



Bogotá D.C., 8 de febrero de 2021

Doctor

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero Ponente - Sección Primera

CONSEJO DE ESTADO

ces1secr@consejoestado.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D. C.



Contraseña:zc1M0rz3MQ

C. C:

info@coljuristas.org

notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co

notificacionesjudiciales@mininterior.gov.co

notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co

judicial@cancilleria.gov.co

notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co

notificaciones@mincultura.gov.co

REFERENCIA:

Expediente 11001-03-24-000-2019-00478-00

ACCIONANTES:

Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

ASUNTO:

Nulidad del Decreto 2149 del 2017, "Por medio del cual se crea el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia, se adiciona el Capítulo 12 al Título 3, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1070 de 2015 "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa", y se dictan otras disposiciones"

Contestación de la demanda

Honorable Consejero Ponente:

OLIVIA INÉS REINA CASTILLO, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en calidad de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.6 del Decreto 1427 del 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida, mediante la Resolución 0641 del 2012, procedo a contestar la demanda en el proceso de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Bogotá D.C., Colombia



Los demandantes solicitan la nulidad del Decreto 2149 del 2017, que crea el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia y dicta otras disposiciones, con base en los siguientes fundamentos:

- El decreto acusado vulnera el artículo 30 de la Ley 1621 del 2013, en tanto “no se encuentra orientado por las recomendaciones formuladas al Gobierno Nacional por parte de la Comisión asesora para la depuración de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia”, pues aquel no hace referencia al informe presentado por dicha Comisión, “por lo que incorpora disposiciones contrarias a las mismas, acomodando las facultades concedidas en la ley 1621 para su expedición, pero con la intención de omitir el cumplimiento de la facultad concedida”.

- “La norma en la que debió haberse fundado, es mencionada en la parte considerativa del decreto 2149 de 2017. Sin embargo, esta se utiliza para justificar la potestad reglamentaria del Presidente de la República la cual, pese a tener una amplitud en materia de competencias en virtud del artículo 150 de la Constitución, contaba con una limitación en el presente caso, esto es, atender u orientar sus decisiones en las recomendaciones de la Comisión Asesora creada para tal fin”, aseguran los accionantes.

Adicionalmente, exigen que se ordene al Presidente de la República “[...] dictar una nueva norma de creación del Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia orientada por el informe de recomendaciones de la Comisión asesora [...]”.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD DEL ACTO DEMANDADO

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, los argumentos de la demanda no están llamados a prosperar, como se expone a continuación:

2.1. Aclaración previa

Esta Dirección advierte que se pronunciará exclusivamente sobre el cargo de nulidad formulado contra el Decreto 2149, basado en los argumentos de desviación de poder e infracción de la norma en que debía fundarse, que eventualmente podrían afectar la legalidad de aquel, y se reserva el derecho a no manifestarse sobre la segunda pretensión de la demanda relativa a la solicitud a la Presidencia de la República de “dictar una nueva norma de creación del Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia”. Por tanto, se atiende a lo acreditado en el proceso.



2.2. Inexistencia de las vulneraciones alegadas

Inicialmente, se recalca que el cargo referente a la supuesta desviación de poder no tiene asidero, teniendo en cuenta la ingente jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado frente a la configuración de esta causal, así¹:

“[...] la desviación de poder se configura: “cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”². Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto”³.

Se evidencia que los demandantes no demostraron la presunta configuración de la desviación de las atribuciones propias de quienes expidieron la norma acusada, ya que los primeros se limitaron a afirmar que la disposición omitió atender el informe de la Comisión asesora en la materia, premisa sobre la cual estructuran también el cargo de infracción a las normas superiores. Justamente, los actores no acreditaron que la expedición del Decreto 2149 se haya encaminado a una finalidad distinta a la contemplada en el artículo 30 de la Ley 1621 o se haya basado en intereses particulares o ilegales, diferentes a los previstos por el legislador, ni que la intención de los demandados haya sido desconocer los intereses públicos en juego.

