



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD
Expediente: 11001-0324-000-2019-00478-00
Actores: GUSTAVO ADOLFO GALLÓN GIRALDO y JUAN CARLOS OSPINA RENDÓN
Demandados: NACIÓN – GOBIERNO NACIONAL- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – MINISTERIO DE CULTURA
Tema: Niega medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 2149 de 2017. Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia. Para resolver los reparos de desviación de poder y de transgresión de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, es necesario agotar la etapa probatoria

Auto que resuelve solicitud de medida cautelar

El Despacho procede a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del **Decreto 2149 de 20 de diciembre de 2017**¹, acto administrativo expedido por el Presidente de la República de Colombia y suscrito por los Ministerios del Interior, Relaciones Exteriores, Justicia y del Derecho, Defensa Nacional, Cultura, Hacienda y Crédito Público y por la Dirección Nacional de Inteligencia -DNI

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

1. Los ciudadanos **Gustavo Adolfo Gallón Giraldo** y **Juan Carlos Ospina Rendón**, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, presentaron demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

[...] PRIMERA: Declarar la nulidad del Decreto 2149 de 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

¹ “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”



Radicación: 11001032400020190047800
Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

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. [...]*

2. Este Despacho, mediante auto de 30 de junio de 2020², admitió la demanda de nulidad interpuesta en contra del decreto acusado y ordenó la notificación de dicha providencia a los entes demandados.

I.2. Solicitud de medida cautelar

3. La parte actora, en un acápite independiente del libelo petitorio, solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 2149 de 2017, tras considerar que esa norma *«fue expedida con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió y con infracción de las normas en que debería fundarse (...), tal y como se explicó en los acápites pertinentes (de la demanda)»*.

4. Para sustentar sus pretensiones, los demandantes explicaron que el Congreso de la República aprobó la Ley 1621 de 2013, *“Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*.

5. El artículo 30 de la norma *ibidem* creó a la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivo de Inteligencia y Contrainteligencia – CAD. También ordenó la elaboración de un informe por parte de esta Comisión en el que se formularan recomendaciones al Gobierno nacional sobre los criterios de permanencia, retiro, y destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia. Finalmente, ordenó al Ejecutivo que, dentro del año siguiente, se pusiera en marcha el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia - SND, orientado por las recomendaciones del CAD.

6. Agregaron que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-540 de 2012, declaró la exequibilidad del anterior precepto normativo.

7. La parte actora comparó a doble columna el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia reglamentado a través del Decreto 2149 de 2017, con las recomendaciones del CAD, para concluir que la norma acusada ignoró los siguientes puntos del informe del CAD³:

² Folios 48 cuaderno principal.

³ Aclara que la primera del informe de la CAD incorporaba el marco normativo y experiencias internacionales.



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

- La creación de una instancia de depuración de archivos de inteligencia y contrainteligencia de carácter civil, autónomo e independiente del Gobierno nacional, que permita la existencia de procedimientos adecuados para el tratamiento y preservación de la información.
 - La implementación de la suspensión de la eliminación de documentos por lo menos en un término de 10 de años.
 - Tener en cuenta criterios de legalidad y valor para el proceso de depuración, permanencia o retiro de los archivos o datos. En especial, en lo concerniente a los archivos con valor histórico o que se relacionen con derechos humanos.
 - 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 del destino observando algunas recomendaciones.
8. Respecto del cargo de desviación del poder, advirtieron que: *«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».*
9. En cuanto al cargo de infracción del ordenamiento superior, los demandantes insistieron en que el del Decreto 2149 desconoce el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013 *«toda vez que su expedición es contraria a las recomendaciones de la Comisión Asesora, las cuales (...) debían orientar el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia».*
10. Al respecto, explicaron que:
- [...] El Gobierno nacional, de manera justificada y argumentada, habría podido brindar razones de inconstitucionalidad o de 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. [...]*
11. Finalmente, aseguraron que el acto acusado desconoce *«el derecho a la verdad a la ciudadanía, en especial frente a los derechos de las víctimas, y a 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».*



Radicación: 11001032400020190047800
Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

II.- TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

12. De la solicitud de medida cautelar se corrió traslado a las entidades demandadas para que se pronunciaran sobre la misma, en el término de cinco días (5) días, de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del CPACA⁴.

