

# ¿Punto final al limbo legal de las actividades de inteligencia en Colombia?

Endpoint to the legal limbo of the intelligence activities in Colombia?

¿Ponto final ao limbo legal das atividades de inteligência na Colômbia?

---

JUAN CAMILO RIVERA RUGELES\*  
Universidad del Rosario

FECHA DE RECEPCIÓN: 22 DE JUNIO DE 2012 • FECHA DE ACEPTACIÓN: 22 DE ABRIL DE 2013

Para citar este artículo: Rivera Rugeles, Juan Camilo, "¿Punto final al limbo legal de las actividades de inteligencia en Colombia?", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2013, 15, (1), pp. 139-164.

## RESUMEN

Los servicios de inteligencia en Colombia han operado durante casi sesenta años sin una regulación integral que demarque sus funciones y sus límites. Recientemente fue aprobado en el Congreso de la República, y en gran parte avalado por la Corte Constitucional, un proyecto de ley que pretende poner fin a esta omisión histórica. El presente artículo tiene como propósito revisar qué tan adecuada resulta la regulación que este proyecto de ley hace de dos aspectos relacionados con los servicios de inteligencia –el alcance del secreto y los controles a su funcionamiento– de cara a la protección de derechos como la intimidad, el acceso a la información y la verdad. La tesis que se defiende es que este proyecto de ley prevé aspectos positivos con relación a los dos temas mencionados, pero deja abiertos vacíos importantes que pueden llevar a que los servicios de inteligencia se aparten de sus funciones y sean utilizados para desconocer los derechos de las personas.

**Palabras clave:** secreto, acceso a la información, derecho a la intimidad, actividades de inteligencia, seguridad nacional.

## ABSTRACT

Intelligence services have operated in Colombia for nearly 60 years without a regulatory framework that sets limits to their activities. Congress recently approved a bill, which has been for the most part endorsed by the Constitutional Court, aimed at addressing this historical omission. This paper reviews the appropriateness of the bill in connection with two specific aspects of intelligence services: the scope of secrecy and controls on their operations, in terms of the protection of the rights to privacy, access to information, and truth. The author's thesis is that the bill has some positive aspects regarding these two issues, but leaves substantial

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá) y profesor de Teoría del Derecho en esa misma institución. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá). Correo electrónico: jcrivera182@gmail.com

gaps that may lead intelligence services to stray from their responsibilities and use them to ignore people's rights.

**Key words:** secret, access to information, right to privacy, intelligence activities, national security.

## RESUMO

Os serviços de inteligência na Colômbia têm operado durante quase sessenta anos sem uma regulação integral que demarque suas funções e seus limites. Recentemente foi aprovado no Congresso da República, e em parte avaliado pela Corte Constitucional, um projeto de lei que pretende pôr fim a esta omissão histórica. O presente artigo tem como propósito revisar que tão adequada resulta a regulação que este projeto de lei faz de dois aspectos relacionados com os serviços de inteligência –o alcance do segredo e os controles a seu funcionamento– de cara à proteção de direitos como a intimidade, o acesso à informação e a verdade. A tese que se defende é que este projeto de lei prevê aspectos positivos com relação aos dois temas mencionados, mas deixa abertos vazios importantes que podem levar a que os serviços de inteligência se apartem de suas funções e sejam utilizados para desconhecer os direitos das pessoas.

**Palabras clave:** segredo, acesso à informação, direito à intimidade, atividades de inteligência, segurança nacional.

## 1. La incipiente regulación de los servicios de inteligencia en Colombia

Desde hace sesenta años, cuando el ‘en ese entonces presidente’ Gustavo Rojas Pinilla creara el llamado Departamento Administrativo del Servicio de Inteligencia Colombiano, el Estado colombiano cuenta con una entidad específicamente destinada a realizar actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan como fin el mantenimiento de la seguridad y la defensa nacional.<sup>1</sup> No obstante, llama la atención que al día en el que se escribe este artículo aún no ha sido expedida una ley que establezca de manera integral un marco legal que defina límites y señale con precisión las facultades que tiene tal entidad. Bien puede decirse entonces que, durante sesenta años, los servicios de inteligencia en Colombia han vivido en el limbo.<sup>2</sup>

Fue hasta el año 2009 que se aprobó la primera norma en la historia de Colombia que intentó darle una regulación integral al funcionamiento de los servicios de inteligencia.<sup>3</sup> Sin embargo, la totalidad de esta ley fue declarada inconstitucional en noviembre de 2010 por la Corte Constitucional, con el argumento de que, al regular una actividad que limita derechos fundamentales, el procedimiento de aprobación que debía haber seguido era el propio de las leyes estatutarias, y no el de las leyes ordinarias, que fue el que se tomó en cuenta para aprobar la norma.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> El Departamento Administrativo del Servicio de Inteligencia Colombiano fue creado mediante el Decreto 2872 del 31 de octubre de 1953. Un recuento de las principales normas que han regulado la estructura de la entidad encargada de realizar servicios de inteligencia y contrainteligencia puede encontrarse en: Departamento Administrativo de la Función Pública, *Estructura del Estado colombiano, ‘Sector de seguridad’*, en <[http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrieve\\_publicaciones?no=1283](http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrieve_publicaciones?no=1283)> (este y los demás *links* a páginas web citados en este trabajo fueron revisados por última vez el 13 de abril de 2013).

<sup>2</sup> Uno de los impulsores de la Ley 1288 de 2008, a la cual se hace referencia a continuación, reconoció en 2010 que los servicios de inteligencia en Colombia “en los últimos años han trabajado sin un marco jurídico, en el limbo”. Ver “La caída de la Ley de Inteligencia”, *Semana*, 17 de noviembre de 2010, en <<http://www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-ley-inteligencia/124663-3>>.

<sup>3</sup> Se trata de la Ley 1288 del 5 de marzo de 2009, “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”.

<sup>4</sup> Así lo sostuvo la Corte Constitucional, al indicar que “las labores de inteligencia y contrainteligencia causan afectaciones ciertas, aunque de diversa intensidad, a la intimidad de las personas y que siendo esta un derecho fundamental, calidad que se extiende a todas sus distintas facetas, entre ellas el hábeas data, el desarrollo legislativo de esos temas está, al menos en principio, sujeto a la reserva de ley estatutaria”. Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-913 de 2010.

