrecía, hasta el término que establece la presente Ley.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Para la Corte este acápite se ajusta a la Constitución (arts. 2º y 74 superiores), toda vez que, como se ha explicado suficientemente, las instituciones de supervisión al tener acceso a información confidencial y sensible (seguridad y defensa de la Nación, y datos personales), deben tomar previsiones para garantizar que no se revelen deliberadamente ni por inadvertencia. Los miembros y el personal de la Comisión tienen prohibido hacer revelaciones no autorizadas de información, cuyo incumplimiento suele sancionarse disciplinaria y penalmente.	Juan Manuel Santos Calderón

Ley 1621 de 2013 Art. 27. Debates en materia de inteligencia y contrainteligencia. Adiciónese el artículo 94 de la ley 5 de 1992 así: ARTÍCULO 94. Debates. El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación, es lo que constituye el debate. El debate empieza al abrirlo el Presidente y termina con la votación general. Los debates en materia de inteligencia y contrainteligencia se adelantarán en sesión reservada.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Entiende la Corte que todo proceso de discusión parlamentaria que se adelante sobre actividades de inteligencia y contrainteligencia, que por su naturaleza resulta confidencial y sensible al comprometer intereses superiores como la seguridad y defensa de la Nación y los derechos fundamentales como la intimidad, buen nombre, habeas data, debido proceso y el principio de legalidad, y a la cual se ha tenido acceso en virtud de la institución de supervisión parlamentaria; su convocatoria y realización se cumpla en sesión reservada del Congreso para de esta manera garantizar que no se revele intencionalmente o por inadvertencia información reservada, en aras de salvaguardar intereses superiores, cumplir los objetivos constitucionales perseguidos y evitar el fracaso de las operaciones.	Juan Manuel Santos Calderón

Ley 1621 de 2013 Art. 29. Objetivos de los Centros de Protección de Datos de Inteligencia Y Contrainteligencia (CPD). Cada CPD tendrá los siguientes objetivos: a. Controlar el ingreso y la salida de información a las bases de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, garantizando de manera prioritaria su reserva constitucional y legal; b) Asegurar que aquellos datos de inteligencia y contrainteligencia que una vez almacenados no sirvan para los fines establecidos en el artículo 5° de la presente ley, sean retirados; c) Garantizar que la información no será almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia por razones de género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pertenencia a una organización sindical, social o de derechos humanos, o para promover los intereses de cualquier partido o movimiento político o afectar los derechos y garantías de los partidos políticos de oposición".	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Los CPD deben observar, entre otros, los siguientes principios:-Legalidad. -Finalidad. El acopio y tratamiento de información debe obedecer a una finalidad legítima a la luz de la Constitución y las leyes.-Necesidad. La información personal concernida debe ser aquella estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines de la base de datos. También contrae la obligación que cada base de datos identifique de manera clara, expresa y suficiente, cuál es el propósito de la recolección y tratamiento de la información personal.-Integridad. Impone la obligación de recopilar y circular datos personales completos, de tal forma que está prohibido el tratamiento de información parcial, incompleta o fraccionada. -Veracidad. La información sujeta a tratamiento debe ser veraz, actualizada, comprobable y comprensible. -Circulación restringida. La posibilidad de compartir la información está circunscrita a los organismos especializados de inteligencia y contrainteligencia legalmente autorizados. -Seguridad. La información sujeta a tratamiento se debe manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.-Reserva. Todos los servidores autorizados legalmente para que intervengan en el tratamiento de datos personales, están obligadas a garantizar la reserva y confidencialidad de la información, inclusive después de finalizada su relación con el organismo de inteligencia.-Caducidad. Está prohibida la conservación indefinida de los datos después que han desaparecido las causas que justificaron su acopio y administración. En suma, los objetivos a cumplir los Centros de Protección de Datos de inteligencia y	Juan Manuel Santos Calderón

			contrainteligencia deberán desenvolverse en el marco de los principios rectores que se han reseñado, entre otros, siempre en el ánimo de observar los lineamientos constitucionales en materia de derechos humanos.	