II.1. En dicha oportunidad, **Ministerio de Relaciones Exteriores**⁵, a través de apoderado judicial, afirmó que la petición cautelar no cumple con los presupuestos de procedencia previstos en el artículo 231 del CPACA, por cuanto los argumentos expuestos por los demandantes son insuficientes para inferir que el decreto acusado vulnera lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013 o el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

13. Por el contrario, aseguró que el Decreto 2149 de 2017 reglamentó el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, conforme con las recomendaciones de la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivo de Inteligencia y Contrainteligencia – CAD. En ese sentido, el acto acusado no fue expedido con desconocimiento de las normas en que debía fundarse, ni con desviación de las atribuciones propias del Presidente de la República.

II.2. La **Dirección Nacional de Inteligencia**⁶, a través de apoderado judicial, solicitó negar la suspensión provisional del Decreto 2149, toda vez que esa norma respeta lo previsto en la Constitución y en el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013. Además, los demandantes no acreditaron la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

14. Resaltó el mismo apoderado que el objeto de ese decreto era determinar los parámetros de actualización, corrección y retiro de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, y advirtió que la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo participaron durante su implementación, lo que garantizó la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

15. De la lectura del artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, destacó que el informe del CAD debe orientar la reglamentación desarrollada por el Gobierno nacional, y que el legislador no impuso al Ejecutivo el acatamiento obligatorio de tales recomendaciones.

16. Frente a los aspectos del informe supuestamente desconocidos por el acto demandado, explicó que el Gobierno nacional consideró todas las recomendaciones, en especial aquellas relacionadas con la creación de la instancia de depuración de archivos de inteligencia y contrainteligencia, sus funciones, composición y la conformación del Consejo Directivo.

⁴ Auto de 30 de junio de 2020. Folio 16 cuaderno medida cautelar. Y auto de 26 de marzo de 2021, que resolvió recurso de reposición contra el auto de 30 de junio de 2020.

⁵ Folio 35 a 39 cuaderno de medida cautelar.

⁶ Folios 46 a 55 vto cuaderno medida cautelar.



Radicación: 11001032400020190047800
Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

17. Indicó que el Decreto 2149 consignó temas técnicos y financieros conexos a la política de continuidad y de acceso, los cuales apoyan la Jurisdicción Especial para la Paz y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

18. Agregó que el acto acusado implementó la suspensión para la eliminación de documentos regulada también por el Acuerdo 10 de 2018⁷, y previó criterios de legalidad y valor para el proceso de depuración, permanencia o retiro de los archivos o datos.

II.3. El Ministerio de Defensa Nacional⁸, a través de apoderada judicial, sostuvo que no están dados los presupuestos de ley para que proceda la suspensión provisional del Decreto 2149 de 2017 e insistió en los argumentos de contradicción propuestos por la Dirección Nacional de Inteligencia.

II.4. El Ministerio de Justicia y del Derecho⁹, a través de apoderada judicial, señaló que la solicitud de suspensión provisional no está llamada a prosperar, por cuanto las afirmaciones de la parte actora carecen de respaldo probatorio.

19. Luego de efectuada la confrontación entre el artículo 30 de la Ley 1621 y el Decreto 2149, sostuvo que el acto demandado observó los criterios establecidos en la mencionada ley respecto de la permanencia, retiro, destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia.

20. Así mismo, mencionó que en esta etapa procesal no se ha comprobado la supuesta violación de los derechos a la sociedad y de las víctimas, de suerte que la medida cautelar deprecada no resulta idónea ni tampoco necesaria.

II.5. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁰, a través de apoderado judicial, solicitó negar la medida cautelar de la referencia, por cuanto, la parte demandante no motivó la medida perseguida y solo se limitó a mencionar argumentos «*indeterminados y genéricos*».