Con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de la mencionada ley, fue aprobada por el Congreso otra norma que pretende regular de manera íntegra el funcionamiento de los servicios de inteligencia –esta vez sí siguiendo el trámite previsto para las leyes estatutarias–.<sup>5</sup> Por tratarse de este tipo especial de proyecto de ley, la Corte Constitucional tuvo que revisar la totalidad de su articulado, concluyendo que la gran mayoría de este era acorde con las normas constitucionales. Luego de este aval de la Corte, es de esperarse que pronto el proyecto de ley pase a ser una ley de la República y haya en Colombia –¡por fin!– una norma que tenga como propósito regular de forma integral el funcionamiento de los servicios de inteligencia.<sup>6</sup>

Este artículo pretende hacer una revisión crítica de algunos aspectos del Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia,<sup>7</sup> en especial con el propósito de revisar las salvaguardas que este incorpora con relación al ámbito de protección de los derechos fundamentales y, específicamente, con relación a los derechos a la intimidad, a la información y a la verdad. Tal revisión es de especial importancia, ya que, aun cuando los servicios de inteligencia son concebidos para proteger los derechos de las personas (previniendo ataques que pongan en riesgo la seguridad y la defensa nacionales), las especiales facultades que se le confieren plantean un riesgo de vulneración de estos derechos.

Para efectuar tal revisión crítica, se abordan las siguientes cuestiones. En primer lugar, se explica cómo los servicios de inteligencia son valiosos para la protección de la defensa y la seguridad nacionales, pero, a la vez, pueden alejarse de su propósito y ser manipulados para otras finalidades, llegando incluso a causar violaciones de derechos de las personas. En segundo lugar,

<sup>5</sup> Ver Proyecto de Ley Estatutaria 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”. Por cuestiones de brevedad, en adelante, se hará referencia a este proyecto como “Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia”.

<sup>6</sup> La ausencia de regulación de las funciones de inteligencia en Colombia fue también reconocida por la Corte Constitucional, la cual sostuvo: “En Colombia ha sido incipiente la regulación de las actividades de inteligencia y contrainteligencia”. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2012.

<sup>7</sup> Cuando se hace referencia dentro del artículo al Proyecto de Ley de Inteligencia, se hace mención a la Ley 1621 del 17 de abril de 2013. Valga aclarar que en el escrito no se habla directamente de esta Ley, ya que no había sido sancionada aún al momento en que el artículo terminó de escribirse.

se identifican algunos estándares definidos en el derecho internacional de los derechos humanos (DDHH) con relación al funcionamiento de los servicios de inteligencia. En tercer lugar, se describe cómo algunas legislaciones extranjeras los regulan, con el fin de contrastar aquello que es prescrito por el derecho internacional con lo que es efectivamente implementado por los Estados en su legislación interna. Y, por último, con base en los elementos de análisis aportados por las secciones anteriores, se revisa el contenido del Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia.

## **2. La importancia de los servicios de inteligencia para proteger la seguridad ciudadana... y el riesgo de que la pongan en jaque**

Los servicios de inteligencia han sido concebidos con el propósito de ayudar a la preservación de fines estatales valiosos, como la seguridad nacional, la defensa nacional, las relaciones internacionales, los derechos de las personas. Así también lo considera el Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, al definir esta función como “aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado [...] con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta ley” (art. 3°).

En el marco de sus operaciones, quienes prestan los servicios de inteligencia blindan la información que manejan y sus fuentes para que no sean de público conocimiento, con el argumento de que la confidencialidad les otorga una ventaja estratégica sobre las amenazas que se erigen en contra de bienes públicos, como la seguridad y la defensa, ventajas que no se obtendrían si fueran llevadas a cabo públicamente.<sup>8</sup> La de operar en secreto ha sido considerada incluso como “la condición más fundamental para el éxito de los servicios de inteligencia”.<sup>9</sup> Debido a la importancia de

<sup>8</sup> Ver Ruiz Miguel, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 26.

<sup>9</sup> Emerson, Thomas, “Control of the intelligence agencies”, *Detroit College of Law Review* 1983/84, (invierno de 1984), p. 1205.

la confidencialidad para el adecuado funcionamiento de las actividades de inteligencia, los Estados optan por imponer restricciones previas a la circulación de la información relacionada con sus actividades, en vez de solo utilizar sanciones ulteriores por su inadecuado uso o revelación (como, por ejemplo, el pago de multas o la imposición de sanciones penales por la revelación de información sensible).<sup>10</sup>

El secreto que rodea a las actividades de inteligencia hace que su control sea especialmente difícil. Por esto, es exacto sostener que “comparados con otras instituciones del gobierno, los servicios de inteligencia plantean una dificultad única para el control y la rendición de cuentas (*accountability*) dado que ellos no pueden revelar sus actividades al público sin relevarlas a sus objetivos al mismo tiempo”.<sup>11</sup> La dificultad de controlar el funcionamiento de los servicios de inteligencia, sumada al secreto que encubre sus actividades, facilita que estos servicios se aparten de sus mandatos y puedan ser utilizados para propósitos distintos. El secreto, pensado para procurar una ventaja estratégica frente a amenazas a la seguridad y a la defensa nacionales, puede ser empleado para encubrir actividades ilegales. Para citar una de las imágenes más ampliamente usadas para describir el riesgo latente de arbitrariedad de los servicios de inteligencia, se ha dicho que estos pueden convertirse en ‘elefantes solitarios’ (*rogue elephant*), que actúan fuera de control y pisotean las libertades civiles.<sup>12</sup>

La posibilidad de que las especiales facultades de los servicios de inteligencia sirvan para desconocer, en vez de para proteger, los derechos

<sup>10</sup> Las restricciones a la libertad de información suelen clasificarse en dos: restricciones previas y sanciones ulteriores. Las primeras consisten en prohibiciones a la publicación, exhibición o transmisión de información, mientras que las segundas operan de manera subsiguiente a estos eventos. Ejemplo de una restricción previa es el deber de los funcionarios de no revelar cierta información; ejemplo de una sanción ulterior es la imposición de medidas penales por la revelación de cierta información. Ver Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, New York, 2005, pp. 118 y ss.

<sup>11</sup> Schreier, Fred, “The need for efficient and legitimate intelligence”, en Born, Hans & Caparini, Marina (eds.), *Democratic control of intelligence services: containing rogue elephants*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2007, p. 26.

