

Inteligencia y contrainteligencia. *Fundamento. Límites de su ejercicio. Reserva legal*

1. Fundamento constitucional de la función de inteligencia y contrainteligencia

La Constitución Política le asigna al presidente de la República la función de «conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado» (artículo 189, numeral 4 C.P.). Para ello, el Estado colombiano cuenta con unas fuerzas militares, conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aeroespacial, encargadas de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional¹. De igual forma, cuenta con un cuerpo de policía, armado, de naturaleza civil, que tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz².

Para cumplir de manera efectiva y eficaz con las atribuciones otorgadas constitucionalmente a las fuerzas militares y de policía, es indispensable el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia, labores adelantadas por la misma fuerza pública, por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), y por los demás organismos que faculte la ley³ como es el caso de la DNI.

En un Estado constitucional de derecho, la función de inteligencia y contrainteligencia debe ser ejercida de conformidad con la Constitución y la ley, y estar sujeta al respecto de la dignidad humana⁴ y de los derechos fundamentales, cuya protección constituye uno de los fines esenciales del Estado⁵. Esto significa que la legitimidad de dicha actividad se sustenta en la ausencia de arbitrariedad y en el respeto del principio de legalidad⁶.

Así lo indicó la Corte Constitucional:

Un Estado de derecho debe armonizar la libertad y el orden, de tal manera que para lograr la seguridad no desconozca los derechos humanos y así las libertades puedan ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo y de la libertad de crítica. El orden público democrático que anhela asegurar los regímenes constitucionales funda su legitimidad en el respeto irrestricto de los derechos fundamentales⁷.

¹ Constitución Política, artículo 217. <inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aeroespacial. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. [...].

² Constitución Política, artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

³ Ley 1621 de 2013, artículo 3.

⁴ Constitución Política, artículo 10. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. [Resaltado de la Sala].

⁵ Constitución Política, artículo 20. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. [Resaltado de la Sala].

⁶ Constitución Política, artículo 60. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-540 de 2012.

En conclusión, la inteligencia y la contrainteligencia en Colombia es una función estatal necesaria para la seguridad y la defensa de la Nación, pero está sometida rigurosamente a la Constitución, a la ley, a los límites infranqueables de los derechos fundamentales, y al principio de reserva legal, no solo por requerir de un trámite de ley estatutaria al involucrar derechos fundamentales, sino porque se fundamenta en el secreto o confidencialidad como medida de protección de tales derechos y de la seguridad nacional. Todo ello, reafirma la naturaleza garantista del Estado social y democrático de derecho.

2. Función de inteligencia y contrainteligencia. Límites a su ejercicio. Alcance del principio de reserva legal

La función de inteligencia y contrainteligencia es aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en la Ley 1621 de 2013⁸.

En este sentido, el artículo 4 de la citada ley definió los fines de la actividad de inteligencia y contrainteligencia, de tal suerte que toda información que de allí se derive debe estar direccionada a:

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; y

c. Proteger los recursos naturales y los intereses económicos de la Nación.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 2268 de 2015, señaló:

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, también se ha reconocido que los servicios de inteligencia y contrainteligencia tienen como propósito la protección de los Estados y sus habitantes ante amenazas a la seguridad nacional⁹. Asimismo, en el ámbito internacional en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, se señaló:

“Los servicios de inteligencia desempeñan un papel importante en la protección de la seguridad nacional y la defensa del estado de derecho. Su principal objetivo consiste en recopilar, analizar y difundir información que ayude a los responsables de las políticas y a otras entidades públicas a tomar disposiciones de protección de la seguridad nacional; en este último concepto está incluida la protección de la población y de sus derechos humanos”¹⁰.

⁸ Ley 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», artículo 2°.

⁹ Cita original 27: Así ha señalado: “Según se ha explicado, los servicios de inteligencia y contrainteligencia se encaminan principalmente hacia la protección de la seguridad o la defensa nacional como tarea fundamental de los Estados, que incluye necesariamente la protección de la población en sus derechos fundamentales”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, c-540/12.

¹⁰ Cita original 28: Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo,

2.1. Límites al ejercicio de la función de inteligencia y contrainteligencia

El mismo artículo 4 de la Ley 1621 de 2013¹¹ consagró unos límites a la función de inteligencia y contrainteligencia, en los siguientes términos:

Artículo 40. 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.

