

Bogotá, septiembre de 2018

Honorables Consejeros(as)
SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO
Ciudad

1

Ref. Medio de control de Nulidad contra el Decreto 2149 de 2017

Respetados(as) señores(as) Consejeros(as):

Gustavo Gallón Giraldo, Juan Carlos Ospina Rendón y Jorge Abril Maldonado, respectivamente director, coordinador de incidencia nacional y abogado de la Comisión Colombiana de Juristas, organización no gubernamental de derechos humanos, con estatus consultivo reconocido por Naciones Unidas, respetuosamente ejerzo ante usted el medio de control de **NULIDAD** establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, contra el Decreto 2149 del 20 de diciembre de 2017, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Identificación de la norma demandada

El 20 de diciembre de 2017 el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Justicia y del Derecho, Defensa Nacional, Cultura y del Departamento Administrativo “Dirección Nacional de Inteligencia”, expidió el Decreto 2149 mediante el 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.

Dicha norma fue expedida en uso de las siguientes facultades:

- El artículo 43 de la ley 489 de 1998:

Premio Franco-Alemán de Derechos Humanos Antonio Nariño 2017



Esta disposición faculta de manera general al Gobierno Nacional para organizar sistemas administrativos nacionales con el fin de coordinar las actividades estatales y de los particulares, incluyendo la determinación de los órganos o entidades a los cuales corresponde desarrollar las actividades de dirección, programación, ejecución y evaluación correspondientes.

- El artículo 30 de la ley 1621 de 2013:

La disposición faculta de manera específica al Gobierno Nacional para poner en marcha un sistema de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia **orientado por el informe de recomendaciones** de la Comisión asesora para la depuración de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia creada para tal efecto, dentro del año siguiente a la rendición del informe, el cual debía incorporar criterios de permanencia, criterios de retiro, y el destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados.

2. Normas violadas

La expedición del Decreto 2149 del 20 de diciembre de 2017 viola el artículo 30 de la ley 1621 de 2013 que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 30. COMISIÓN ASESORA PARA LA DEPURACIÓN DE DATOS Y ARCHIVOS DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA. Créase la Comisión asesora para la depuración de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que será presidida por el Procurador General de la Nación. Esta Comisión estará integrada por un (1) miembro designado por el Presidente de la República; un (1) miembro del Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación o quien haga sus veces; un (1) integrante de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia; un (1) representante de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia; un (1) académico nacional o internacional experto en temas de inteligencia; un (1) representante de la sociedad civil; y un (1) delegado de la Defensoría del Pueblo.

Esta Comisión tendrá una vigencia de dos (2) años a partir de su conformación. Su objeto será producir un informe en el que se formulen 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 ello la Comisión tendrá en cuenta las siguientes consideraciones: a) la seguridad nacional; b) los derechos fundamentales de los ciudadanos al

buen nombre, la honra y el debido proceso; c) el deber de garantizar la preservación de la memoria histórica de la Nación; d) la protección de la información de los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, y de las fuentes, medios y métodos; e) la ley de archivos; f) los artículos 4 y 5 de la presente Ley; y g) las prácticas internacionales sobre depuración de datos y archivos de inteligencia. La Comisión podrá solicitar asesoría técnica externa para el cumplimiento de su función, y entregar informes parciales antes del vencimiento de su mandato.

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” (Subraya fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, tal y como se explicará en el aparte siguiente, la expedición y el contenido del decreto 2149 de 2017, 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 y, además, es contrario a las mismas, por lo que en nuestro concepto el mencionado decreto fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió y con infracción de las normas en que debería fundarse como se explica a continuación.

3. Concepto de la violación

PRIMERO. Por iniciativa del Gobierno Nacional se tramitó en el Congreso de la República el proyecto de ley estatutaria número 263/11 Senado y 195/11 Cámara “*Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones*”. Dicho proyecto incorporó en el artículo 30 tres elementos determinantes para efectos de este medio de control: i) la creación de la Comisión asesora para la depuración de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia; ii) la elaboración de un informe por parte de la Comisión en el que se formulen 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; y iii) la obligación del Gobierno

Nacional de poner 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.

SEGUNDO. Dicho proyecto normativo fue objeto de control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional quien mediante sentencia C-540 de 2012¹ declaró su exequibilidad y señaló, sobre los puntos mencionados en el numeral anterior, que:

“La norma bajo revisión crea la Comisión Asesora para la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, presidida por el Procurador General de la Nación, que estará integrada por un (1) miembro designado por el Presidente de la República; un (1) miembro del Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Conciliación o quien haga sus veces; un (1) integrante de los organismos de inteligencia y contrainteligencia; un (1) representante de la Comisión Legal de Seguimiento; un (1) académico nacional o internacional experto en asuntos de inteligencia; un (1) representante de la sociedad civil; y un (1) delegado de la Defensoría del Pueblo.

A renglón seguido prevé que la Comisión tendrá una vigencia de dos (2) años y su objeto será producir un informe en el que se formulen recomendaciones al Gobierno sobre los criterios de permanencia y retiro, y el destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados, para lo cual tendrá en cuenta: a) la seguridad nacional; b) los derechos al buen nombre, la honra y el debido proceso; c) el deber de preservar la memoria histórica de la Nación; d) la protección de la información de los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, y de las fuentes, medios y métodos; e) la ley de archivos; f) los artículos 4º y 5º de la presente ley; g) las prácticas internacionales sobre depuración de datos y archivos de inteligencia.

Además se contempla que la Comisión podrá solicitar asesoría técnica externa y entregar informes parciales antes del vencimiento del mandato. De esta manera, el Gobierno pondrá en marcha, dentro del año siguiente a la rendición del informe de la Comisión, un sistema de depuración de datos y archivos, orientado por el informe de recomendaciones de la Comisión. Creado dicho sistema el Gobierno rendirá informes periódicos a la Procuraduría sobre la implementación del mismo.