En cambio, al revisar el texto del decreto demandado y las circunstancias fácticas y jurídicas de su expedición, se observa que el Ejecutivo no usó irregular ni indebidamente la facultad concedida por el artículo 30 mencionado, pues se destinó exclusivamente a atender propósitos lícitos: el fortalecimiento de la integración y coordinación de los organismos de inteligencia y contrainteligencia; la unificación de los criterios de depuración de esos tipos de datos y archivos, y la definición de las políticas para adelantar dicho proceso.

En cuanto a la supuesta infracción de la norma en que debía fundarse, no se puede ignorar que la parte considerativa del decreto cuestionado se fundamenta en el artículo 189.11 de la Carta Política (ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del presidente de la República), el 43 de la Ley 489 de 1998 (facultad del Gobierno de organizar sistemas administrativos nacionales) y la mencionada Ley 1621, en particular su artículo 30. Frente a esta última disposición, las consideraciones de la norma demandada expresan:

“Que la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y

Bogotá D.C., Colombia



Contrainteligencia, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, cumplió con su objeto de producir un informe con recomendaciones al Gobierno Nacional sobre los criterios de permanencia, los criterios de retiro y el destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados, para lo cual entregó un documento confidencial a la Presidencia de la República.

Que el artículo 30 de la Ley 1621 del 17 de abril de 2013, señala que “...El Gobierno Nacional pondrá en marcha, dentro del año siguiente a la rendición del informe de la Comisión, un sistema de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, orientado por el informe de recomendaciones de la Comisión. Una vez creado el sistema de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, el Gobierno Nacional rendirá informes periódicos a la Procuraduría General de la Nación sobre la implementación del mismo...”

Que para crear el sistema de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia se deben tener en cuenta la seguridad nacional, los derechos fundamentales de los ciudadanos al buen nombre, la honra y el debido proceso, el deber de garantizar la preservación de la memoria histórica de la Nación, la protección de la información de los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia y de las fuentes, medios y métodos, la ley de archivos, los límites, fines y principios de la ley 1621 de 2013 y las prácticas internacionales sobre depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia.

Que, en consecuencia, se hace necesario crear el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia que permita desarrollar un mecanismo integrado y coordinado entre la comunidad de inteligencia, las instituciones gubernamentales, los organismos de control y las autoridades judiciales.”

Lo anterior denota que el acto administrativo estudiado invoca expresamente y se deriva de la normativa que debía atender, incluyendo el artículo 30 de la Ley 1621. En efecto, el Decreto 2149 no es ajeno a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 30, con respecto a “los criterios de permanencia, los criterios de retiro, y el destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados”.

De un lado, el artículo 2.2.3.12.5.3⁴ reglamenta los criterios para los procedimientos de actualización, corrección y retiro de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, mientras que el artículo 2.2.3.12.5.4⁵ señala el protocolo para realizar dichas actuaciones. Así mismo, el artículo 2.2.3.12.5.5⁶ indica la forma en que los organismos encargados deben entregar al Archivo General de la Nación los datos y archivos que sean retirados, y, a su vez, se establece el procedimiento de recibo, acceso y protección por parte de este último ente, bajo lo contemplado en el artículo 2.2.3.12.5.6⁷. De hecho, el artículo 2.2.3.12.5.7⁸ prevé lo referente a la custodia, acceso y consulta de esa clase de archivos y gastos reservados del extinto Departamento

Bogotá D.C., Colombia



Administrativo de Seguridad.

Por otra parte, del artículo 30 tampoco proviene la obligación para el Ejecutivo de ceñirse completamente al informe de recomendaciones de la Comisión mencionada, ni la exigencia de justificar eventuales razones para apartarse de ellas.

En consecuencia, las medidas contenidas en el Decreto 2149 del 2017 fueron impartidas en el ejercicio de las facultades constitucionales y legales asignadas al Presidente de la República, y, su sustento radica en optimizar la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, según el mandato jurídico aplicable, objetivo constitucionalmente válido.