De la lectura de dicha disposición, se tiene que los límites al ejercicio de la función de inteligencia y contrainteligencia son los siguientes:

- a. El respeto a los derechos humanos,
- b. El respeto al cumplimiento de la Constitución y la ley,
- c. El respeto al cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y,
- d. El principio de reserva legal.

Esto significa que los organismos de inteligencia y contrainteligencia no pueden ejercer sus funciones de manera arbitraria ni con excesos, pues ello contraría los principios que soportan un legítimo Estado constitucional de derecho. Y uno de los derechos fundamentales, amparados por nuestra Carta Política¹² más sensible a las actividades de inteligencia y contrainteligencia es del derecho a la intimidad, cuyo núcleo esencial supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, que le permita el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural, y por lo tanto, debe estar exento del poder de intervención del Estado¹³.

No obstante, la imperiosa necesidad de garantizar la protección y preservación del Estado y de sus instituciones, así como el correlativo deber de asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales, impone que las actividades de inteligencia y contrainteligencia sean objeto de una regulación integral mediante ley estatutaria, con el establecimiento de límites que atenúen las tensiones que puedan generarse.

Por lo tanto, el ejercicio de la función de inteligencia y contrainteligencia está restringido por la observancia y preservación de: i) los derechos humanos; ii) la constitución, la ley y los tratados internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional

particularmente en lo que respecta a su supervisión. Naciones Unidas, Asamblea General, 17 de mayo de 2010, p. 5. Desde el punto de vista de la doctrina internacional véase: Stan Taylor, *The role of intelligence in National Security*, en *Contemporary security studies*, (Allan Collins, ed.), Oxford University Press, 2007, p. 267. Igualmente, la doctrina internacional ha indicado: “The bottom line is intelligence safeguards national security, and today, when international terrorism, drug trafficking, money laundering, and organized crime are the main threats for most countries, intelligence effectiveness is vital”. [En resumidas cuentas, la inteligencia salvaguarda la seguridad nacional, y hoy, cuando el terrorismo internacional, el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el crimen organizado son las principales amenazas para la mayoría de los países, la efectividad de la inteligencia es vital] (traducción libre). Thomas Bruneau y Florina Cristiana Matei, *Intelligence in the developing democracies: the quest for transparency and effectiveness*, en *The Oxford Handbook of National Security Intelligence*, 2010, p. 768.

¹¹ 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”.

¹² Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-787 de 2004, citada en la sentencia C-913 de 2010.

humanitario, y, iii) el principio de la reserva legal, con el cual se garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y al debido proceso. Al respecto, la Corte Constitucional dijo:

La preservación de la institucionalidad no puede suponer el ejercicio arbitrario de tales competencias por el Estado, ni excesos en su ejercicio por las autoridades, por cuanto ello repugnaría con los principios que soportan un legítimo Estado constitucional de derecho. La función de inteligencia y contrainteligencia causan afectaciones ciertas de diversa intensidad a derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre, el habeas data, la honra, el acceso a los documentos públicos, la libertad de información y el debido proceso, en la medida que entran en colisión con valores y principios constitucionales como la seguridad y la defensa nacionales¹⁴.

Ahora bien, dado que uno de los aspectos de la consulta gira alrededor de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, y concretamente de su párrafo 4, que contiene reglas relacionadas con la reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia, procede la Sala a desarrollar el principio de reserva legal como uno de los límites al ejercicio de dicha función.

2.2. Alcance del principio de reserva legal

Concretando el análisis al principio de reserva legal, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del artículo 4 del Proyecto de Ley Estatutaria 263 de 2011 Senado y 195 de 2011 Cámara, convertida hoy en la Ley 1621 de 2013, se refirió a los diferentes significados dados a este principio.

Para su análisis, tomó como precedente lo debatido al respecto en los Proyectos de Ley 178 de 2007, 180 de 2007, 183 de 2007 y 211 de 2007 Senado, acumulados, que dieron origen a la Ley 1288 de 2009, norma primigenia que consagró el marco legal para la función de inteligencia y contrainteligencia, pero que fue declarada inexecutable por violar la reserva de ley estatutaria; no obstante, sirvió de base para la expedición de la actual Ley Estatutaria 1621 de 2013. Ello, por cuanto en los debates legislativos de la hoy Ley 1621 de 2013 no hubo un análisis de fondo de este principio.