¹ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Para la Corte esta disposición resulta armónica con la Constitución. El que la Comisión Asesora para la Depuración de los Datos y Archivos sea presidida por el Procurador General de la Nación, es un reflejo de las competencias que le han sido atribuidos por el artículo 276 superior, como la vigilancia del cumplimiento de la Constitución y la ley, la protección de los derechos humanos, la defensa de los intereses de la sociedad, el velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, entre otras. Así mismo, responde a criterios de pluralidad y participación la forma en que fue prevista la integración de la Comisión (art. 1º superior).

En cuanto a la finalidad de la Comisión Asesora, en el proceso de discusión y aprobación cumplido en la comisión primera del Senado, el ponente Juan Manuel Galán Pachón, señalaba:

‘Es una Comisión que tiene como objeto producir un informe en el que se formulen recomendaciones al Gobierno Nacional, sobre cuáles son los criterios de permanencia, los criterios de retiro y el destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados, para saber exactamente esa información, esos archivos de inteligencia que se retiran qué destino tienen, para dónde van, en manos de quiénes quedan, se destruyen, no se destruyen, que hayan unos protocolos claros frente al manejo de esa información.’

De ahí que el mismo legislador estatutario se hubiere preocupado por establecer a la Comisión unos parámetros que deben ilustrar el cumplimiento de su función (lits. a, b, c, d, e, f y g). Sobre este último aspecto se encuentra necesario resaltar que la Comisión también habrá de observar los principios rectores a los cuales se ha hecho mención por esta Corporación al examinar la disposición anterior (art. 29, proyecto de ley estatutaria, punto 3.9.29.2.3.).

(...)

De este modo, el Sistema de Depuración de Datos y Archivos de inteligencia y contrainteligencia que pondrá en marcha el Gobierno orientado por el informe de la Comisión, tendrá bases sólidas, constitucionales y de legalidad” (Subraya fuera del texto original).

Adicionalmente, a continuación se incorporan algunas de las intervenciones señaladas por la Corte Constitucional por parte de diversas entidades del Estado en el proceso de revisión:

- La Dirección General de la Policía Nacional: *“Estima que esta disposición se constituye en una importante instancia para recomendar al Gobierno los criterios de permanencia, retiro y destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados, para lo cual se debe tener en cuenta la*

seguridad nacional, los derechos fundamentales, el deber de garantizar la memoria histórica, la protección de las fuentes, medios y métodos”.

- Alto Asesor de Seguridad Nacional de la Presidencia de la República: *“Estima que esta disposición cumple a cabalidad con las recomendaciones de la ONU, específicamente la Práctica 24 en materia de gestión y utilización de datos personales. (...) Precisa que será la propia Comisión de Depuración la que establezca, como resultado de su informe, los modelos de control externo del proceso de depuración”.*

TERCERO. Teniendo en cuenta la decisión de la H. Corte Constitucional el Presidente de la República sancionó el 17 de abril de 2013 la ley 1621 y la misma fue publicada en el Diario Oficial No. 48.764 de la misma fecha.

CUARTO. Posteriormente, inició el funcionamiento de la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia la cual cumplió con su mandato en el término previsto de dos años y estuvo conformada por delegados: del Presidente de la República; del Centro Nacional de Memoria Histórica; de la Procuraduría General de la Nación; de la Defensoría del Pueblo; de la Comisión Colombiana de Juristas en representación de la sociedad civil; de la Fundación Ideas para la Paz como experto académico en temas de inteligencia; de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia; y de un representante de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia.

QUINTO. Al finalizar el mandato la Comisión entregó al Gobierno Nacional un informe, que adoptó de forma unánime, el cual contenía las recomendaciones sobre los criterios de permanencia, retiro, y destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia.

SEXTO. El informe de la Comisión entregado al Gobierno Nacional para la puesta en marcha del Sistema de Depuración de Datos y Archivos de inteligencia y contrainteligencia contenía dos partes: la primera incorporaba el marco normativo y las experiencias internacionales que la Comisión tuvo en cuenta a efectos de elaborar el informe, y la segunda que incluyó las recomendaciones en cuanto a los criterios de permanencia, retiro y destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados.

Las recomendaciones giraron esencialmente sobre los siguientes aspectos:

- Creación de una instancia de depuración de archivos de inteligencia y contrainteligencia con carácter civil, autónomo e independiente de los

organismos de seguridad y del gobierno Nacional. Adicionalmente, se recomendaron las funciones de la instancia de depuración.

- Implementar la moratoria por al menos 10 años de los archivos y datos de inteligencia, entendiendo por ésta la suspensión de los procesos archivísticos de eliminación de documentos.
- Tener en cuenta los siguientes criterios generales para realizar el proceso de depuración para la permanencia o retiro de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia: legalidad y valor. Así mismo, se recomendó que los datos y archivos de Inteligencia y Contrainteligencia que incumplan con el criterio de legalidad sean retirados; así como aquellos que aun cumpliendo con el criterio de legalidad hayan perdido su valor.
- Los archivos retirados de derechos humanos o que tengan valor histórico no podrán ser destruidos. Con base en la aplicación de los criterios de legalidad y valor, los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia, deberán remitirse a la entidad de destino observando algunas recomendaciones.

SÉPTIMO. El 20 de diciembre de 2017 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2149 mediante el cual creó el Sistema de Depuración de Datos y Archivos de inteligencia y contrainteligencia. No obstante, las disposiciones incorporadas en la norma no están orientadas por el informe de recomendaciones de la Comisión e incluso, son contrarias a las mismas, por lo que se considera que el decreto fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió y con infracción de las normas en que debería fundarse.

OCTAVO. El presidente de la República y los Ministros que conformaron el Gobierno para la expedición del decreto 2149 de 2017 desviaron las atribuciones propias que les fueron concedidas en el artículo 30 de la ley 1621 de 2013.