Sumado a ello, los actores no demostraron la existencia de incompatibilidad entre alguna norma superior y el Decreto 2149. Por el contrario, se considera que el acto analizado respetó el principio de legalidad y del derecho al debido proceso, previstos en el artículo 29 de la Carta Política, de modo que la pretensión de nulidad del decreto examinado debe ser negada.

3. PETICIÓN

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al honorable Consejo de Estado **NEGAR LA PRETENSIÓN DE NULIDAD** del Decreto 2149 del 2017, y, en consecuencia, **DECLARARLO AJUSTADO A DERECHO**.

4. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del apartado pertinente del Decreto 1427 del 2017, cuyo artículo 18.6 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.
- Copia de la Resolución N° 0641 del 4 de octubre del 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la representación judicial de la entidad, para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 0796 del 2019, por la cual se nombra a la suscrita en el cargo de Directora Técnica en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.



- Copia del Acta de Posesión de la suscrita en el cargo de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

5. NOTIFICACIONES

Las recibiré en el buzón de correo electrónico del Ministerio:
notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del honorable Consejero,

Cordialmente,

Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Andrea del Pilar Cubides Torres, Profesional Especializada.

Revisó y aprobó: Olivia Inés Reina Castillo, Directora.

Radicado de entrada: MJD-EXT20-0056561 del 16-10-20 y MJD-EXT21-0001271 del 14-01-21

TRD: 2300-36152

<http://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=I3NyGpkGhAbtC8lcZ7ggmHo%2F%2FjjRr3WPYFVLgIL5Zw8%3D&cod=2D4zPFrTKswyD8G6VF%2FAw%3D%3D>

¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia 11001032400020070035900, 11001032400020070036900 y 11001032400020070037300, oct. 3/19, C. P. Oswaldo Giraldo López.

² "Ver Sentencia C-456 de 1998." Cita en Sentencia 11001032400020070035900, 11001032400020070036900 y 11001032400020070037300 del 2019.

³ "Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de diciembre de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 11001-03-24-000-2013-00328-00." Cita en Sentencia 11001032400020070035900, 11001032400020070036900 y 11001032400020070037300 del 2019.

⁴ "Los organismos de inteligencia y contrainteligencia que conforman la comunidad de inteligencia deberán observar los siguientes criterios:

1. Se deberá garantizarla reserva legal de la información durante todo el proceso de depuración.

2. Las tareas que se adelanten deberán obedecer a un cronograma con metodologías que permitan adelantar los procedimientos de revisión tomando los datos o archivos de inteligencia más recientes y continuar la tarea en forma regresiva hasta los más antiguos.

3. La revisión de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia debe realizarse teniendo como referencia el contexto en el cual se desarrolló el ciclo de inteligencia y la conexión de la información a una amenaza, potencialidad, capacidad o riesgo para el Estado.

4. Se deberán conservar los datos o archivos de inteligencia y contrainteligencia en las condiciones que se originaron, de tal forma, que no perjudique las condiciones relativas a las dinámicas propias de las amenazas, potencialidades, capacidades y riesgos en materia de seguridad y defensa nacional, para lo cual se podrá recurrir a formatos, actas o registros que den fe de la revisión.

5. Los procedimientos que se adelanten sobre datos o archivos de inteligencia y contrainteligencia no podrán poner en riesgo los fines esenciales del Estado, los intereses nacionales, la vigencia del régimen democrático, la integridad territorial, la soberanía, la seguridad y la defensa de la Nación.

6. Los procedimientos que se adelanten sobre datos o archivos de inteligencia y contrainteligencia deberán 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 del crimen organizado, el narcotráfico, el secuestro, el tráfico de armas, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, el lavado de activos, y otras amenazas similares.

7. Los procedimientos que se adelanten sobre datos o archivos de inteligencia y contrainteligencia deberán protegerlos recursos naturales y los intereses económicos de la Nación.

8. La forma en que los procedimientos de actualización, corrección y retiro se adelanten y registren en cada organismo de

Bogotá D.C., Colombia



inteligencia y contrainteligencia, se adoptará teniendo en cuenta los recursos humanos, científicos, técnicos, tecnológicos y presupuestales disponibles.”