De los precedentes legislativos, se observa que el principio de reserva legal fue concebido en dos acepciones, el primero como secreto o confidencialidad¹⁵, y el segundo, como reserva de ley estatutaria, dado que la actividad de inteligencia y contrainteligencia está íntimamente ligada a los derechos fundamentales a la intimidad, la honra, el buen nombre, el hábeas data, de petición y el debido proceso¹⁶.

La Corte Constitucional concluyó que cualquiera de los dos significados dados al principio de reserva de ley como límite de la función de inteligencia y contrainteligencia es constitucional:

¹⁴ Corte Constitucional, C- 540

¹⁵ Gaceta del Congreso 163 del 21 de abril de 2008. Ponencia para primer debate en la Comisión segunda del Senado de los proyectos de ley 178 de 2007, 180 de 2007, 183 de 2007 y 211 de 2007 Senado, acumulados, que dieron origen a la Ley 1288 de 2009: «La reserva es la [previsión] o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa, la idea es que los agentes de inteligencia y contrainteligencia no revelen el conocimiento que tengan de las actividades desarrolladas por los organismos de seguridad. Por ello las estrategias diseñadas están dirigidas a garantizar que exista un marco legal que resguarde la información de inteligencia, que proteja los agentes, para que no se vean obligados a violar la reserva y que a la vez los disuada de transgredirla».

Reiterado el alcance de confidencialidad dado al principio de reserva de ley en la discusión ante la Comisión Segunda del Senado, intervención del senador Jairo Clopatofsky. (Gaceta del Congreso 454 del 24 de julio de 2008). Citado en la sentencia C-540 de 2012.

¹⁶ Gaceta del Congreso 103 del 6 de marzo de 2009. Segundo debate de los proyectos de ley 178 de 2007, 180 de 2007, 183 de 2007 y 211 de 2007 Senado, acumulados, que dieron origen a la Ley 1288 de 2009, ante la plenaria de la Cámara, intervención del representante Wilson Borja Díaz. Citado en la C-540

Encuentra la Corte que respecto a los distintos significados que pueden predicarse sobre la expresión “reserva de ley”¹⁷ no se opone a la Carta Política el que se instituya como límite a la función de inteligencia y contrainteligencia. Específicamente, que la regulación se sujete a la reserva legal estatutaria (contenido esencial de los derechos fundamentales, art. 152 superior), excluyendo de esta manera que sean otras autoridades quienes ejerzan esta función (legislador ordinario, art. 150 superior). Ello aunque sea un presupuesto más bien para la adopción de la ley.

Tampoco contradice la Constitución establecer como límite de la función de inteligencia y contrainteligencia la sujeción al principio de reserva legal como secreto o confidencialidad, toda vez que como se expuso en la sentencia C-491 de 2007¹⁸ resulta legítima “(1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la publicidad de una información; (2) ante la necesidad de mantener la reserva para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) frente a la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales. En todo caso cualquier restricción debe resultar razonable y proporcionada a los fines que se busca alcanzad¹⁹.

En cuanto a la reserva legal de la función de inteligencia y contrainteligencia bajo la acepción de secreto o confidencialidad, esta ha sido aceptada por el legislador y la jurisprudencia, sin desconocer que ello es una excepción²⁰ pues la regla general es el derecho fundamental que tiene toda persona a acceder a documentos públicos (artículo 74 de la Constitución Política) como «requisito indispensable para la democracia y una herramienta crítica para el control del funcionamiento del Estado y la gestión pública»²¹, derecho íntimamente ligado con los derechos fundamentales a obtener información veraz e imparcial y de petición (artículos 20 y 23 de la Carta). Ello en virtud del principio de divulgación de la información, propio de un Estado social y democrático de derecho.

La justificación de la reserva o secreto de la información en el ejercicio de la función de inteligencia y contrainteligencia la dio la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad referida (C-540 de 2012). Al respecto indicó:

La Corte en la sentencia C-913 de 2010 indicó que “es inherente a estas actividades [inteligencia y contrainteligencia] el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos [...] Se trata de detectar y prevenir posibles hechos ilícitos y/o actuaciones criminales, la información de inteligencia y contrainteligencia es normalmente recaudada y circulada sin el conocimiento, ni menos aún el consentimiento de las personas concernidas”. De ahí que en los Estados democrático constitucionales puedan existir informaciones de carácter reservado, esto es, que no deban ser conocidas por el público, y que corresponde mantenerla a los funcionarios y demás personas sujetas expresamente a ella²².