Ley 1621 de 2013 Art. 33. Reserva. Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada. 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.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	De esta manera, para la Corte el término máximo de 30 años que ampara la reserva legal de los documentos, información y elementos técnicos, resulta razonable y proporcionado. Tampoco encuentra reparo la Corte sobre el inciso segundo. El inciso tercero, es para la Corte inconstitucional al dejar indefinido el término durante el cual podrá mantenerse la reserva (arts. 74 C. Po., 19 PIDCP y 13 CADH). Para la Corte el parágrafo 1º resulta ajustado a la Constitución. Sobre el parágrafo 2º la Corte también declarará su exequibilidad. Igual consideración merece la previsión de que contra tales decisiones procedan los recursos y acciones legales y constitucionales del caso (arts. 1º, 2º, 5º, 20, 23 y 74 superiores). La previsión del parágrafo 4º del proyecto de ley estatutaria, será declarada exequible.	Juan Manuel Santos Calderón
Ley 1621 de 2013 Art.34. Inoponibilidad de la reserva. “Inoponibilidad de la reserva. El carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo.Parágrafo. Salvo lo dispuesto en el parágrafo 4 del artículo 12 de la presente Ley, la inoponibilidad de la reserva en el caso de la UIAF estará regulada de manera especial por el inciso 4 del artículo 9 de la Ley 526 de 1999, el cual quedará así: "La información que recaude la	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	En relación con el inciso primero la Corte no encuentra reparo alguno de constitucionalidad.La expresión subsiguiente “siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes”, se declarará exequible siempre que se entienda que no opera respecto a violaciones de derechos humanos o al derecho internacional humanitario.Sobre la parte restante del inciso primero que señala “corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo”, la Corte encuentra que resulta ajustado al ordenamiento constitucional (arts. 1º, 2º, 29 y 74 superiores).Respecto al parágrafo de esta disposición la Corte no	Juan Manuel Santos Calderón

UIAF en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis estará sujeta a reserva, salvo que medie solicitud de las fiscalías con expresas funciones legales para investigar lavado de activos o sus delitos fuente, financiación del terrorismo y/o legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio quienes deberán mantener la reserva aquí prevista".			encuentra objeción alguna de constitucionalidad.	
Ley 1621 de 2013 Art. 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.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	La exequibilidad de esta disposición no es óbice para dejar de señalar que tratándose de investigaciones dirigidas a verificar las actuaciones de los organismos de inteligencia, los informes sí tendrán valor probatorio, como lo expusieron algunos intervinientes. Por último, la expresión “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”, se declarará exequible.	Juan Manuel Santos Calderón

Ley 1621 de 2013. Art. 38. “Compromiso de reserva. Los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, y los receptores de productos de inteligencia, se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento. Quienes indebidamente divulguen, entreguen, filtren, comercialicen, empleen o permitan que alguien emplee la información o documentos reservados, incurrirán en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. Para garantizar la reserva, los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán aplicar todas las pruebas técnicas, con la periodicidad que consideren conveniente, para la verificación de las calidades y el cumplimiento de los más altos estándares en materia de seguridad por parte de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia. Parágrafo 1°. El deber de reserva de los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, y de receptores antes mencionados, permanecerá aun después del cese de sus funciones o retiro de la institución hasta el término máximo que establece la presente ley. Parágrafo 2°. Los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia deberán tomar todas las medidas necesarias para impedir que sus miembros copien, porten, reproduzcan, almacenen, manipulen o divulguen cualquier tipo de información de inteligencia o contrainteligencia con fines distintos al cumplimiento de su misión. Parágrafo 3°. Las	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	El inciso primero para la Corte no se opone a la Constitución.Sobre el inciso segundo debe señalarse que los estudios de seguridad deben fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, que además habrá de atender una base fáctica idónea y cierta dada a conocer al servidor público.Lo dispuesto en el parágrafo 1º armoniza con la Constitución.El parágrafo 2º será declarado exequible.El parágrafo 3º se declarará constitucional.Frente a el parágrafo 4º la Corte considera que los actos de retiro del servicio deben estar fundados en un procedimiento previo que permita al retirado ser informado y presentar los descargos, además de soportarse en en razones objetivas y estar motivados (art. 29 superior).Por último, se instituye para los organismos de inteligencia y contrainteligencia que pertenecen al sector defensa, que el retiro del servicio se hará atendiendo las normas de carrera correspondientes, lo cual se acompasa con el ordenamiento constitucional, siempre que se observen los lineamientos constitucionales anteriores en orden a garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del retirado.	Juan Manuel Santos Calderón