Sobre la desviación de poder el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“(...) En primer lugar, en cuanto a la desviación de poder resulta pertinente anotar que se trata del vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto

que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas que debe someterse”².

En igual sentido, la misma corporación ha señalado, en el marco de las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, que:

“La última de las causales expresada es la que la doctrina y la jurisprudencia conocen como ‘desviación de poder’, y consiste en el hecho de que el acto administrativo se acomoda externamente a las normas que rigen su expedición, pero el motivo que tiene en cuenta el funcionario que lo expide es distinto del motivo para el cual se le ha investido de competencia.

Aquí el motivo o la intención de quien profiere el acto no quedan plasmados en el acto mismo, a diferencia del cargo de falsa motivación. Tal circunstancia sin embargo, no impide que el acto administrativo salga del control jurisdiccional, y por el contrario, permite su anulación de comprobarse que las razones que tuvo en cuenta la administración para proferir el acto administrativo acusado, no son aquéllas que le están expresamente permitidas por el ordenamiento jurídico superior, sino otras distintas, con las cuales desvía de su fin legítimo la competencia a ella atribuida”³.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la ley 1621 de 2013 el Gobierno Nacional debía crear el Sistema de Depuración de Datos y Archivos de inteligencia y contrainteligencia orientado por el informe de la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia por lo que se esperaba que la norma que se expidiera para tal efecto tuviera en cuenta las recomendaciones de la mencionada comisión, creada por la ley y en funcionamiento por un periodo mayor a dos años.

Por el contrario, el decreto demandado omite hacer referencia al informe presentado por la Comisión y, en esa medida, a sus recomendaciones, 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.

NOVENO. Adicionalmente, el decreto 2149 de 2017, objeto de controversia, fue expedido con evidente infracción de las normas en que debería fundarse, particularmente del artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, toda vez que su expedición es

² Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de abril de 2013, expediente 2663-11, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. 5 de diciembre de 1997. Consejero ponente: Delio Gomez Leyva. Expediente Nro. 8381.

contraria a las recomendaciones de la Comisión Asesora, las cuales, de conformidad con la normativa legal mencionada, debían orientar el Sistema de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia.

La infracción de las normas en que debería fundarse, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia del Consejo de Estado como un vicio formal de nulidad de los actos administrativos⁴, es la base de la nulidad como medio de control de los actos administrativos, pues implica la contrastación formal y objetiva de la norma expedida en relación con otras normas jerárquicamente superiores, bien sea la ley en el control por nulidad simple, o la Constitución, en el control por nulidad por inconstitucionalidad.

En ese sentido lo ha afirmado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“De manera específica, las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan con la infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo, disposiciones estas que se supone fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición. Como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub constitucional.”⁵

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.

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha señalado que se constituye una vulneración al debido proceso cuando se expiden actos administrativos cuyo

⁴ Véase, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Exp. No. 4100123310002003004801 (0601-2009), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Exp. No. 25000232500020040516302 (2000-2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp. No. 11001032600020150002200 (53057), C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

contenido es nulo como consecuencia de haberse expedido con infracción de las normas en que debería fundarse⁶. La vulneración al debido proceso es mayor, cuando se trata de un tema de vital importancia para el desarrollo de un Estado social de derecho como lo es el de la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, pues este constituye un eje central en la garantía del derecho a la verdad y a la preservación histórica de la información reservada que ostentan todos los integrantes de la sociedad.

Es por esto que las recomendaciones de la Comisión Asesora se orientaban en torno a la garantía de este derecho, a través de una instancia de carácter civil, autónoma e independiente del Gobierno nacional, que permitiera que existieran procedimientos adecuados para el tratamiento y preservación de la información.

Al haber expedido el Decreto 2149 de 2017 con infracción en las normas en que debería fundarse, el Gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República, desconoció un mandato objetivo de orden legal, que no lo obligaba a incorporar unas recomendaciones de una Comisión Asesora en su reglamentación, pero que sí le exigía, cuando menos, una carga argumentativa para apartarse de ellas, pues el mandato requiere, para contrastar la legalidad del Sistema creado, que este esté orientado por las recomendaciones de la Comisión Asesora.

El Gobierno nacional, de manera justificada y argumentada, habría podido brindar razones de inconstitucionalidad o inconveniencia para apartarse de las recomendaciones de la Comisión Asesora pero esto, en todo caso, habría supuesto un ejercicio de orientación en su reglamentación, pues habría permitido visibilizar la participación de esta Comisión legalmente constituida, lo que legitimaría el debate en torno al Sistema de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia.

En ese sentido, una contrastación de la norma demandada con las recomendaciones de la Comisión Asesora, permite establecer de manera clara que el acto administrativo se profirió con infracción del artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, por lo cual deberá declararse su nulidad:

Cuadro comparativo		
Asunto	Recomendaciones Comisión Asesora	Decreto 2149 de 2017
Creación de una instancia de depuración de	Realizar los ajustes de estructura y los trámites administrativos necesarios que sirvan de sustento jurídico para la	No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-956 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<p>archivos de inteligencia y contrainteligencia</p>	<p>creación y funcionamiento de la Instancia de Depuración con carácter civil, autónomo e independiente de los organismos de seguridad y del Gobierno Nacional. Para esto se recomienda tramitar, de ser necesario, las reformas legales con base en las facultades extraordinarias que le serán otorgadas al Presidente de la República a través del Acto Legislativo por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.</p> <p>A efectos de su creación se recomienda al Presidente de la República adscribir la Instancia de Depuración a la Defensoría del Pueblo como una Unidad Administrativa Especial con patrimonio propio, independencia del Gobierno Nacional, autonomía administrativa, y capacidad de contratación. El acto jurídico de creación debe tener especial consideración con las funciones de la Defensoría del Pueblo como garante de la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos para que estas no se vean afectadas. Se deben asegurar los recursos económicos, humanos y administrativos necesarios para la puesta en funcionamiento de la Instancia.</p>	<p>Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No se hace referencia a la Instancia de Depuración. - No se tiene en cuenta el carácter civil, autónomo e independiente de los organismos de seguridad y del Gobierno Nacional recomendado. Por el contrario, el Sistema está compuesto por Ministros, Directores de Departamentos Administrativos y Jefes de Inteligencia de la Fuerza Pública (artículos 2.2.3.12.2.1 y 2.2.3.12.3.1); las secretarías técnicas son ejercidas por órganos de carácter militar o relacionados con el Sector Defensa (artículos 2.2.3.12.2.2 y 2.2.3.12.3.2) y el papel de los órganos de control se restringe al de su participación sin derecho a voto (artículo 2.2.3.12.2.1, parágrafo 4). - No se adelantaron los trámites de reforma a través de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República a través del Acto Legislativo 1 de 2016. Por el contrario, se expidió un decreto reglamentario sujeto a control del Consejo de Estado, en un ejercicio de elusión constitucional. - No se tuvieron en cuenta las facultades de la Defensoría del Pueblo ni su adscripción a instancia alguna, pues su papel en el Sistema se restringe al de invitado
--	--	--

		<p>(artículo 2.2.3.12.2.1, parágrafo 4).</p> <ul style="list-style-type: none"> - De manera general, no se contempla una instancia de depuración como parte del Sistema.
<p>Funciones de la Instancia de Depuración</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Implementar las recomendaciones de la Comisión. b) Implementar el Sistema de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia dispuesto en el Artículo 30 de la Ley 1621 de 2013. c) Desarrollar el proceso de depuración en coordinación con cada Organismo de Inteligencia (Comando General de las Fuerzas Militares, Policía Nacional, Dirección Nacional de Inteligencia DNI, Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF) y en el archivo de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto DAS. d) Coordinar el proceso de depuración de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que se encuentran en el Archivo General de la Nación. Para la depuración de estos archivos se tendrán en cuenta las siguientes pautas: <ul style="list-style-type: none"> - En este proceso el Archivo General de la Nación y la Dirección Nacional de Inteligencia pondrán a disposición funcionarios que garanticen a la Instancia el acceso y conocimiento de los archivos; 	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora, para lo cual se relaciona lo siguiente, de conformidad con cada una de las funciones recomendadas:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) No se tiene en cuenta, pues no se persigue con este sistema la implementación de las recomendaciones de la Comisión, pese a lo establecido en el artículo 30 de la ley 1621 de 2013. b) La implementación del Sistema no está a cargo de la Instancia, toda vez que este se implementa a través del decreto objeto de debate, y sin contemplar dicha instancia. c) Esta función se otorga al Consejo Directivo del Sistema (artículo 2.2.3.12.2.3) en el cual no participa la Instancia de Depuración. d) Esta función se otorga al Consejo Directivo del Sistema (artículo 2.2.3.12.2.3) en el cual no participa la Instancia de Depuración. Adicionalmente, no se tienen en cuenta los archivos del extinto DAS que tenga la Dirección Nacional de Inteligencia ni se dispone la destinación final de estos. e) No se tiene en cuenta esta función ni se hace referencia alguna a los mecanismos de

	<ul style="list-style-type: none"> - Luego de la depuración, estos archivos permanecerán en el Archivo General de la Nación, y; - El Oficial de Acceso determinará los niveles de acceso a los mismos. <p>e) Elaborar, como primera tarea, una propuesta de priorización con periodos, parámetros históricos y/o geográficos sobre la ocurrencia de graves violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, así como en observancia de los mecanismos de justicia transicional que se creen en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, y Reparación y Garantías de no Repetición.</p> <p>Asimismo, se debe tener en cuenta la composición orgánica, historia institucional y el estado de los archivos de cada organismo de inteligencia.</p> <p>En relación con los asuntos priorizados, la Instancia de Depuración elaborará un plan de trabajo y llevará a cabo con el equipo interdisciplinario la aplicación de los criterios de legalidad y valor. Para ello deberá contar con un inventario y adelantará, de ser el caso, los procesos archivísticos y de gestión documental necesarios (tanto en el caso del extinto DAS como en los demás organismos de inteligencia).</p> <p>f) Evaluar el trabajo desarrollado por los Comités de Actualización, Corrección y Retiro para aplicar las recomendaciones del proceso de depuración.</p> <p>La Instancia de Depuración podrá ratificar o rechazar total o</p>	<p>justicia transicional creados en el marco del SIVJRRN.</p> <p>f) No se tiene en cuenta esta función ni se hace referencia alguna a los Comités de Actualización, Corrección y Retiro.</p> <p>g) No se contempla registro alguno de las actividades y se protege la reserva de la información en cada uno de los espacios de articulación del Sistema (artículos 2.2.3.12.2.3 párrafo, 2.2.3.12.3.3 párrafo y 2.2.3.12.4.3 párrafo 1).</p> <p>h) No se tiene en cuenta esta recomendación.</p> <p>i) No se tiene en cuenta esta recomendación.</p> <p>j) Los únicos informes contemplados en el Sistema están a cargo de las instancias de articulación del mismo, tienen carácter preliminar y son para uso interno (artículos 2.2.3.12.2.3 numeral 2, 2.2.3.12.3.3 numeral 2 y 2.2.3.12.4.3 numeral 3).</p>
--	--	---