También, la Sala de Consulta y Servicio Civil reconoció la importancia de la reserva que deben tener ciertos documentos, la identidad de los funcionarios que desarrollan actividades

¹⁷ Cita original 298: Cfr. Sentencia C-372 de 2009.

¹⁸ Cita original 299: Cfr. Sentencia T-444 de 1992.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-540 de 2012.

²⁰ Dado que la finalidad de las labores de inteligencia y contrainteligencia es la seguridad y defensa de la Nación, la integridad territorial, la soberanía nacional y el régimen democrático, entre otros. Sentencia C- 540 de 2012.

²¹ Corte Constitucional, C-540

²² Cita original 486: Sentencias C-038 de 1996 y T-066 de 1998.

de inteligencia y contrainteligencia, las fuentes, métodos, y medios utilizados, dado que esta es necesaria para el cumplimiento de las funciones encomendadas a los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Así lo señaló en el concepto 2268 de 2015:

Así, la Ley estatutaria 1621 de 2013 reconoce el carácter reservado de ciertos recursos que son necesarios para que aquella entidad [se refiere a la Dirección Nacional de Inteligencia] pueda cumplir su función. En esta dirección, el artículo 33²³ otorgó esta calidad a los documentos²⁴, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia²⁵.

Igualmente, la Ley 1621 de 2013 considera de carácter confidencial la identidad de los funcionarios que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia (artículos 30^{26/27} 35 y 40²⁸), así como también a las fuentes, medios y métodos utilizados por organismos que desarrollen aquellas actividades (artículos 18^{29/30/31/32}, 22, 24, 30, 34, 35 y 39³³). También la mencionada ley reconoció la reserva en la ejecución de las funciones de inteligencia y contrainteligencia (artículos 22, 24 y 38³⁴).

Por último, el legislador fijó una serie de reglas referentes a la reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia, las cuales están desarrolladas en el capítulo VI de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 (artículos del 33 al 39). Allí se regularon aspectos como: i) el límite temporal de la reserva de la que gozan las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sus documentos, información y elementos técnicos (artículo 33); ii) la inoponibilidad de la reserva (artículo 34); iii) el valor probatorio de los informes de inteligencia, para determinar que su contenido solo puede constituir criterio orientador durante la indagación (artículo 35); iv) los receptores de los productos de inteligencia y contrainteligencia (artículo 36); v) los niveles de clasificación de la información (artículo 37); vi) el compromiso de reserva (artículo 38) y vii) la excepción a los deberes de denuncia y declaración.

De las reglas enunciadas, es importante analizar la comprendida en el artículo 38 ibidem que contiene la obligación de los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, de los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, y de los receptores de productos de inteligencia de suscribir un acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento.

Por lo tanto, se hace necesario analizar el alcance del artículo 38 de la Ley 1621 de 2013 que desarrolla todos los elementos relacionados con la obligación de guardar la reserva en las actividades de inteligencia y contrainteligencia.

3. Compromiso de reserva. Obligación legal y ética de confidencialidad

Como se indicó, el compromiso de reserva está regulado en el artículo 38 de la Ley 1621 de 2013, en los siguientes términos:

Artículo 38. Compromiso de reserva. Los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios que adelanten

²³ Cita original 11: Nota: Se transcribe sin cita.

²⁴ Cita original 12: Nota: Se transcribe sin cita.

²⁵ Cita original 13: Nota: Se transcribe sin cita.

²⁶ Cita original 14: Nota: Se transcribe sin cita.

²⁷ Cita original 15: Nota: Se transcribe sin cita.

²⁸ Cita original 16: Nota: Se transcribe sin cita.

²⁹ Cita original 17: Nota: Se transcribe sin cita.

³⁰ Cita original 18: Nota: Se transcribe sin cita.

³¹ Cita original 19: Nota: Se transcribe sin cita.

³² Cita original 20: Nota: Se transcribe sin cita.

³³ Cita original 21: Nota: Se transcribe sin cita.

³⁴ Cita original 22: Nota: Se transcribe sin cita.

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 10. El deber de reserva de los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, y de receptores antes mencionados, permanecerá aún después del cese de sus funciones o retiro de la institución hasta el término máximo que establece la presente ley.

Parágrafo 20. 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 30. Las 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 40. 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 cumple 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.