personas capacitadas para cumplir funciones relacionadas con las actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán cumplir en todo momento los más altos estándares de idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva en el desarrollo de sus funciones. Para tal efecto cada una de las entidades que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia, desarrollarán protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades.Parágrafo 4°. La no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia de acuerdo con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional. En los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa, el retiro del servicio de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia se producirá cuando el nominador, previo concepto de un comité asesor o quien haga sus veces, en ejercicio de la facultad discrecional considere que no se cumplen con los estándares de idoneidad y confianza. Para los organismos de inteligencia y contrainteligencia que pertenecen al sector defensa, el retiro de servicios se hará de conformidad con las normas de carrera correspondientes”.				

Ley 1621 de 2013 Art. 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 parágrafos 3o y 4o del artículo 18 y del parágrafo 3o 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.	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Ahora bien, debe precisarse por la Corte que el deber de mantenimiento de la reserva por los servidores públicos de los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, no se encausa dentro de las características propias del secreto profesional al cual refiere el artículo 74 de la Constitución, toda vez que simplemente se está es frente al secreto oficial.	Juan Manuel Santos Calderón

Ley 1621 de 2013 Art. 44. 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 sólo podrá llevarse a cabo en el marco de procesos judiciales.PARÁGRAFO 1o. Los operadores de servicios de telecomunicaciones deberán informar al Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y a la Fiscalía General de la Nación cualquier modificación en la tecnología de sus redes que tenga incidencia sobre la interceptación de comunicaciones y poner a su disposición, en un tiempo y a un costo más una utilidad razonable, la implementación de los equipos de interceptación para la	Ley ordinaria	Sentencia C-540 de 2012	Esta disposición resulta ajustada al ordenamiento constitucional y habrá de desenvolverse en el marco de la vigencia de los derechos fundamentales como sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de forma tal que el empleo de este mecanismo de colaboración se restrinja a aquellos casos en que el acopio de la información resulta imprescindible para el cumplimiento de los fines de la función de inteligencia y contrainteligencia, circunscrito a los límites que se le imponen por la ley estatutaria y en orden a los derroteros constitucionales que se han reseñado a lo largo de esta providencia.Para la Corte los parágrafos no ofrece reparo alguno de constitucionalidad.	Juan Manuel Santos Calderón

adaptación a la red. La información suministrada será reservada. Los operadores de servicios de telecomunicaciones deberán indicar el contenido y el alcance de la modificación respectiva con una antelación no inferior a 60 días calendario a aquel en que se pretenda llevar a cabo la misma.Parágrafo 2o. Los operadores de servicios de telecomunicaciones deberán ofrecer a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, un medio de transporte que permita llamadas de voz encriptadas, a un costo más una utilidad razonable, y para un número específico de usuarios en condiciones que no degraden la red del operador ni la calidad del servicio que este presta. Este medio se otorgará a solicitud de la Junta de Inteligencia Conjunta; será exclusivo del alto gobierno y de los organismos de inteligencia y contrainteligencia del Estado; y será regulado y controlado por la Junta de Inteligencia Conjunta.Parágrafo 3o. Los proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones bajo ninguna circunstancia serán responsables de la utilización que se haga de la información de los usuarios que sea suministrada a los organismos de inteligencia y contrainteligencia del Estado en cumplimiento de las anteriores disposiciones..				