	<p>parcialmente los resultados del trabajo adelantado en cada uno de los Comités a efectos del proceso de depuración.</p> <p>g) Dejar registros escritos, filmicos y fotográficos de todos y cada uno de los procesos y procedimientos, con copia al organismo de inteligencia objeto del proceso de depuración.</p> <p>h) Identificar aliados internacionales (expertos y entidades) para que asesoren y apoyen la tarea de depuración.</p> <p>i) Coordinar con el Archivo General de la Nación y los equipos de archivística de los organismos de inteligencia y contrainteligencia con el fin de tener el inventario de la totalidad de los archivos y datos de las entidades con funciones de inteligencia y contrainteligencia, en donde se defina el número, nombre y categoría de la totalidad de los archivos y datos, así como el número de folios si se trata de archivos o datos en papel, o su peso en bytes si se trata de archivos o datos electrónicos; considerando que únicamente tras conocer el inventario, se podrá proceder a realizar una función adecuada en materia de valoración, custodia y gestión documental.</p> <p>j) Presentar informes periódicos semestrales durante los cinco primeros años del proceso de depuración a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Al Presidente de la República; - la Procuraduría General de la Nación; 	
--	--	--

	<ul style="list-style-type: none"> - la entidad cabeza del sector al que esté adscrita la Instancia de Depuración; - la Comisión Legal de Seguimiento a las actividades de Inteligencia y Contrainteligencia del Congreso de la República; - el Sistema de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia y - la Comisión Nacional de garantías de Seguridad que se creará en virtud del acuerdo firmado el 23 de junio de 2016 en La Habana. <p>Estos informes estarán a cargo de la Instancia de Depuración y deberán presentarse de manera inmediata de encontrarse algún tipo de irregularidad en los procedimientos o pruebas de la comisión de algún delito.</p>	
<p>Composición de la Instancia de Depuración</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Un Director (a) quien será elegido mediante un mecanismo de convocatoria pública y plural que garantice total independencia, autonomía e imparcialidad en el ejercicio de las funciones previstas en el numeral 1.1. Dicho mecanismo deberá ser establecido en la norma que cree la Instancia. Se recomienda que este no provenga de los organismos de inteligencia. b) Un(a) Oficial de Acceso, que llevará a cabo las funciones descritas en el numeral 1.4. del presente documento, para lo cual será elegido mediante un mecanismo de convocatoria pública y plural que asegure su independencia, autonomía e imparcialidad. c) Un equipo interdisciplinario encargado del proceso de 	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora, para lo cual se relaciona lo siguiente, de conformidad con cada uno de los órganos recomendados:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración. b) No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración.

	<p>depuración de los archivos conformado por personal con experiencia en archivística, inteligencia, historia institucional, preservación, memoria histórica, derechos humanos y sistemas de información, entre otros. Este equipo será seleccionado por el Director mediante un proceso que garantice altos estándares de transparencia.</p>	<p>c) No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que prevé la conformación de equipos interdisciplinarios al interior de cada organismo de inteligencia y contrainteligencia, sin proceso que garantice altos estándares de transparencia (artículo 2.2.3.12.5.1).</p>
<p>Funciones del Director(a)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Implementar las recomendaciones de la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia. - Liderar la implementación del Sistema de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia dispuesto en el Artículo 30 de la Ley 1621 de 2013. - Asegurar, como primera tarea la elaboración de una propuesta de priorización con periodos, parámetros históricos y/o geográficos sobre la ocurrencia de graves violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, así como en observancia de los mecanismos de justicia transicional que se creen en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, y Reparación y Garantías de no Repetición. - Determinar el criterio de valor de los archivos en caso de debate con los organismos de inteligencia. - Seleccionar, mediante un proceso que garantice altos 	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración.</p>

	<p>estándares de transparencia, un equipo interdisciplinario encargado del proceso de depuración de los archivos conformado por personal con experiencia en archivística, inteligencia, historia institucional, preservación, memoria histórica, derechos humanos y sistemas de información, entre otros.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Coordinar el proceso de evaluación del trabajo desarrollado por los Comités de Actualización, Corrección y Retiro para aplicar las recomendaciones del proceso de depuración. - Rendir informes periódicos sobre el cumplimiento de su gestión y las demás necesarias para el desarrollo de su labor. 	
<p>Funciones del Oficial de Acceso</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) Acompañar el proceso de depuración con el fin de determinar el nivel o los niveles de acceso de la información que vaya a ser retirada e informar a la entidad de destino el nivel de acceso correspondiente, de conformidad con el marco normativo existente; <p>El nivel de acceso establecido por este Oficial será de obligatorio cumplimiento por las entidades receptoras de los archivos y datos retirados.</p> <ul style="list-style-type: none"> b) Atender y dar respuesta, durante el proceso de depuración, a las solicitudes de acceso a la información sujeta a depuración. c) Atender y dar respuesta a las solicitudes de acceso a la información retirada, de acuerdo con el marco normativo existente. 	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración.</p>

	<p>Este proceso debe darse sin perjuicio de la discusión atinente y necesaria sobre el nivel de acceso de aquellos archivos y datos que permanezcan en los organismos de inteligencia considerando el contexto propio de un escenario de transición.</p> <p>d) Evaluar y determinar las medidas y mecanismos concernientes a la anonimización de los datos contenidos en los archivos que sean retirado, cuando haya lugar.</p>	
<p>Análisis técnico y financiero del proceso de depuración e implementación del Sistema</p>	<p>El Gobierno Nacional deberá disponer de un análisis técnico y financiero para determinar el valor en recursos físicos y humanos de la totalidad del proceso de depuración y para la implementación del Sistema de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia dispuesto en el Artículo 30 de la Ley 1621 de 2013.</p> <p>El Departamento Nacional de Planeación desarrollará el referido estudio con el fin de garantizar la implementación de las recomendaciones.</p>	<p>No cumple con la recomendación de la Comisión Asesora toda vez que el decreto no hace referencia a análisis técnico y financiero alguno.</p>
<p>Continuidad como política de Estado</p>	<p>La Instancia de Depuración debe tener continuidad como política de Estado, autoridad, recursos y capacidad para adoptar decisiones vinculantes.</p>	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración.</p>
<p>Acceso de la Instancia de Depuración a archivos</p>	<p>Es necesario aclarar que la Instancia de Depuración tendrá pleno acceso a los archivos y datos de inteligencia y contrainteligencia para lo cual se le trasladará la reserva a quienes participen del proceso de depuración.</p>	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración.</p>
<p>Interacción con el SIVJRNR y la CNGS</p>	<p>La Instancia de Depuración facilitará la labor de los mecanismos de justicia transicional que se creen en el marco</p>	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un</p>