II.6. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹¹, a través de apoderado judicial, afirmó que el Decreto 2149 de 2017 se expidió con pleno apego a la Constitución Política y a la ley. Subrayó que el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013 no estableció que las recomendaciones contenidas en el informe

⁷ Folios 61 a 69 cuaderno medida cautelar "Por medio del cual se reglamentan y establecen los lineamientos técnicos generales en materia de gestión documental, en concordancia con la Ley General de Archivos para el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia creada mediante Decreto 2149 de 2017"

⁸ Folios 90 a 96 vto cuaderno medida cautelar. Y en el escrito de contestación de la demanda ubicado en Índice Nro. 51 de SAMAI

⁹ Folios 70 a 73 vto cuaderno medida cautelar.

¹⁰ Folios 98 a 100 cuaderno medida cautelar.

¹¹ Índice Nro. 47 de SAMAI.



Radicación: 11001032400020190047800
Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

de la CAD fueran órdenes que debía acatar el Presidente de la República en el ejercicio de sus facultades reglamentarias.

21. Afirmó que las recomendaciones tienen un carácter orientador, de manera que, si alguna no fue acatada por el Gobierno nacional, ello no significa que el reglamento acusado deba ser anulado. Es más, las recomendaciones descartadas de la Comisión Asesora se justifican en «*la guarda y protección de la seguridad nacional*».

II.7. El Ministerio del Interior¹², a través de apoderado judicial, manifestó que la solicitud cautelar no cumple con los requisitos argumentativos previstos para su procedencia, pues es necesario agotar el debate probatorio antes de evaluar la veracidad de los cargos.

22. Sostuvo que la norma acusada fue expedida por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución y conforme al artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, «*en garantía de los mandatos constitucionales y con el objetivo de proteger a la Nación, los derechos humanos, la soberanía nacional, la vigencia de la Ley, la integridad de las instituciones y la convivencia pacífica y mantener el orden público.*»

23. Agregó que el Gobierno nacional creó el SND con el fin de desarrollar un mecanismo integrado y coordinado entre la comunidad de inteligencia, las instituciones gubernamentales, los organismos de control y las autoridades judiciales.

II.8. Finalmente, el **Ministerio de Cultura**¹³, a través de apoderado judicial, reiteró que los actores no determinaron cuáles son los derechos de la sociedad presuntamente transgredidos, dado que no existen pruebas dentro del expediente que así lo demuestren, y agregó que el acto acusado fue expedido «*dentro de la legalidad sustancial, del marco normativo al cual pertenece o en el que se funda*».

III. CONSIDERACIONES

24. Para efectos de resolver la solicitud de decreto de medida cautelar y por razones metodológicas, la Sala Unitaria empezará por efectuar: (i) un análisis de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo; (ii) un estudio de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; para posteriormente (iii) resolver el caso concreto, previa evaluación

¹² Índice Nro. 48 de SAMAI

¹³ Índice Nro. 45 y 49 de SAMAI



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

de los argumentos propuestos por la demandante para justificar su petición, así como de las razones de oposición planteadas por las entidades demandadas.

III.1. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

25. Uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para **“proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”**.

26. En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte -debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

27. En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.¹⁴

28. Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

29. En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que *“podrá decretar las que considere necesarias”*¹⁵. No obstante lo anterior, a veces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar *“documentos, informaciones,*

¹⁴ Artículo 230 del CPACA

¹⁵ Artículo 229 del CPACA



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (Resaltado fuera del texto).

30. Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]¹⁶ (negrillas fuera del texto).*

31. Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

*[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]¹⁷ (negrillas fuera del texto)*

¹⁶ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁷ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: «Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’ // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de



Radicación: 11001032400020190047800
Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

32. Así las cosas, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) *fumus boni iuris***, o apariencia de buen derecho, **(ii) *periculum in mora***, o perjuicio de la mora, y **(iii)** la ponderación de intereses.