<sup>12</sup> Marina Caparini explica que la analogía fue utilizada por primera vez por el senador estadounidense Frank Church, durante su presidencia en el Senado de la investigación de inteligencia en el año 1975, en la cual describió a la Central Intelligence Agency (CIA) como un “elefante solitario, desbordado y fuera de control”, haciendo referencia a su intento fallido de asesinato de Fidel Castro y de otros líderes extranjeros sin clara autorización presidencial. Ver Caparini, Marina, “Controlling and overseeing intelligence services in democratic States”, en Born & Caparini, *Democratic control...*, óp. cit., p. 18.

de las personas no es solo clara en términos analíticos, sino que puede ser constatada a lo largo de la historia. Con bastante frecuencia, los servicios de inteligencia han sido usados para perseguir determinadas finalidades políticas por parte del gobernante de turno. Michael Wagner, quien ha escrito ampliamente sobre la historia de los servicios de inteligencia, sostuvo con contundencia que “[d]urante la mayor parte de la historia, la inteligencia ha sido utilizada para oprimir y mantener sistemas de la opresión”.<sup>13</sup>

Lo dicho hasta ahora ilustra la relación del funcionamiento de las actividades de inteligencia con la noción de seguridad ciudadana. Así, los servicios de inteligencia, cuando funcionan de manera adecuada y eficiente, pueden ser útiles para prevenir amenazas a la seguridad, como la criminalidad, la represión política, la violencia.<sup>14</sup> No obstante, aunque reprimir estas amenazas constituye la razón de ser de los servicios de inteligencia, cuando estos operan de forma inadecuada y sin control idóneo, efectivo e independiente, pueden terminar siendo una causa adicional de perturbación de la seguridad ciudadana. Por lo tanto, en la agenda de quienes se preocupan por alcanzar los valores asociados a la seguridad ciudadana debe estar la adecuada regulación de los servicios de inteligencia, y, en este sentido, las reflexiones que se hacen en este trabajo pueden ser leídas como relevantes para las discusiones sobre seguridad ciudadana.<sup>15</sup>

Como se ha insinuado antes, hay dos temas relacionados con la regulación de los servicios de inteligencia que revisten un interés particular de cara a su adecuado funcionamiento. Por un lado, la manera como se regula

<sup>13</sup> Warner, Michael, “Intelligence as a risk shifting”, in Gill, Peter; Marrin, Stephen & Phythian, Mark (eds.), *Intelligence theory*, Routledge, New York, 2009, p. 29. Agradezco a Mauricio Albarracín Caballero por permitirme conocer y utilizar esta cita.

<sup>14</sup> Ver Arriagada, Ilma & Godoy, Lorena, *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa*, Naciones Unidas - Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 1999, p. 9, en <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/4657/lcl1179e.pdf>>.

<sup>15</sup> Enrique Desmond Arias y Mark Ungar sostienen que los estudios de seguridad en América Latina pueden agruparse alrededor de cuatro temas generales, siendo uno de ellos el considerar los asuntos policiales y de seguridad como un problema que hay que resolver (a través de los derechos humanos), más que como parte de la estrategia de gobernanza que debe ser desarrollada y alcanzada. Esta constatación sirve para aclarar, de nuevo, que, en este escrito, no se pretende negar la utilidad de los servicios de inteligencia para el logro de la seguridad ciudadana. Simplemente llama la atención acerca de la conveniencia de analizar con detalle su regulación, para evitar que, tal como ha sucedido en muchas ocasiones, terminen siendo una amenaza, más que una garantía de la seguridad. Ver Desmond Arias, Enrique & Ungar, Mark, “Community policing and Latin America’s citizen security crisis”, *Comparative Politics*, 2009, 41, (4), p. 409.

el secreto que reviste sus operaciones, pues, si este es demasiado vago o general, puede servir para encubrir actividades ilícitas. Por otro lado, el diseño de los controles a estos servicios es esencial para intentar contener a esos elefantes solitarios en los pueden convertirse los servicios de inteligencia. Debido a la relevancia de estos dos aspectos, este artículo se concentra en ellos para valorar y describir la forma como fueron abordados por el Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia. Para ello, a continuación, se revisa lo dicho por organismos internacionales de DDHH al respecto y por legislaciones de otros países, para luego tomarlo como marco de referencia a fin de valorar el contenido del Proyecto de Ley de Inteligencia.

### **3. Algunos estándares internacionales de DDHH sobre el funcionamiento de los servicios de inteligencia**

Los derechos a la intimidad y al acceso a la información se encuentran reconocidos en distintos instrumentos internacionales sobre DDHH, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cada uno de estos tratados tiene órganos facultados para interpretarlos y aplicarlos, los cuales han tenido ocasión de pronunciarse con relación a las implicaciones del funcionamiento de los servicios de inteligencia en los DDHH. A continuación, se identificarán estándares sentados por dichos organismos con relación especialmente a dos aspectos del tema estudiado, a saber: los *límites* del secreto de la información recolectada por los servicios de inteligencia y el *control* que los Estados deben hacer respecto del modo como estos operan.

#### **3.1. Restricciones sobre la información que puede (y la que no puede) ser sometida a reserva**

El secreto de la información de los servicios de inteligencia y de sus fuentes, así como el de sus operaciones, supone una clara restricción al derecho a la información y plantea también el riesgo de que sea usado para encubrir actividades ilegales o censurables que estos estén realizando. Por



esto, resulta relevante estudiar algunas salvaguardas al secreto consagradas en el derecho internacional.

Una salvaguarda que el derecho internacional de los DDHH impone a los Estados en materia de secreto se relaciona con el *contenido* de la información que puede ser reservada. Como regla general, una limitación a un derecho fundamental, como el de acceso a la información, solo es válida si es prescrita por ley, y si es adecuada, necesaria y proporcional. Algunos organismos internacionales han identificado supuestos en los cuales, según su criterio, el secreto de ninguna manera cumple con los requisitos antes mencionados, por lo que han considerado que, de recurrirse al secreto, se vulneraría el derecho de acceso a la información.

Específicamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la información relacionada con violaciones de DDHH no puede ser ocultada del conocimiento público, ni siquiera cuando esté catalogada como confidencial, por lo que, cuando sea solicitada por autoridades judiciales o administrativas (incluyendo comisiones de la verdad), los Estados no podrán escudarse en la reserva para no entregarla. Al respecto, dicho tribunal ha establecido lo siguiente: “En caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes”.<sup>16</sup>

Posteriormente, la misma Corte IDH amplió este estándar, al sostener que no solo las autoridades judiciales o administrativas deben tener acceso a información sobre violaciones de DDHH, sino que también las víctimas de tales violaciones y sus familiares deben contar con tal facultad. Agregó, además, que la obligación de proveer tal información debe ser cumplida con especial firmeza por la agencia del Estado acusada de violar DDHH, en la cual no puede residir la facultad de decidir si entrega o no documentos que puedan contener información sobre tales conductas y que incriminen a sus miembros. La inexistencia de la información requerida no exime a las autoridades estatales de su deber de entregarla, pues, en todo caso, el

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C N° 101, párr. 284.