	del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación y Garantías de No Repetición. Asimismo, facilitará la labor de la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad y la implementación de la medida de garantía 3.4.12 del acuerdo firmado el 23 de junio de 2016 en la Mesa de Conversaciones de la Habana.	Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración ni se hace referencia alguna a los mecanismos de justicia transicional creados en el marco del SIVJRNR, a la CNGS o al impacto de este sistema en lo acordado en la Mesa de Conversaciones de La Habana.
Medios técnicos	Dotar a la Instancia de Depuración de los medios técnicos suficientes para conocer la información digital en estado de obsolescencia tecnológica o cualquier tipo de encriptación.	No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que crea un Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia en el cual no se hace referencia a la Instancia de Depuración.
Enlaces en los organismos de inteligencia	Poner a disposición de la Instancia de Depuración enlaces en cada uno de los Organismos de Inteligencia para garantizar el acceso a y el conocimiento de los archivos y facilitar el proceso de depuración. Esto supondrá que la máxima autoridad de cada organismo designe uno o varios funcionarios de enlace asegurando su estabilidad y permanencia durante el proceso. El Director de la Instancia determinará el criterio de valor en caso de debate.	No cumple con la recomendación de la Comisión Asesora toda vez que, de forma contraria, se designa únicamente a un funcionario responsable de la coordinación de enlaces requeridos, frente al Sistema (artículo 2.2.3.12.5.2).
Participación de la sociedad civil	Mantener el acompañamiento y espacios de participación de la sociedad civil en cuanto a los Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia.	No cumple con la recomendación de la Comisión Asesora toda vez que no se contempla la participación de la sociedad civil en el Sistema.
Papel de la Procuraduría General de la Nación	La Procuraduría General de la Nación vigilará el proceso de depuración con base en sus facultades preventivas.	No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que no se tuvieron en cuenta las facultades de la Procuraduría General de la Nación ni su adscripción a instancia alguna, pues su papel en el Sistema se restringe al de invitado (artículo 2.2.3.12.2.1, párrafo 4).
Implementación de moratoria	Implementar la moratoria por al menos 10 años de los archivos y datos de inteligencia, entendiendo por ésta la suspensión de los procesos	No cumple con la recomendación de la Comisión Asesora toda vez que no se contempla lo referente a

	<p>archivísticos de eliminación de documentos.</p>	<p>la moratoria de archivos y datos de inteligencia.</p>
<p>Obligaciones en el período de moratoria</p>	<p>a) Suspender (dejan de correr) los términos registrados en la Tablas de Retención Documental (TDR), así como las acciones de disposición final que pudiesen proceder.</p> <p>b) Revisar y clasificar todos los archivos de los Organismos que hacen parte de la comunidad de Inteligencia, de acuerdo con los criterios de permanencia y retiro que en este documento se recomiendan.</p> <p>c) Definir los criterios, medios y mecanismos para terminar anticipadamente, suspender o extender temporalmente la moratoria programada en relación con el avance del proceso de depuración.</p> <p>d) Revisar las TRD de los archivos que, de acuerdo con los criterios, deben permanecer.</p> <p>En caso de ser necesario, se ajustarán las TRD, sobre todo, teniendo en cuenta el valor histórico de los archivos y datos.</p>	<p>No cumple con la recomendación de la Comisión Asesora toda vez que no se contempla lo referente a la moratoria de archivos y datos de inteligencia.</p>
<p>Recomendaciones sobre permanencia y retiro</p>	<p>Tener en cuenta los criterios generales que a continuación se expondrán, para realizar el proceso de depuración para la permanencia o retiro de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia.</p>	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que no se hace referencia al proceso de depuración para la permanencia o retiro de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia.</p>
<p>Criterios generales</p>	<p>Son criterios generales la legalidad y el valor.</p>	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que no se hace referencia al proceso de depuración para la permanencia o retiro de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia.</p>

<p>Legalidad</p>	<p>La legalidad de los datos y archivos de Inteligencia y Contrainteligencia se deriva de la estricta observancia del ordenamiento jurídico durante la totalidad del ciclo de Inteligencia. La legalidad incluye el respeto y garantía a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.</p> <p>Para analizar la legalidad de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia se deberá revisar especialmente lo consignado en los artículos 2 y 4 de la ley 1621 de 2013, la cual, define la función de Inteligencia y Contrainteligencia, sus principios y límites. Al respecto, se recomienda implementar un mecanismo para definir si la información de los archivos cumple con el objeto de los artículos antes mencionados.</p>	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que no se hace referencia al proceso de depuración para la permanencia o retiro de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia.</p>
<p>Valor</p>	<p>Por valor se entenderá la existencia de valor primario o secundario de los archivos, pues cualquiera de los dos niveles es suficiente para la permanencia.</p> <p>Valor Primario Cualidad inmediata que adquieren los documentos desde que se producen o se reciben hasta que cumplen sus fines administrativos, fiscales, legales y/o contables. Acuerdo 027 de 2006.</p> <p>Valor Secundario “[E]s el que interesa a los investigadores de información retrospectiva. Surge una vez agotado el valor inmediato o primario. Los documentos que tienen este valor se conservan permanentemente”.</p> <p>En consecuencia, deben permanecer en los Archivos de Gestión y en los Archivos Centrales de cada Organismo de Inteligencia aquellos que cumplan de manera concurrente con los criterios de legalidad y valor.</p>	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que no se hace referencia al proceso de depuración para la permanencia o retiro de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia.</p>