III.2. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo acusado

33. En el marco de las diversas medidas cautelares, instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo¹⁸, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231¹⁹ y siguientes del CPACA.

34. Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Por lo que su finalidad está dirigida a *«evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho»*.²⁰

acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (**idoneidad**); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (**necesidad**) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de **ponderación**, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos».

¹⁸ El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “*una o varias de las siguientes*” cautelares: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “*vulnerante o amenazante*”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

¹⁹ «[...] **Artículo 231. 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. En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...].».

²⁰ Providencia citada *ut supra*, consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

35. En cuanto al decreto de este tipo de cautelas, el artículo 231 del CPACA dispone lo siguiente:

[...] 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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. **Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.**
2. **Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.**
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) **Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o**
 - b) **Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.** [...] (negritas fuera del texto)

36. En lo concerniente al debido entendimiento de la norma en cita, en providencia de 26 de junio de 2020²¹, esta Sección aclaró que **cuando se trata de medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y se acredita *prima facie* que el acto acusado contraviene el ordenamiento jurídico superior, de manera implícita se satisfacen los requisitos del perjuicio por la mora *periculum in mora*, y de apariencia de buen derecho *fumus boni iuris***; pues en un Estado Social de Derecho esos elementos siempre concurren cuando se trata de la efectiva transgresión del ordenamiento jurídico por parte de las autoridades públicas.

IV. Del caso concreto

37. En el asunto *sub examine*, la parte actora solicitó la suspensión provisional del Decreto 2149 de 2017, luego de considerar que ese acto administrativo transgrede lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013 “*Por medio de la cual se*

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 19 de junio de 2020. Radicación: 11001032400020160029500. MP.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor; RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A.



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

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”, y está afectado del vicio de desviación del poder.

38. En su sentir, el Sistema Nacional de Depuración de Datos y Archivos de Inteligencia y Contrainteligencia, reglamentado a través del Decreto 2149 de 2017, desconoce las recomendaciones dictadas en esta materia por la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivo de Inteligencia y Contrainteligencia, las cuales orientan dicho sistema, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013.

39. Además, aseguraron que el Decreto 2149 quebranta el *«derecho a la verdad a la ciudadanía, en especial frente a los derechos de las víctimas, y a 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»*.

40. Por su parte, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección Nacional de Inteligencia -DNI se opusieron a la cautela con fundamento en cuatro razones fácticas y jurídicas.

41. En primer lugar, indicaron que las recomendaciones de la Comisión Asesora para la Depuración de Datos y Archivo de Inteligencia y Contrainteligencia tienen un carácter orientador, pero no vinculante, según lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013. En segundo lugar, agregaron que, antes de emitir un pronunciamiento definitivo sobre los reparos, resultaba necesario agotar la etapa probatoria. En tercer lugar, explicaron que el Decreto 2149 acató las recomendaciones que no generaban un riesgo para la seguridad nacional. Finalmente, y en cuarto lugar, consideraron que la solicitud de suspensión provisional no cumple con los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 231 del CPACA.

42. En ese orden de ideas, antes de resolver la solicitud de suspensión provisional, es necesario poner de presente que, tal y como lo mencionan los sujetos procesales, el artículo 30 de la Ley 1621 ordenó la conformación de un sistema de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, cuyos componentes estarían orientados por el informe de recomendaciones de la Comisión, en el siguiente sentido:

[...] ARTÍCULO 30. COMISIÓN ASESORA PARA LA DEPURACIÓN DE DATOS Y ARCHIVOS DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA. Créase la Comisión asesora para la depuración de



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

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. [...]

43. De la lectura del anterior precepto normativo, se observa que para efectos de resolver de fondo la controversia, se deberá confrontar el contenido de ese informe tanto con los componentes de la reglamentación como con las normas superiores invocadas como infringidas, a efectos de determinar si el Gobierno nacional desconoció las recomendaciones del CAD y, especialmente, si las mismas son o no vinculantes.