Estado está obligado a actuar con diligencia frente a las solicitudes que se le hagan al respecto, lo cual exige, cuando menos, mostrar “cuáles fueron las diligencias que realizó para confirmar o no su existencia”. Adicionalmente, la Corte IDH indicó que el derecho de las víctimas y sus familiares a tener acceso a información sobre violaciones de DDHH impone a los Estados el deber de establecer un recurso adecuado y rápido al que dichas personas puedan acudir para conocer esta información.<sup>17</sup>

Conviene destacar que la prohibición de amparar con la reserva documentos que contengan información sobre violaciones de DDHH, válida en general para cualquier Estado, lo es aún más en aquellos que atraviesen procesos de transición a la democracia (como Colombia). Por lo general, estos procesos pretenden construir un relato de las atrocidades cometidas en dictaduras o conflictos armados como condición previa para el cambio institucional, político, social. Reconstruir el pasado tiene una relación directa con la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, piezas centrales de los procesos de transición, y lograrlo depende en buena medida del acceso a documentos que contengan información relevante, la cual podrá en muchos casos estar cubierta por el secreto.<sup>18</sup>

### ***3.2. Control sobre el funcionamiento de las actividades de inteligencia***

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, el secreto es necesario para cumplir finalidades imperiosas, pero debe ser controlado para evitar que este sea utilizado para encubrir actuaciones ilegales o reprochables de los servicios de inteligencia. En este sentido, la Corte IDH ha afirmado con claridad que “lo que resulta incompatible con un Estado de derecho y una tutela judicial efectiva ‘no es que haya secretos, sino que estos secretos escapen de la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable porque no están regulados jurídicamente y que por tanto están al margen de todo sistema de control’”.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C N° 219, párrs. 200-202.

<sup>18</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2010 - Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011, capítulo III “Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos”.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 181.

Distintos organismos internacionales han afirmado que el riesgo de que el secreto facilite la comisión de violaciones de DDHH o de ilícitos penales es la principal razón que motiva la existencia de controles frente a las actividades secretas, razón por la cual han concluido que “[l]as medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas”.<sup>20</sup> Por esto, han sostenido que el establecimiento de cualquier control no es suficiente para satisfacer el deber de vigilar y examinar las actuaciones de las entidades que llevan a cabo labores secretas. Por el contrario, es necesario que se adopten controles *independientes, efectivos y adecuados*, pues solo de esta forma se podrá realizar una verdadera inspección a dichas entidades que tenga el efecto de reducir la arbitrariedad de sus actuaciones y evitar que, con ocasión de estas labores, se desconozcan derechos como la intimidad. En este sentido, se han pronunciado, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin (relator especial Martin Scheinin).

Así, la CEDH ha indicado que “en vista del riesgo que plantea un servicio de seguimiento secreto para la protección de la seguridad nacional de debilitar o incluso destruir la democracia con el motivo de defenderla, el Tribunal deberá cerciorarse de que existan garantías adecuadas y efectivas contra su abuso”.<sup>21</sup> En similar sentido, el relator especial Martin Scheinin ha planteado:

Se deben establecer mandatos de supervisión estrictos e independientes para examinar las políticas y prácticas a fin de garantizar la existencia de una rigurosa supervisión del uso de técnicas intrusivas de vigilancia y del procesamiento de la información personal. Por consiguiente no debe haber ningún sistema secreto de vigilancia que no se encuentre sometido

<sup>20</sup> Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang...*, óp. cit., párr. 284.

<sup>21</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Leander v. Sweden*, Application 9248/81, judgment, 26 de marzo de 1987, párr. 60. En el mismo sentido, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Sev.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párr. 59.

al examen de un órgano de supervisión efectivo y todas las injerencias deben ser autorizadas por un órgano independiente.<sup>22</sup>

Ahora bien, las instituciones del Estado no son las únicas autorizadas a fiscalizar el funcionamiento de los servicios de inteligencia y contrainteligencia, sino que también pueden hacerlo los particulares. Así, aquellos que hayan obtenido información reservada tienen derecho a difundirla, sin que por ello deban ser sancionados. Esto se debe a que los que tienen el deber de reservar la información son los funcionarios públicos, no los particulares, y ellos no pueden ser sancionados por una actuación que no están obligados a cumplir.

Al proteger la facultad de los particulares de revelar información reservada, se permite que estos ejerzan una labor de veeduría sobre la actuación de los organismos de inteligencia, lo cual es de suma importancia, pues “[c]on frecuencia es posible exigir responsabilidades [a miembros de organismos de inteligencia] gracias a las revelaciones de esos periodistas y organizaciones, y no a los mecanismos oficiales”.<sup>23</sup>

Los ejemplos abundan, y no hay que ir muy lejos para encontrarlos: el seguimiento ilegal sistemático realizado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) contra magistrados de las altas cortes, políticos de oposición, periodistas, entre otros, fue conocido gracias a las revelaciones que hizo la revista *Semana*.<sup>24</sup> Así, a pesar de la inexistencia de controles institucionales específicos diseñados para prevenir arbitrariedades de los servicios de inteligencia, los medios de comunicación lograron denunciar sus desafueros y hacer un control público crítico de ellos.

<sup>22</sup> Relator Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, *Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el décimo tercer período de sesiones*, A/HCR/13/37, 28 de diciembre de 2009.

<sup>23</sup> Relator Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, *Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el décimo período de sesiones*, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009, párr. 62.

<sup>24</sup> La investigación periodística que hizo público el seguimiento ilegal del DAS fue revelada el 21 de febrero de 2009. Ver “El DAS sigue grabando”, *Semana*, 21 de febrero de 2009, en <<http://www.semana.com/nacion/articulo/el-das-sigue-grabando/100370-3>>.

## 4. Salvaguardas implementadas por legislaciones nacionales para establecer límites al secreto

Muchos Estados han adoptado normas que regulan los servicios que tienen como finalidad la protección de la seguridad y defensa nacionales. Estas legislaciones son de índole diversa, y su contenido permite identificar variadas opciones utilizadas para establecer límites al secreto y para controlar el funcionamiento de los servicios de inteligencia. En el presente trabajo, no se hará referencia a todas estas medidas, sino tan solo a aquellas que guardan relación con los asuntos analizados en la sección anterior, pues, de este modo, se podrá hacer cierto contraste entre lo que es ordenado por el derecho internacional y lo que es efectivamente adoptado por las legislaciones nacionales. En este orden de ideas, se hará mención a las formas utilizadas para definir el contenido del secreto y a los mecanismos de control a las actividades de inteligencia que funcionan en diferentes países.<sup>25</sup>

### 4.1. La información de los servicios de inteligencia que puede (y la que no puede) ser mantenida en secreto

Las legislaciones que existen en materia de reserva optan por distintas alternativas para definir la información obtenida por los servicios de inteligencia que puede ser cobijada con el secreto. De manera general, puede decirse que la mayoría de legislaciones que definen la información que puede ser ocultada del conocimiento del público lo hacen recurriendo a conceptos como ‘seguridad nacional’ o ‘defensa nacional’, de los cuales, en algunas oportunidades, se da una *definición legal*, que sirve para limitar, en cierta medida, la vaguedad de estas expresiones.<sup>26</sup> En otras ocasiones,

<sup>25</sup> Buena parte de la información utilizada en las dos secciones siguientes ha sido consultada en los siguientes dos documentos: Born, Hans & Leigh, Ian, *Making intelligence accountable: legal standards and best practices for oversight of intelligence agencies*, Genève Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Norwegian Parliamentary Oversight Committee and Human Rights Centre - Department of Law of the University of Durham, Oslo, 2005; y Relator Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, *Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión*, A/HRC/14/46, 17 de mayo de 2010.