Al analizar dicha disposición, se desprenden los siguientes elementos:

3.1. El elemento subjetivo, es decir aquellas personas que tienen el deber de reserva (inciso 1 0):

- Servidores públicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia.
- Funcionarios de control, supervisión o revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia.
- Receptores de productos de inteligencia: i) el presidente de la República; ii) los miembros del Consejo de Seguridad Nacional, y, en lo relacionado con las sesiones a las que asistan, los invitados a dicho consejo; iii) el secretario general de la Presidencia de la República, los ministros y viceministros, y el secretario privado del presidente de la República en lo relacionado con el cumplimiento de sus funciones; iv) los miembros de la Comisión Legal de Inteligencia y Contrainteligencia; v) los demás servidores

públicos, de acuerdo con sus funciones y niveles de acceso a la información, de conformidad con el artículo 37 de la ley estatutaria); vi) los miembros de la Fuerza Pública de acuerdo con sus funciones y niveles de acceso a la información; vii) los demás servidores públicos de acuerdo con sus funciones y niveles de acceso a la información de conformidad con el artículo 37 de la ley estatutaria, y siempre que aprueben los exámenes de credibilidad y confiabilidad establecidos para ello; viii) los organismos de inteligencia de otros países con los que existan programas de cooperación; ix) los asesores externos y contratistas sólo respecto de la información referida al objeto de su asesoría o contrato, y previo estudio de credibilidad y confiabilidad.³⁵

3.2. La obligación formal de suscribir un acta que documente el compromiso de reserva (inciso 1 0).

3.3. La obligación de todas las personas que tienen el deber de reserva de guardar sigilo y abstenerse de divulgar, entregar, filtrar, comercializar, emplear o permitir que otros empleen la información o documentos reservados, so pena de incurrir en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar (inciso 1 0).

3.4. El deber de guardar la reserva, aún después del cese de sus funciones o retiro de la institución, hasta por el término máximo que establece la ley (parágrafo 1 0), que es de 30 años contados a partir de la recolección de la información, prorrogables por 15 años más.

3.5. El deber que tienen los organismos de inteligencia y contrainteligencia de tomar todas las medidas necesarias para impedir que sus miembros utilicen la información de inteligencia o contrainteligencia con fines distintos al cumplimiento de su misión (parágrafo 20).

3.6. El deber de los organismos de inteligencia y contrainteligencia de desarrollar protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia. quienes 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 (parágrafo 30).

3.7. La aplicación de pruebas técnicas. con la periodicidad que se considere conveniente, para verificar 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, con la finalidad de garantizar la reserva (inciso 20).

3.8. Se constituye en causal de no ingreso o retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia la. no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad por parte de los servidores públicos que lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia (parágrafo 40).

El retiro del servicio de estos servidores públicos se hará de la siguiente manera:

- En los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa: el retiro se producirá cuando el nominador, en ejercicio de la facultad discrecional. considere que no se cumplen con los estándares de idoneidad y confianza, previo concepto de un comité asesor o quien haga sus veces.

Adicional a lo anterior, para los organismos civiles de seguridad, la Corte Constitucional, en sentencia C- 540 de 2012, condicionó los actos de retiros del servicio a que previamente se adelante un procedimiento que le permita al retirado ser informado y presentar los descargos, además de soportarse en razones objetivas y estar motivados (art. 29 superior), como se verá más adelante.

- En 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.

³⁵ Ley 1621 de 2013, artículo 36.

De lo anterior, la Sala entrará a examinar la causal de retiro por la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad por parte de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia en organismos que no pertenecen al sector defensa, como es el caso de la DNI.

4. Organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenecen al sector defensa. Retiro del servicio de los servidores públicos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia por la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad

Sea lo primero indicar que los servidores públicos que desempeñan funciones de inteligencia y contrainteligencia, o que tienen acceso a información de carácter reservado, se encuentran clasificados como empleados de libre nombramiento y remoción, en atención al especial nivel de confianza que demanda el ejercicio de dichas funciones. Esta categorización encuentra fundamento expreso en el artículo 40 del Decreto 4179 de 2011³⁶ que establece:

Artículo 4°. Régimen Laboral. La Dirección Nacional de Inteligencia contará con un régimen especial en materia salarial, que será fijada por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades constitucionales y legales. Los servidores públicos que lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia o tengan acceso a información de carácter reservado se clasifican como de libre nombramiento y remoción, por la especial confianza que conlleva el desarrollo de la función. [Resaltado de la Sala].