<p>Alternatividad de los criterios de legalidad y valor a efectos del retiro</p>	<p>Los datos y archivos de Inteligencia y Contrainteligencia que incumplan con el criterio de legalidad deberán ser retirados; así como aquellos que aun cumpliendo con el criterio de legalidad hayan perdido su valor.</p>	
<p>Recomendaciones sobre el destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados</p>	<p>Los archivos retirados de derechos humanos o que tengan valor histórico no podrán ser destruidos. Con base en la aplicación de los criterios de legalidad y valor, los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia, deberán remitirse a la entidad de destino observando las siguientes recomendaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Establecer con claridad la ubicación y características de los repositorios en donde se almacenará la información que sea retirada. 2. Dotar a los repositorios de destino de las medidas óptimas de seguridad y para la salvaguarda de la información. Por salvaguarda se entenderán las medidas relacionadas con conservación y protección que establecen mecanismos para mantener la integridad material de los archivos y acciones para prevenir o detener el daño. 3. Remitir al Archivo de Derechos Humanos y Memoria Histórica los archivos de derechos humanos. Este será el encargado de su custodia y preservación. Hasta tanto entre en funcionamiento este Archivo, se recomienda que los archivos retirados de derechos humanos sean enviados al Archivo Histórico de la Universidad Nacional y la copia digital fidedigna deberá ser enviada al Archivo virtual de DDHH y 	<p>No cumple con las recomendaciones de la Comisión Asesora toda vez que no se hace referencia al proceso de depuración para la permanencia o retiro de los archivos y datos de Inteligencia y Contrainteligencia.</p>

	<p>Memoria Histórica, creado por la Ley 1448 de 2011.</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. Remitir al Archivo General de la Nación los archivos que tengan valor histórico y que no sean archivos de derechos humanos. Este será el encargado de su custodia y preservación; 5. Los demás archivos seguirán el ciclo vital del documento en cada uno de los organismos de inteligencia, de acuerdo con las TRD de los mismos. 6. Proteger los datos personales y sensibles de los ciudadanos cuando sean retirados de los archivos de inteligencia y contrainteligencia. Conforme a la ley de hábeas data y a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, se debe proteger la información de los ciudadanos como un bien intangible que es susceptible de ser capturado y utilizado de distintas maneras. En caso de retirar determinados archivos, los datos personales y sensibles de los ciudadanos deben ser anonimizados y/o se deben tomar medidas en relación con el acceso a la información para garantizar su protección. 7. Velar por la protección de la identidad de los agentes y fuentes de inteligencia, a efecto de proporcionar seguridad a los mismos y garantizar la actividad de inteligencia y contrainteligencia. Respecto a los archivos retirados, los datos relativos a la identidad de los agentes y las fuentes, así como la información sobre los métodos y procedimientos legales de inteligencia y contrainteligencia, deben ser anonimizados y/o se 	
--	--	--

	deben tomar medidas en relación con el acceso a la información para garantizar su protección.	
--	---	--

DÉCIMO: Finalmente, consideramos esencial que el H. Consejo de Estado al estudiar las cuestiones planteadas en este escrito tenga en cuenta que la importancia de la depuración de archivos de inteligencia y contrainteligencia, a pesar del carácter reservado de la información, tiene incidencia sobre los derechos a la verdad de la sociedad y de las víctimas en relación con violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario.

Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico existe una cláusula de oro sobre el acceso a la información de carácter reservado (artículo 21 de la ley 1712 de 2014) y es aquella según la cual cualquier información que esté relacionada con violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario no puede tener reserva alguna.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que

“La Ley Estatutaria establece el mandato, frente a todas las autoridades oficiales obligadas, de máxima divulgación de la información pública, de modo que la ciudadanía y las instituciones públicas y privadas deben tener la posibilidad de conocerla (...) establece de manera perentoria que ninguna información relacionada con violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad puede ser objeto de restricciones, esto es, ni de reservas ni de clasificaciones, aunque deben protegerse en todo caso los derechos de las víctimas de tales violaciones.

El acceso a los documentos en poder del Estado tiene, en efecto, una importancia crucial en los procesos de búsqueda de la verdad y de esclarecimiento de violaciones a los derechos humanos, así como en la investigación y revelación de otros crímenes graves.

(...) el derecho de acceso a la información pública es esencial para garantizar el derecho a la verdad de los afectados en contextos de transición. La Corte ha sostenido que es ‘una herramienta fundamental para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de actuaciones arbitrarias y el derecho a la memoria histórica de la sociedad’”⁷.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que en un escenario de terminación del conflicto armado con las FARC-EP y con ocasión de diversos mecanismos de justicia transicional, como la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la NO repetición y la Jurisdicción, Especial para la Paz, las disposiciones

⁷ Corte Constitucional, sentencia c-017 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

en relación con la depuración de archivos y datos de inteligencia y contrainteligencia deben ser más exigentes para impedir la pérdida o eliminación de información. Es decir, se trata de un asunto que debe ser llevado con el mayor cuidado y que no puede tener como origen la expedición de normas que infringen las leyes y facultades concedidas a las autoridades públicas correspondientes.

4. Pretensiones

PRIMERA. Declarar la nulidad del Decreto 2149 del 20 de diciembre de 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.

SEGUNDA. En consecuencia, que se ordene al Excmo. Sr. Presidente de la República a 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 para la depuración de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia en atención a lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 1621 de 2013.

5. Solicitud de suspensión provisional de los efectos de la norma accionada

En el presente aparte, presentamos las razones por las que consideramos que el Consejo de Estado debería suspender los efectos del decreto 2149 de 2017, hasta tanto resuelva de fondo el presente medio de control de nulidad el cual se dirige a demostrar que la norma cuestionada fue expedida con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió y con infracción de las normas en que debería fundarse.