<sup>26</sup> Así, la Australian Security Intelligence Organisation Act de 1979 establece, en su sección 4, que se entiende por “seguridad” “(a) la protección de la Commonwealth y de las personas en ella, y

la forma como se pretende reducir esta vaguedad es *enlistando actividades* que se consideran directamente relacionadas con las excepciones a la publicidad de la información.<sup>27</sup>

De modo complementario, hay legislaciones que optan por hacer referencia a determinada información que no puede quedar incluida en la reserva, estableciendo casos en los que de ninguna manera puede entenderse que la información es secreta. Así, por ejemplo, la Orden Ejecutiva 12.958 de los Estados Unidos indica circunstancias bajo las cuales no se debe clasificar información como reservada por motivos de seguridad nacional.<sup>28</sup> Otras veces, en vez de identificar diversas circunstancias que no permiten que la información se califique como reservada, se opta por establecer una cláusula general que debe ser tenida en cuenta por los funcionarios administrativos. Es el caso de la legislación alemana, que establece que no queda cobijada por el secreto una actuación “contraria a los principios básicos del ordenamiento jurídico recogidos en la Constitución”, ni siquiera en el evento en el que la revelación de esa información cause un perjuicio para la seguridad del Estado.<sup>29</sup> Igualmente, la legislación uruguaya dispone que

de los varios Estados y territorios de: i) el espionaje; ii) el sabotaje; iii) la violencia por motivos políticos; iv) la promoción de la violencia comunitaria; v) los ataques al sistema de defensa de Australia; o vi) los actos de interferencia extranjera, ya sean dirigidos a, o cometidos dentro, de Australia o no; (aa) la protección de la integridad territorial y de los límites de Australia de amenazas serias; y (b) y del cumplimiento de las responsabilidades de Australia hacia cualquier país extranjero en relación con uno de los asuntos mencionados en cualquiera de los numerales del párrafo (a) o de los asuntos mencionados en el párrafo (aa)”. Commonwealth of Australia, Australian Security Intelligence Organisation Act, 1979, sección 4. En similar sentido, Canadá, Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, sección 2.

<sup>27</sup> Por ejemplo, el artículo 15.a de la Ley de Acceso a la Información Pública de Nicaragua delimita las actividades relacionadas con la seguridad de la integridad territorial y la defensa nacional que pueden reservarse. Tales actividades son las siguientes: “1. Planificación y estrategias de defensa militar o comunicaciones internas que se refieren a la misma. 2. Planes, operaciones e informes de inteligencia para la defensa, inteligencia militar y contrainteligencia militar. 3. Inventarios, características y ubicación de armamento, equipos, municiones y otros medios destinados para la defensa nacional, así como la localización de unidades militares de acceso restringido. 4. Adquisición y destrucción de armamento, equipos, municiones y repuestos del inventario del Ejército de Nicaragua, sin perjuicio de lo establecido en las leyes y disposiciones de la materia. 5. Ejercicios militares destinados a elevar la capacidad combativa del Ejército de Nicaragua. 6. Nombres y datos generales de los miembros integrantes de los cuerpos de inteligencia para la defensa, inteligencia militar y de contrainteligencia militar. 7. Planes, inventarios u otra información considerada como secreto regional en los tratados regionales de los que Nicaragua sea signatario”. Nicaragua, Ley 621, Ley de Acceso a la Información Pública, 2007.

<sup>28</sup> Estados Unidos de América, Classified National Security Information, Executive Order 12.958, 1995, Sec. 1.8. (“Classification prohibitions and limitations”).

<sup>29</sup> Ver Sánchez Ferro, Susana, *El secreto de Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 123.

no se podrá aducir reserva “cuando la información solicitada se refiera a violaciones de derechos humanos o sea relevante para investigar, prevenir o evitar violaciones de los mismos”.<sup>30</sup> Una fórmula similar es prevista por la legislación peruana.<sup>31</sup>

Además, otras legislaciones eligen establecer grados de reserva distintos, dependiendo de la incidencia que pueda tener la información en el mantenimiento del orden público y la seguridad. En este sentido, por ejemplo, la legislación peruana distingue entre información secreta, reservada y confidencial, a la cual le corresponde un término de reserva diferente (de veinte, diez y cinco años, respectivamente).<sup>32</sup> La idea que subyace a esta alternativa para limitar el secreto es clara: no toda la información tiene el mismo grado de incidencia en el mantenimiento de la seguridad y el orden, por lo que no se justifica que tengan el mismo término de reserva.<sup>33</sup>

#### ***4.2. Formas de control de las actividades de inteligencia***

Los países que han establecido un marco legal para las actividades secretas que desarrollan agencias estatales, con el fin de proteger la seguridad y la defensa nacionales, han adoptado una serie de mecanismos de control para escrutar que los encargados de realizarlas no se excedan e incurran en arbitrariedades. Generalmente, la inspección de tales actividades se diseña como un entramado de varios controles en el que concurren distintos organismos. Las funciones de control suelen recaer en las tres ramas del poder público: ejecutivo, legislativo y judicial, aunque es a las dos primeras a las que se le entregan funciones más amplias y diversas, como se destaca a continuación.

En primer lugar, la rama ejecutiva interviene en el control de las actividades secretas no mediante una supervisión detallada y específica de ellas, sino a través de un poder de dirección. Así, es frecuente que se le encargue

<sup>30</sup> Uruguay, Ley 18.381, Derecho de acceso a la información pública, 2008, art. 12.

<sup>31</sup> Perú, Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2003, art. 18. Dicho artículo señala que no podrá tenerse como información secreta o reservada la relacionada con violaciones a los DDHH e infracciones al derecho internacional humanitario.

<sup>32</sup> Artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, óp. cit.