Ahora bien, como se indicó en el capítulo anterior, el artículo 38 de la Ley 1621 de 2013 consagra, en el parágrafo 40, como causal de retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad, de acuerdo con la reglamentación establecida por el Gobierno nacional.

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de la mencionada ley, en la sentencia C-540 de 2012, señaló, respecto del parágrafo 40 del artículo 38 ibidem, lo siguiente:

El parágrafo 40 prevé que 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 que expida el Gobierno. También establece que 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 tales actividades, 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. Al respecto, 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 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 retirado³⁷.

La reglamentación de este parágrafo 40 está contenida en el Decreto 857 de 2014³⁸, artículo 20, compilado en el Decreto 1070 de 2015³⁸, artículo 2.2.3.10.1., que dice:

³⁶ «Por el cual se crea un Departamento Administrativo y se establece su objetivo, funciones y estructura».

³⁷ Cita original 510: Ibidem. [Hace referencia a la cita 508 que indica: Cfr. sentencia C-1 173 de 2005]. 41 «Por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 20131 “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”».

³⁸ «Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa».

Artículo 2.2.3.10.1. Estudios de Credibilidad y Confiabilidad. Los estudios de credibilidad y confiabilidad, son de obligatorio acatamiento y comprenden un conjunto de actividades, exámenes y/o evaluaciones, orientadas a asegurar los más altos estándares en materia de seguridad y reserva de la información, mediante la aplicación de exámenes técnicos o evaluaciones periódicas que verifiquen la idoneidad, credibilidad y confiabilidad de los servidores públicos y/o contratistas de los organismos de inteligencia y contrainteligencia y/o de personas que por razón de sus funciones y actividades tengan que conocer información con nivel de clasificación.

En este sentido, los estudios de credibilidad y confiabilidad podrán componerse, entre otros similares, de los siguientes exámenes técnicos que evalúen los siguientes aspectos:

Individual: Verificación administrativa de información y datos, referencias, anotaciones, antecedentes judiciales, antecedentes disciplinarios, antecedentes médicos, prueba y evaluación psicotécnica, entrevistas, competencias, prueba informatizada de integridad y veracidad, examen psicofisiológico de polígrafo.

Familiar: Visita domiciliaria y de vecindario.

Social: Estudio socioeconómico, referencias personales, profesionales, laborales, comerciales y financieras.

Cada organismo de inteligencia y contrainteligencia determinará el objeto, finalidad y alcance de los estudios de credibilidad y confiabilidad, sus características, ámbito de aplicación, periodicidad, protocolos y procedimientos de realización y evaluación, privilegiando el interés general y la dignidad de los evaluados.

Los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán coordinar su realización con otras dependencias y extenderlos a los procesos y procedimientos internos en cada institución, siempre que tengan relación directa con las actividades de inteligencia, contrainteligencia y los demás fines enunciados en la Ley 1621 de 2013.

Parágrafo 1º. Los organismos que integran la comunidad de inteligencia, cuando las circunstancias lo requieran, podrán apoyarse entre sí o con organismos homólogos internacionales, para la coordinación y realización de estudios de credibilidad y confiabilidad, con el fin de optimizar las fortalezas institucionales en materia de conocimiento específico, recursos humanos y recursos técnicos especializados.

Para la aplicación de las pruebas de credibilidad y confianza, el nivel de acceso a la información que se haya dado al funcionario y el nivel que posea para la autorización de cada operación o misión de trabajo, cuando fuere el caso, serán factores decisivos para el diseño e implementación del conjunto de exámenes a practicar al funcionario.

Parágrafo 2º. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia desarrollarán protocolos internos para la aplicación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad, cuando se trate de actividades específicas, de apoyo dirigido a la recolección de información a través de fuentes humanas y, de la dirección, orientación y coordinación de equipos especializados de inteligencia, contrainteligencia o asuntos internos, entre otros. (Decreto 857 de 2014 artículo 20).

Esta disposición reglamentaria reafirma la obligatoriedad de los estudios de credibilidad y confiabilidad a los cuales deben someterse los servidores públicos que lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, los contratistas y las personas que accedan a información clasificada en organismos de inteligencia y contrainteligencia.

Su finalidad es garantizar altos estándares de seguridad y reserva de la información, mediante evaluaciones periódicas y técnicas que verifiquen la idoneidad, credibilidad y confiabilidad de las personas que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia.