“Decreto 1510/13. Artículo 75. No publicidad de estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes procesos de contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el numeral 17 del artículo 65 y el artículo 78 del presente decreto.”A su turno el numeral 17 del artículo 65 del mismo decreto determina: “Decreto 1510/13. Artículo 65. Selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional. (…)17. Los contratos celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieren reserva. (…).Y el artículo 78 del decreto antedicho dispone 20 categorías contentivas de bienes, servicios y obras que por necesitar de reserva pueden adquirirse o contratarse al amparo de la modalidad de selección de la contratación directa y únicamente por las entidades estatales insertas en esa misma disposición.Artículo 78 del Decreto 1510 de 2013. . Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas.Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición:1. Armas, sistemas de armamento y sus repuestos, municiones, elementos para la instrucción de las	Decreto reglamentario	11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222).	Por todo lo que antecede, se declarará la nulidad del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, con excepción de su inciso primero, así como también la nulidad del numeral 17 del artículo 65 del mismo decreto.	

mismas, manejo, incluyendo los elementos contra motines, torpedos y minas, herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento de estos y estas.				

Ley 1712 de 2014 - Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:a) La defensa y seguridad nacional;(Ver Art. 2.1.1.4.2.1. Decreto 1081 de 2015)b) La seguridad pública;(Ver Art. 2.1.1.4.2.1. Decreto 1081 de 2015)c) Las relaciones internacionales;(Ver Art. 2.1.1.4.2.1. Decreto 1081 de 2015)d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;(Ver Sentencia C-951 de 2014)e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;f) La administración efectiva de la justicia;g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;(Ver Art. 2.1.1.4.2.2. Decreto 1081 de 2015)i) La salud pública.PARÁGRAFO . Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.	Ley ordinaria	Sentencia C-274 de 2013	La Corte declarará exequible el artículo 19, en el entendido de que la norma legal que establezca la prohibición del acceso a la información debe (i) obedecer a un fin constitucionalmente legítimo e imperioso; y ii) no existir otro medio menos restrictivo para lograr dicho fin. Restringir el acceso a una información no es una función discrecional, sino restringida, necesaria y controlable.	Juan Manuel Santos Calderón
Decreto 1081 de 2015. Artículo 2.1.1.4.2.1. Responsable de la calificación de Reserva de la información pública por razones de defensa y seguridad nacional, seguridad pública o relaciones internacionales. La calificación de reservada de la información prevista en los literales a), b) y c) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, corresponderá exclusivamente al jefe de la dependencia o área responsable de la generación, posesión, control o custodia de la información, o funcionario o empleado del nivel directivo que, por su	Decreto reglamentario	N/A	N/A	Juan Manuel Santos Calderón

completo e integral conocimiento de la información pública, pueda garantizar que la calificación sea razonable y proporcionada.				
Artículo 2.2.1.2.1.4.6 del Decreto 1082 de 2015. Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas. (Decreto 1510 de 2013, artículo 78)	Decreto reglamentario	N/A	N/A	Juan Manuel Santos Calderón
Ley 1753 de 2015. Artículo 125. Contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia. <Consultar vigencia directamente en el artículo que modifica> Adiciónese un literal al numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, así: […] j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.	Ley ordinaria	N/A	N/A	Juan Manuel Santos Calderón

Artículo 24 de la Ley 1437 incorporado por la Ley 1755 de 2015 -Ley estatutaria del derecho de petición- . Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.S. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.7. Los amparados por el secreto profesional.8. Los datos genéticos humanos.PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.	Ley estatutaria	C-951 de 2014 (Control previo de constitucionalidad a Ley Estatutaria)	El numeral 1 del artículo 24 del proyecto de ley estatutaria en estudio será declarado exequible, teniendo en cuenta que en su aplicación las autoridades competentes deben observar los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad y que en ningún caso podrá ser utilizada la reserva para obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y en todo caso conforme a lo decidido en la citada Sentencia C-274 de 2013: "…el sujeto obligado que niegue el acceso a un documento o información pública, alegando su carácter reservado deberá (i) hacerlo por escrito y demostrar que (ii) existe un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse es significativo."	Juan Manuel Santos Calderón