<sup>33</sup> En similar sentido, la legislación uruguaya distingue entre información reservada y confidencial. Ver artículos 9 y 10 de la Ley 18.381 de la República Oriental del Uruguay, óp. cit.

a un ministro la formulación de las políticas del gobierno relacionadas con sus servicios de inteligencia; requerir información secreta; decidir sobre asuntos de alta importancia política (como, por ejemplo, la relación de las agencias que adelantan labores secretas con otras agencias o con otros países), entre otros.<sup>34</sup> Estas tareas van acompañadas de otras que se les asignan a los directores de las agencias de seguridad, como la de implementar la política gubernamental en materia de actividades secretas; la de reportarle al jefe del ejecutivo la manera como desempeña su encargo; y la de buscar su aprobación en materias especialmente sensibles. Esta clase de controles radicados en cabeza del ejecutivo tienen la ventaja de hacer responsables de las actividades de inteligencia (y de sus posibles desmanes y desafueros) a un funcionario elegido democráticamente (el Presidente de la República), quien debe rendir cuentas a un electorado y a otros órganos estatales.<sup>35</sup>

En segundo lugar, también es frecuente que el órgano legislativo esté involucrado en la supervisión de las actividades secretas. El diseño de órganos legislativos que controlan las actividades secretas es muy variado, e involucra funciones como la de verificar la legalidad, la eficacia, la eficiencia o la adecuación de la política y su aplicación a las normas de DDHH.<sup>36</sup> Así mismo, a dichos órganos legislativos les corresponde un rol respecto del presupuesto destinado a estas agencias, que en algunos casos se limita a autorizar el gasto,<sup>37</sup> mientras que otros además tienen la facultad de revisar cómo se utiliza.<sup>38</sup>

## 5. Los límites al secreto y los controles impuestos por el proyecto de ley: potencialidades y riesgos

En las anteriores secciones, se ha hecho un recuento de algunos mecanismos identificados por organismos internacionales de protección de DDHH y por legislaciones nacionales, con el fin de establecer límites al

<sup>34</sup> Así sucede, por ejemplo, en Canadá, Polonia y Alemania. Ver Born & Leigh, *Making intelligence...*, óp. cit., pp. 55 y 56.

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> Ver *ibíd.*, pp. 78 y ss.

<sup>37</sup> Es el caso del Reino Unido y de los Estados Unidos. Ver *ibíd.*, p. 78.

<sup>38</sup> Es el caso de Argentina y de Polonia. Ver *ibíd.*



funcionamiento de los servicios de inteligencia. Como último apartado del presente trabajo, se analizará la legislación colombiana que regula las actividades de inteligencia y contrainteligencia, para identificar sus potencialidades y falencias con relación a los temas que han sido tratados en el artículo, a saber, la regulación del secreto y el diseño de controles a los servicios de inteligencia.<sup>39</sup>

La tesis que se expondrá a continuación es que la legislación colombiana, aunque prevé algunos mecanismos que tienen como propósito demarcar el secreto y controlar el funcionamiento de los servicios de inteligencia, deja abiertos vacíos importantes que pueden perjudicar la vigencia efectiva de derechos como la intimidad, el acceso a la información y la verdad. Esto no solo podrá dificultar el estricto control de los servicios de inteligencia con el fin de evitar que incurran en actividades ilegales (como las cometidas en años anteriores por el DAS), sino también tendrá consecuencias hacia el pasado, pues obstaculizará el acceso a documentos actualmente reservados que podrían ser útiles para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas del conflicto, y en general de toda la sociedad colombiana.

### ***5.1. Aspectos positivos del Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia***

En cuanto a los aspectos por destacar del Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, conviene mencionar que este dispone que las actividades de inteligencia y contrainteligencia deben adelantarse con un estricto apego a los DDHH y al derecho internacional humanitario (art. 4º), a fin de garantizar los fines esenciales del Estado, las instituciones democráticas, los derechos de las personas, los recursos naturales y los intereses económicos de la nación (art. 4º), observando siempre los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art. 5º).

Por otra parte, el proyecto de ley establece mecanismos de control interno y externo a las actividades de inteligencia. Respecto del primero, se destaca la creación de un organismo (la Junta de Inteligencia Conjunta)

<sup>39</sup> Se trata del ya mencionado Proyecto de Ley Estatutaria 263 de 2011 Senado - 195 de 2011 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".

al cual se le encarga la función de formular la política de inteligencia, que deberá ser implementada por cada agencia encargada de desarrollar estas labores (arts. 12 y 13). Igualmente, se establece un mecanismo de control parlamentario (la Comisión Legal de Seguimiento de las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia), al que se le entrega el mandato de verificar la eficiencia en el gasto y la legalidad de sus actuaciones (art. 20).

En cuanto a la duración de la reserva, el proyecto de ley establece que la información de inteligencia podrá mantenerse en secreto hasta por treinta años, prorrogables cuando se cumplan determinadas condiciones a las que se hará referencia después (art. 33). El Presidente de la República podrá desclasificar información, de manera total o parcial, antes de que se cumpla el término de reserva, siempre y cuando no se afecten determinados fines establecidos en la ley (art. 33). Cuando un funcionario público se ampare en la reserva para negar la entrega de determinada información, debe hacerlo de forma motivada, indicando el fundamento legal de la reserva, su razonabilidad y su proporcionalidad (art. 33). Se señala, por último, que la reserva de la información de inteligencia no es oponible a autoridades judiciales, disciplinarias o fiscales. Eso sí, conviene mencionar que esta disposición no hace referencia al deber del Estado de proporcionar información cuando quien la solicite sea una persona que ha sido víctima de derechos humanos y esté indagando respecto de dicha violación.<sup>40</sup>

También, con relación a las excepciones a la reserva, se destaca que el proyecto expresa que el deber de reserva “no vincula a los periodistas ni a los medios de comunicación cuando ejerzan su función periodística de control del poder público”. Aunque la Corte Constitucional no amplió esta excepción para que cobijara a todos los particulares, o a algunos de ellos (como, por ejemplo, las ONG de derechos humanos), invocó las reglas

<sup>40</sup> Es interesante notar que la Corte Constitucional, al momento de revisar el Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, retomó el estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentado en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, al sostener que “en el caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades del Estado no se pueden amparar en instrumentos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas”. No obstante, pasó por alto que otro caso posterior del mismo tribunal, el *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, amplió aún más este estándar, al sostener que la reserva de información sobre violaciones de derechos humanos tampoco le es oponible a las víctimas de tales violaciones, por lo que a ellas también debe entregárseles documentos que contengan información sobre tales violaciones. A ambos casos se hizo mención en la sección 3.2.

sentadas en la Declaración Conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) de 2004,<sup>41</sup> donde se sostiene que la responsabilidad de mantener la confidencialidad es exclusiva de las autoridades públicas y los funcionarios, y que “otros individuos, incluidos los periodistas [...], no deberán estar nunca sujetos a sanciones por la publicación o ulterior divulgación de esta información, independientemente de si ha sido filtrada o no, a no ser que cometan fraude u otro delito para obtener la información”.<sup>42</sup>

Sumados a estos aspectos positivos, hay que mencionar otros derivados del control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional con relación al Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia. Así, por una parte, es un acierto que se haya declarado la inconstitucionalidad del artículo que castigaba con cárcel de entre cinco y ocho años, y, en algunos casos, de entre diez y dieciséis años, la divulgación de información reservada. De esta manera se preserva la idea de que solo los servidores públicos –y no los particulares– pueden ser sancionados por la revelación de información reservada, pues solo sobre ellos recae el deber de mantener en secreto determinada información.<sup>43</sup>

Por otra parte, la Corte Constitucional declaró inconstitucional que la reserva de la información pudiera ampliarse por más de treinta años, “hasta la desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley sobre el que verse la información de inteligencia y contrainteligencia”. De este modo salvaguardó la regla según la cual toda reserva debe ser temporal, y

<sup>41</sup> En <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&IID=2>>.