La protección de los derechos en forma urgente y previa a la decisión de fondo en un proceso judicial tiene un claro arraigo en la tradición legal y jurisprudencial colombiana. Al respecto, con relevancia para el presente caso, el artículo 238 de la Constitución Política señala lo siguiente: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*.

Adicionalmente, dicha garantía de protección de derechos constituye también un pilar esencial del sistema internacional de los derechos humanos. En el caso específico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen dos tipos de medidas de carácter preventivo que buscan proteger los derechos humanos ante la inminencia de un daño: las medidas cautelares, dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las medidas provisionales, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸. Ambas medidas son cautelares, lo que implica que tienen como objetivo preservar una situación jurídica determinada, y tutelares, visto que protegen DDHH⁹.

En el caso colombiano, en diversas jurisdicciones es procedente dictar medidas cautelares para la protección del procedimiento y los derechos que se encuentran en discusión. Específicamente en el caso de la jurisdicción contenciosa administrativa el artículo 231 del CPACA señala lo siguiente

“Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

El Consejo de Estado ha señalado que

“[l]a suspensión provisional es una medida cautelar que busca suspender los efectos jurídicos generados por la fuerza ejecutoria y ejecutiva que revisten al acto administrativo que se demanda, y tiene por objeto velar por la protección de los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con los efectos del acto o los actos administrativos cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona”¹⁰.

Así las cosas, el Consejo de Estado, con ocasión de la expedición del CPACA, ha señalado que

⁸ González, F. *Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista Conectas Human Rights. Edición V 7, n 13, enero 2010: “se refiere a la protección del ‘objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente’. En esta circunstancia, como se advierte, ya no se trata de impedir daños irreparables a las personas, sino que es la materia misma sujeta a decisión en un caso en trámite en la Comisión la que se pretende salvaguardar”.

⁹ Corte IDH. *Caso del periódico “La Nación”*, medida provisional respecto de Costa Rica. 6 de diciembre de 2001.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Proceso: 440012331000201200005901 con número Interno: 47605. Auto del 28 de mayo de 2015.

“En múltiples ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la manera como la Ley 1437 de 2011 introdujo una reforma sustancial a la institución de la suspensión provisional. En efecto, ha precisado que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 esta cautela solo procedía cuando se evidenciaba una ‘manifiesta infracción’ de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que, bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011, la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria o palmar a simple vista o prima facie”¹¹.

Igualmente, ha señalado que el requisito material para la procedencia de la suspensión provisional de la norma demandada incluye la verificación de una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, es decir, la existencia manifiesta de la trasgresión del ordenamiento normativo superior por parte del acto administrativo demandado¹².

En el caso analizado, el Sistema de Depuración de Datos y Archivos de inteligencia y contrainteligencia que debía crear el Gobierno nacional debía ser orientado por el informe de la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia, originada en el artículo 30 de la ley 1621 de 2013 y, por el contrario, su contenido incorpora disposiciones contrarias al mismo.

Con dicha situación no solo se evidencia la omisión del cumplimiento de la facultad legal concedida al Gobierno nacional sino la infracción de la mencionada ley, orientada a que existiera un mecanismo que permitiera la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, tan importante en nuestro ordenamiento jurídico, en un escenario de conflicto armado y en un contexto de transición para la garantía de los derechos de las víctimas.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Proceso: 11001032500020160048500 con número Interno: 2218 – 2016. Providencia del 15 de marzo de 2017. Adicionalmente, la mencionada providencia cita las siguientes decisiones de la corporación: autos de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014-(20066) y 17 de marzo de 2015 expedido por la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el Expediente 1100103150002014037990.

¹² Supra nota 8.

La contrastación formal y objetiva de la norma expedida en relación con otras normas jerárquicamente superiores, como la ley 1621 de 2013 y la Constitución Política, hace evidente la infracción que se acusa, la cual además puede afectar el derecho a la verdad a la ciudadanía, en especial frente a los derechos de las víctimas, y la preservación histórica de la información reservada, teniendo en cuenta la relevancia de la información y datos de inteligencia y contrainteligencia, así como las medidas que deben existir para su depuración.

De acuerdo con lo anterior, tal y como se explicó en los apartes correspondientes, se considera que la norma fue expedida con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió y con infracción de las normas en que debería fundarse, en especial el artículo 30 de la ley 1621 de 2013, lo cual afecta de manera directa los derechos de la sociedad y las víctimas en relación con la depuración de información que puede estar relacionada con violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario, por lo que se solicita que de acuerdo con lo establecido en el artículo 230 del CPACA se suspendan los efectos del decreto 2149 del 20 de diciembre de 2017, hasta tanto se resuelva de fondo el medio de control.

6. Pruebas

Se anexan las siguientes pruebas documentales:

- Copia simple del decreto 2149 del 20 de diciembre de 2017.
- Copia simple de la ley 1621 de 2013.
- Copia simple de la sentencia C-540 de 2012 expedida por la Corte Constitucional al realizar el control previo a la ley 1621 de 2013.

Se solicita ordenar el envío al expediente de los siguientes documentos:

- A la Presidencia de la República remitir todos los antecedentes de la expedición del decreto 2149 del 20 de diciembre de 2017.
- A la Presidencia de la República remitir el informe de recomendaciones sobre permanencia, retiro y destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia entregado por la Comisión asesora para la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia.

7. Direcciones de notificación

Los demandantes en la Carrera 15 A Bis No. 45-37, Bogotá.

Los representantes de las entidades que tuvieron la iniciativa normativa en el Gobierno Nacional para la expedición de la norma demandada, es decir, los demandados, son:

- El Excmo. Sr. Presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón en la Calle 7 No. 6-54, Bogotá.
- El Sr. Ministro de Defensa Nacional Guillermo Botero Nieto en la Carrera 54 No. 26-25 CAN, Bogotá.

Atentamente,