Estos estudios pueden incluir exámenes técnicos que evalúen aspectos individuales, familiares y sociales de aquellos que desempeñen o cumplan actividades de inteligencia y contrainteligencia. En este orden, se pueden adelantar verificaciones administrativas de información y datos; referencias; antecedentes judiciales, disciplinarios y médicos;

entrevistas; examen psicofisiológico de polígrafo; prueba informatizada de integridad y veracidad; visitas domiciliarias y de vecindario; estudio socioeconómico; referencias personales, profesionales, laborales, comerciales y financieras, entre otros.

Los organismos de inteligencia determinan su alcance, frecuencia, protocolos, metodología, objeto, finalidad, procurando siempre respetar la dignidad de los evaluados y privilegiando el interés general. Adicionalmente, se permite la coordinación entre entidades nacionales e incluso con organismos internacionales para fortalecer capacidades técnicas y operativas.

Como se observa tanto de la norma legal como de la del reglamento, estas pruebas de credibilidad y confiabilidad son pruebas técnicas que buscan asegurar que las personas que manejen información de inteligencia y contrainteligencia tengan los más altos estándares de idoneidad y confianza, de tal suerte que se garantice la reserva de la información que manejan. Estas pruebas avalan la especial confianza que conlleva el desarrollo de la función de inteligencia y contrainteligencia.

Lo anterior le permite a la Sala afirmar que la finalidad de las pruebas técnicas radica en verificar la idoneidad, credibilidad y confiabilidad de los funcionarios que desempeñan la función de inteligencia y contrainteligencia. En todo caso, como se analizará más adelante, el nominador podrá tener en cuenta otras consideraciones propias del servicio —como las relativas a dirección, orientación o manejo institucional— cuyo tratamiento se encuentra sometido al régimen general del empleo público.

La no superación de dichas pruebas se constituye en causal de retiro del organismo. Pero, respecto de los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa, para que el retiro por la no superación de las pruebas técnicas se pueda producir por parte del nominador, en ejercicio de su facultad discrecional, es necesario contar con el concepto previo de un comité asesor o quien haga sus veces. Adicionalmente, como lo indicó la Corte Constitucional, estos «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 razones objetivas y estar motivados (art. 29 superior)».

Debe señalarse que, si bien esta exigencia para el retiro se encuentra contenida en el párrafo 4 del artículo 38 de la ley en comento, este párrafo forma parte del citado artículo y, por lo tanto, es una regla accesoria o complementaria que debe aplicarse dentro del contexto del artículo. Por tal razón, no se puede utilizar de manera aislada ni hacerlo extensivo a otras disposiciones, salvo que expresamente lo autorice la norma.

Retomando lo indicado por el párrafo 40 citado, respecto del retiro de los servidores públicos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia de un organismo civil de seguridad, se puede colegir que dicha disposición contiene un régimen especial de retiro:

i) La causal de retiro allí contemplada es la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad;

ii) Para que proceda el retiro, debe mediar concepto previo de un comité asesor o quien haga sus veces;

iii) El nominador, en ejercicio de su facultad discrecional, debe considerar que no se cumplen con los estándares de idoneidad y confianza;

iv) Como ingrediente adicional, según lo señalado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-540 de 2012, los actos de retiro del servicio deben estar fundados: i) en un procedimiento previo que permita al retirado ser informado y presentar los descargos, y, ii) en razones objetivas y estar motivados (art. 29 superior).

De los elementos indicados, se deduce que el comité asesor o quien haga sus veces debe fundamentar su estudio en la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad, pues dicha circunstancia impide garantizar el cumplimiento de los más altos estándares de

idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia por parte del servidor público.

Estas pruebas de credibilidad y confiabilidad se componen, como se indicó, de exámenes técnicos que evalúan aspectos individuales, familiares y sociales del servidor público, y por ende, es el resultado de dichas pruebas el que debe ser objeto de análisis por parte del comité asesor o quien haga sus veces para rendir su concepto previo sobre la desvinculación del servidor.

Sin embargo, como el resultado de las pruebas de credibilidad y confiabilidad y el concepto previo del comité asesor o quien haga sus veces son el fundamento del retiro del servidor público, debe dársele a conocer su sustento en virtud del principio de transparencia de la gestión pública, con el fin de garantizarle al interesado el debido proceso y el derecho de defensa; además de su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este orden, la Corte Constitucional, con la declaratoria de exequibilidad del parágrafo 40 del artículo 38 *ibídem*, condicionó el retiro del servidor público a que previamente se adelante un procedimiento en el que sea informado del retiro y pueda presentar sus descargos.