<sup>42</sup> El espacio entre corchetes es una expresión suprimida por la misma Corte Constitucional, el cual hace referencia a “representantes de la sociedad civil”. En vez de reconocer que el estándar invocado hace referencia no solo a periodistas, sino también a representantes de la sociedad civil, la Corte optó por ajustarlo a su criterio. Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2012.

<sup>43</sup> *Ibíd.* No obstante, conviene precisar que la declaratoria de inconstitucionalidad del delito mencionado (y de los otros delitos incorporados en el Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia) no se fundamentó en la vulneración de la libertad de expresión de los particulares, la cual protegería la revelación de información reservada. Antes bien, la declaratoria obedeció a la violación del principio de unidad de materia, el cual, según la Corte, fue desconocido en tanto los delitos incluidos en el proyecto de ley sancionaban la revelación de cualquier secreto por parte de cualquier agente público, no limitándose entonces a la revelación de secretos de inteligencia, excediendo así el propósito del proyecto de ley.

no puede afectar de manera desproporcionada los derechos al acceso a la información y a la verdad, la justicia y la reparación.

## **5.2. Omisiones y limitaciones del Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia**

Estos aspectos positivos conviven dentro del proyecto de ley con serias omisiones y limitaciones que plantean dificultades al ejercicio de derechos como la intimidad y el acceso a la información. En primer lugar, se echa de menos que los fines que autorizan la realización de actividades de inteligencia no hayan sido definidos con claridad en el proyecto. Así, por ejemplo, el proyecto de ley es poco esclarecedor al decir que la información de inteligencia y contrainteligencia debe ser obtenida con el fin de asegurar –entre otros– la seguridad nacional, sin aclarar qué se entiende por ‘seguridad nacional’ (art. 4º).

Al igual que sucede con este ejemplo, ninguno de los otros fines identificados como aquellos que deben ser garantizados por las actividades de inteligencia es precisado. Tampoco el proyecto de ley ofrece ejemplos que permitan hacerse a una idea más clara de aquello a lo que se ocuparán los servicios de inteligencia y contrainteligencia. Esto permite que una actividad que puede limitar derechos fundamentales –la inteligencia– pueda ser iniciada en un sinnúmero de ocasiones, y que quienes terminen definiendo si hay lugar a la activación de esta clase de actividades sean los propios servicios de inteligencia, mas no el legislador.

Además, a diferencia de legislaciones como la uruguaya o la peruana, el proyecto de ley no es claro al excluir determinada información de su calidad de reservada. Aunque en algunos apartes se indica que la recolección de información debe respetar distintos límites y normas, como las garantías constitucionales, los DDHH y el derecho internacional humanitario (arts. 4º y 33), no se dice que el incumplimiento de esos límites y normas dé lugar a que la información obtenida en el marco de actividades de inteligencia y contrainteligencia pierda el carácter de reservada.

A lo sumo, pareciera que la única consecuencia que se desprendería de la violación de los límites y las normas a las que debe sujetarse la recolección de información de inteligencia es que tales irregularidades podrán ser denunciadas por funcionarios públicos sin que ello constituya violación

al deber de reserva que en ellos recae (art. 33). Que la denuncia de estas actuaciones no sea un incumplimiento del deber de reserva sugiere, en todo caso, que la información relacionada con ellas sigue reservada; es decir, seguirían estando en secreto documentos sobre actuaciones ilegales de los servicios de inteligencia, *a menos que* un funcionario público voluntariamente denunciara tales actuaciones.<sup>44</sup>

Además, a esto se suma lo dicho por la Corte Constitucional al revisar el Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, aclarando que la información sobre violaciones de DDHH e infracciones al derecho internacional humanitario no podía ser oponible *a autoridades judiciales y administrativas*, permitiendo así que se argumente que sí podría oponerse a otras autoridades y a los particulares.<sup>45</sup>

Existe otra deficiencia relacionada con la definición de la información que puede ser reservada, y es la omisión del legislador de clasificar la información de inteligencia, dependiendo de su distinto grado de afectación a los fines que pretenden asegurarse con las actividades de inteligencia (art. 4º). En vez de esto, un artículo del proyecto de ley (el artículo 37) faculta al Presidente de la República para reglamentar los niveles de clasificación de la información. Esta disposición es incompatible con los estándares internacionales estudiados, de acuerdo con los cuales los límites de la reserva deben ser establecidos por ley.

<sup>44</sup> Cabe anotar que el Proyecto de Ley Estatutaria 156 de 2011 Senado - 228 de 2012 Cámara, “por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, y se dictan otras disposiciones”, sí contiene una cláusula que excluye del carácter reservado información relacionada con violaciones de derechos humanos. Al respecto, tal disposición indica: “Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones”. Las excepciones al acceso a la información mencionadas en el proyecto de ley hacen referencia, entre otras, a información recolectada por la agencia colombiana de inteligencia. Pero, por otra parte, podría alegarse que respecto de esta norma general prevalece la norma específica, contenida en el Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, que no excluye expresamente del carácter reservado a violaciones a los DDHH y al derecho internacional humanitario. Ver Proyecto de Ley estatutaria 156 de 2011 Senado - 228 de 2012 Cámara, óp. cit., art. 21.

El Proyecto de Ley Estatutaria 156 de 2011 Senado - 228 de 2012 Cámara también fue ya aprobado en todos los debates por el Congreso de la República, pero aún se encuentra pendiente de sanción.

<sup>45</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2012. Ver también sección 5.1 del presente artículo.

Otra disposición problemática del proyecto de ley se refiere al tiempo de reserva de la información. En el proyecto de ley, se menciona que la información podrá estar reservada hasta por un término de treinta años, prorrogables por quince años más, cuando el Presidente de la República considere que la difusión de la información ponga en riesgo la seguridad, la defensa o las relaciones internacionales, cuando esté relacionada con grupos armados al margen de la ley o con la seguridad de los agentes de inteligencia y de sus fuentes. De nuevo, no se definen cada una de estas causales, lo cual deja un amplio margen de discreción al Presidente para aplicar la extensión a la reserva.