⁵ “Los organismos de inteligencia y contrainteligencia que conforman la comunidad de inteligencia deberán:

1. Elaborar y adoptar formatos internos para actualizar, corregir y retirar datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia.
2. Elaborar la relación y actas respectivas de entrega y recibo de aquellos datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados.
3. Hacer entrega al Archivo General de la Nación de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados, dejando constancia de la trazabilidad del proceso, trasladando la reserva legal de la información y protegiendo aquellos datos y archivos que puedan poner en riesgo fuentes, agentes, medios, procesos y procedimientos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia.”

⁶ “Cada uno de los organismos de inteligencia y contrainteligencia que conforman la comunidad de inteligencia deberá entregar los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados, al Archivo General de la Nación, para su administración, custodia y preservación, trasladando la reserva legal de la información retirada y protegiendo aquellos datos que puedan poner en riesgo la seguridad y defensa nacional, fuentes, agentes, medios, métodos, procesos o procedimientos de inteligencia y contrainteligencia.”

⁷ “El Archivo General de la Nación recibirá de los organismos de inteligencia y contrainteligencia aquellos datos y archivos que éstos hayan retirado, previa comunicación escrita en la que el Archivo General de la Nación manifieste a los organismos de inteligencia y contrainteligencia que existen las condiciones de espacio físico, seguridad y conservación adecuadas, indicando a estos el lugar al que deben ser llevados los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia retirados. El Archivo General de la Nación, dentro de los seis (6) meses siguientes a la puesta en marcha del Sistema de Depuración, establecerá los protocolos, niveles, trazabilidad y controles de acceso a los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia retirados, con destino a las autoridades competentes y receptores legales autorizados por la ley para el cumplimiento de sus fines, observando lo consagrado tanto en la Ley 1621 de 2013 como en la Ley 1712 de 2014.

El Archivo General de la Nación establecerá los protocolos de seguridad y trazabilidad correspondientes al acceso y consulta que autorice a los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia retirados, dejando constancia de la autoridad o receptor legal competente que los requirió, fecha, hora, forma de entrega de las copias controladas, disposición final de los documentos y traslado de la reserva legal de la información. El Archivo General de la Nación en la administración, custodia, conservación, autorización de acceso y expedición de copias controladas de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia retirados, observará el ordenamiento jurídico, en especial, garantizará el derecho al buen nombre, la honra, la vida e integridad de todas las personas, la seguridad y defensa nacional, fuentes, agentes, medios, métodos, procesos o procedimientos de inteligencia y contrainteligencia, el debido proceso, la memoria histórica, la reserva legal de la información, los receptores legales y los protocolos de seguridad de la misma.

El efecto presupuestal que se deriva de la aplicación de los artículos 2.2.3.12.5.5., 2.2.3.12.5.6. y 2.2.3.12.5.7, será asumido por cada uno de los organismos que integran la comunidad de inteligencia y, cuando se requiera, cada organismo en relación con los archivos que deba retirar podrá suscribir un convenio con el Archivo General de la Nación.”

⁸ “El Archivo General de la Nación mantendrá la custodia de los archivos de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto DAS. Para los trámites de acceso y consulta de la documentación correspondiente a los archivos de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto DAS, será la Dirección Nacional de Inteligencia la autoridad competente para autorizar el acceso o consulta de los mencionados archivos.

El acceso y consulta de la documentación de los archivos de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto D.A.S., estará sujeta a la reserva legal en los términos establecidos en la Constitución y la ley. En este sentido, sólo se dará acceso o permitirá la consulta de esta información a las autoridades judiciales que dentro de un proceso judicial la soliciten o los entes de control que la requieran para el cumplimiento de su misión Constitucional o legal. La Dirección Nacional de Inteligencia acogerá o elaborará los protocolos de seguridad necesarios para las actividades de acceso y consulta de la información de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)”.