Este pronunciamiento de la Corte, además de los requisitos fijados en la norma, le incorpora un límite a la discrecionalidad del nominador para el retiro del servidor público, pues si bien la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad es causal de retiro, este no puede generarse de manera automática, sino que debe respetarse el debido proceso y el derecho de defensa y motivarse, de manera objetiva, el acto de insubsistencia; además, debe ser comunicado.

Adicional a ello, deben tenerse en cuenta los límites establecidos por el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sobre las decisiones discrecionales, en el sentido de³⁹ que estas deben ser adecuadas a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Señala esta disposición:

Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En consecuencia, el retiro del servicio de un servidor público que desarrolla actividades de inteligencia y contrainteligencia debe obedecer a la protección de la función de inteligencia y contrainteligencia y no a razones subjetivas, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa «para evitar arbitrariedad o capricho, en virtud de que no hay potestades omnímodas en el Estado social de derecho».

Sobre la facultad discrecional, la Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de octubre de 2021, radicación núm. 88001-23-33-000-2017-00062-01 (5204-18), agregó:

Acerca de este tema, el Consejo de Estado⁴⁰ ha sostenido que «La facultad discrecional conforme a nuestro ordenamiento, es parte del ejercicio de la función administrativa en tanto se encuentra al servicio del interés público o general conforme lo dispone el artículo 209 de la Constitución Política, operando como límite negativo del ejercicio de la facultad discrecional para excluir de cualquier decisión lo arbitrario, ilógico o irrazonable⁴¹ Esta facultad prevista en el anterior Código Contencioso Administrativo en el artículo 36 y hoy en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé la regla general de la discrecionalidad y plantea la proporcionalidad

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de octubre de 2021, radicación núm. 88001-23-33-000-2017-00062-01 (5204-18).

⁴⁰ Cita original 6: Sentencia de 20 de agosto. de 2015, expediente 25000-23-25-000-2010-00254-01 (1847-2012), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴¹ Cita original 7: Radicado interno No. 1866-2010, actor: Diego León Villamarín, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

entre los hechos que le sirven de causa y los fines de la norma que lo autoriza, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad fáctica y su conexidad con la decisión 8⁴² En ese sentido conforme a los dos presupuestos de la citada norma, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad; vale decir, la discrecionalidad hace referencia a lo proporcionado e idóneo y al uso del poder dentro de límites justos y ponderados».

Las reglas mencionadas, necesarias para que proceda el retiro del servicio de un servidor público que desarrolle actividades de inteligencia y contrainteligencia reflejan que la discrecionalidad administrativa se encuentra necesariamente reducida y condicionada por la Constitución y la ley. Ello significa que, aún en ámbitos que tradicionalmente han otorgado un margen amplio de apreciación, la Administración está obligada a motivar, justificar y demostrar la razonabilidad de sus decisiones. En consecuencia, se trata de decisiones administrativas que incorporan elementos reglados y criterios técnicos de valoración que deben ser observados y que, además, son plenamente verificables y controlables por el juez.

En conclusión, aunque el parágrafo 40 del artículo 38 de la Ley 1621 de 2013 habilita a los organismos de inteligencia y contrainteligencia para retirar del servicio a quienes no superen las pruebas de credibilidad y confiabilidad, dicha facultad conlleva el cumplimiento de elementos reglados, por lo que no comporta un margen discrecional absoluto.

En línea con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012, el retiro por esta causa exige garantizar plenamente el debido proceso (art. 29 C. P.), de modo que el servidor pueda conocer y controvertir los motivos que sustentan la decisión. El acto administrativo debe estar fundado en razones objetivas, ajustarse a los fines de la norma habilitante y ser proporcional a los hechos que lo originan, de manera que se excluya cualquier ejercicio arbitrario. Además, la decisión requiere del concepto previo del comité asesor o de la instancia que haga sus veces, como condición adicional de control y verificación.

⁴² Cita original 8: Radicación 25000-23-25-000-2000-04935-01 (1 132-08) Actor, Elizabeth Herrera Neira, Demandado, Ministerio de Justicia y del Derecho y otro. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.