La Corte Constitucional intentó reducir el margen de apreciación del Presidente para hacer uso de su potestad de ampliar la reserva, al señalar que este debía tomar en cuenta “i) [...] otros criterios en la ponderación de acoger la extensión de la reserva como el derecho a la verdad, ii) la no oposición de la reserva respecto a violaciones de derechos humanos y iii) la posibilidad de desclasificar en cualquier momento los documentos”.<sup>46</sup> No obstante, a pesar de esta consideración, el Presidente sigue sin contar con parámetros legales claros que sujeten su arbitrio, como sucedería si estuviera definido con mayor detalle en qué eventos puede prorrogar, por quince años más, la reserva de la información.

Para finalizar, en relación con el control parlamentario, el proyecto de ley establece que la Comisión Legal de Seguimiento de las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia puede ejercer sus funciones “sin perjuicio de la reserva necesaria para garantizar la seguridad de las operaciones, las fuentes, los medios y los métodos” (art. 22). Esta limitante podría servir de fundamento legal para el ocultamiento de información de inteligencia a dicha Comisión, lo cual haría que el control parlamentario de los servicios de inteligencia fuera inadecuado. También cabe anotar que dentro de sus funciones no se encuentra la de estudiar la política nacional de inteligencia formulada por la Junta de Inteligencia Conjunta, lo cual sí es una facultad que se le entrega a varios órganos de control parlamentario en diferentes legislaciones.

Un aspecto sobre el que guarda silencio el proyecto de ley es con relación a la posibilidad de que los particulares y los funcionarios públicos

<sup>46</sup> *Ibíd.*

puedan enviarle a la Comisión Legal de Seguimiento de las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia información independiente que sea útil para evaluar el comportamiento de los servicios de inteligencia. Así, dentro de las atribuciones de esta Comisión, solo se menciona la posibilidad de pedirles información a los inspectores de inteligencia, a los directores de inteligencia y a las oficinas de control interno para realizar su tarea de control político (art. 22). Será importante que el silencio guardado por el proyecto de ley sobre este aspecto no sea entendido como una prohibición, con el fin de poder acceder a información que provenga de personas distintas a las que son controladas por la Comisión.

## Conclusión

Como resultado del análisis de algunos aspectos del Proyecto de Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, se observa que este acierta al establecer importantes salvaguardas al secreto y al diseñar distintos controles a las actividades de inteligencia, pero también comete omisiones problemáticas, que pueden tener costos altos para el país en materia de protección de la intimidad, acceso a la información y derecho a la verdad. En especial, existen aspectos importantes de la regulación de los servicios de inteligencia que no fueron abordados con precisión por el proyecto de ley, lo cual dificulta concluir que, cuando esta norma entre en vigencia, los servicios de inteligencia en el país habrán salido plenamente del limbo jurídico en el que han vivido por casi sesenta años.

## Bibliografía

1. “El DAS sigue grabando”, *Semana*, 21 de febrero de 2009, en <<http://www.semana.com/nacion/articulo/el-das-sigue-grabando/100370-3>>.
2. “La caída de la Ley de Inteligencia”, *Semana*, 17 de noviembre de 2010, en <<http://www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-ley-inteligencia/124663-3>>.
3. Arriagada, Ilma & Godoy, Lorena, *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa*, Naciones Unidas - Comisión Económica

- para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 1999, p. 9, en <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/4657/lcl1179e.pdf>>.
4. Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, New York, 2005.
  5. Born, Hans & Leigh, Ian, *Making intelligence accountable: legal standards and best practices for oversight of intelligence agencies*, Genève Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Norwegian Parliamentary Oversight Committee and Human Rights Centre - Department of Law of the University of Durham, Oslo, 2005.
  6. Canadá, Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985.
  7. Caparini, Marina, "Controlling and overseeing intelligence services in democratic States", en Born, Hans & Caparini, Marina (eds.), *Democratic control of intelligence services: containing rogue elephants*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2007.
  8. Colombia, Congreso de la República, Ley 1288 de 2009.
  9. Colombia, Congreso de la República, Proyecto de Ley Estatutaria 156 de 2011 Senado - 228 de 2012 Cámara.
  10. Colombia, Congreso de la República, Proyecto de Ley Estatutaria 263 de 2011 Senado - 195 de 2011 Cámara.
  11. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2012.
  12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-913 de 2010.
  13. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2010 - Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011.
  14. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Sev.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.
  15. Commonwealth of Australia, Australian Security Intelligence Organisation Act, 1979.
  16. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Leander v. Sweden*, Application 9248/81, judgment, 26 de marzo de 1987.
  17. Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 31 de agosto de 2011, serie C N° 232.
  18. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C N° 219.
  19. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C N° 101.
  20. Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C N° 207.



21. Declaración Conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE de 2004, en <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&IID=2>>.
22. Departamento Administrativo de la Función Pública, *Estructura del Estado colombiano, 'Sector de seguridad'*, en <[http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive\\_publicaciones?no=1283](http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive_publicaciones?no=1283)>.
23. Desmond Arias, Enrique & Ungar, Mark, "Community policing and Latin America's citizen security crisis", *Comparative Politics*, 2009, 41, (4), pp. 409-429.
24. Emerson, Thomas, "Control of the intelligence agencies", *Detroit College of Law Review* 1983/84, (invierno de 1984), pp. 1205-1208.
25. Estados Unidos de América, Classified National Security Information, Executive Order 12.958, 1995.
26. International Commission of Jurists, *Assessing damage, urging action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, International Commission of Jurists, Ginebra, 2009.
27. Manis, Mark; Kay, Richard & Bradley, Anthony, *European human rights law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.
28. Nicaragua, Ley 621, Ley de Acceso a la Información Pública, 2007.
29. Organización de las Naciones Unidas, Relator Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, *Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el décimo período de sesiones*, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009.
30. Organización de las Naciones Unidas, Relator Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, *Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión*, A/HRC/14/46, 17 de mayo de 2010.
31. Perú, Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2003.
32. Ruiz Miguel, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.
33. Sánchez Ferro, Susana, *El secreto de Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

34. Schreier, Fred, "The need for efficient and legitimate intelligence", en Born, Hans y Caparini, Marina (eds.), *Democratic control of intelligence services: containing rogue elephants*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2007.
35. Uruguay, Ley 18.381, Derecho de acceso a la información pública, 2008.
36. Warner, Michael, "Intelligence as a risk shifting", in Gill, Peter; Marrin, Stephen & Phythian, Mark (eds.), *Intelligence theory*, Routledge, New York, 2009.