44. Siendo ello así, el documento de recomendaciones y los antecedentes administrativos del Decreto 2149 constituyen un presupuesto indispensable para resolver los reparos propuestos en este litigio. Sin embargo, lo cierto es que tales pruebas documentales no fueron allegados por los demandantes ni han sido recaudadas. En este mismo sentido, cabe poner de relieve que la parte actora, en el libelo de la demanda, presentó la siguiente solicitud de práctica de pruebas:

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



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

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. [...]²²

45. También se pone de relieve que el apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al momento de pronunciarse respecto de la solicitud cautelar, no aportó los antecedentes del acto demandado, luego de explicar que: «*el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no integró al Gobierno Nacional en la expedición del decreto 2149 de 2017, de manera que, carece de toda documentación de soporte*».

46. Tampoco la Dirección Nacional de Inteligencia allegó los antecedentes del Decreto 2149 de 2017, ni el informe de la CAD, aun cuando presentó la copia del memorando 3-2017-021904 de 24 de noviembre de 2017²³, del oficio 2-2017-041158 de 1º de diciembre de 2017²⁴, de la certificación de la publicación en página web del proyecto de Decreto²⁵ y la copia de los Acuerdos 027 de 2006 y 010 de 2018²⁶.

47. Valga recordar que, según lo previsto en el artículo 231 del CPACA, las medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo proceden previa acreditación probatoria de las razones de hecho y de derecho planteadas en la solicitud cautelar, como puede observarse:

[...] ARTÍCULO 231. 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.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. ***Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.***

²² Folio 13 vto cuaderno medida cautelar.

²³ Índice Nro. 40 de SAMAI. Suscrito por el Director General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el cual informa a la la Secretaria General de dicha Entidad, que no tiene observaciones de tipo presupuestal sobre el proyecto de Decreto demandado

²⁴ Índice Nro. 40 de SAMAI. Fecha 5 de diciembre de 2017.

²⁵ Índice Nro. 40 de SAMAI.

²⁶ Índice Nro. 40 de SAMAI.



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

3. **Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.**

4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*

a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*

b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. [...]*

48. En armonía con lo anterior, el artículo 229 del CPACA reguló los deberes de sustentación probatoria exigibles a la parte actora, en los siguientes términos:

[...] ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo [...].

49. Por todo lo anterior, en el caso concreto, el demandante tenía la obligación de acreditar los supuestos fácticos necesarios que le permitieran al juez contencioso evaluar, de un lado, la supuesta transgresión del artículo 30 de la Ley 1621 de 2013, y del otro, determinar si el Decreto 2149 está afectado del vicio de desviación del poder.

50. Nótese que el vicio de desviación del poder «*tiene lugar cuando los motivos que justifican el acto resultan ajenos a la ley. De allí que, cuando se alega esta causal de nulidad, debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan*²⁷». (negrillas fuera del texto)

51. De allí que no es posible cuestionar el fin que motivó la expedición del acto acusado o el carácter vinculante o no de las recomendaciones, sin evaluar los antecedentes administrativos y sin analizar el informe definitivo del CAD, aspecto que dilucidara la Sala en conjunto una vez transcurra el proceso judicial en todas sus etapas.

²⁷ Ver, entre otras: Sentencia del 22 de enero de 2015. M.P.: María Claudia Rojas Lasso. Rad.: 2008 00382 01 / Sentencia de 20 de junio de 2019, M.P.: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN, Radicación número: 76001-23-31-000-2010-00459-01



Radicación: 11001032400020190047800
 Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

52. En este contexto, y tal y como el Despacho lo ha sostenido en las providencias de 4 de marzo²⁸ y de 9 de julio de 2020²⁹, y la Sección Quinta de esta Corporación en los autos de 18 de septiembre de 2012³⁰, 17 de marzo de 2016³¹ y 27 de junio de 2018³², no es posible emitir un pronunciamiento de fondo sobre la procedencia de una solicitud cautelar en la que existe una duda probatoria sobre los presupuestos del juicio de legalidad.

53. Al respecto, es menester resaltar el antecedente jurisprudencial de 17 de marzo de 2016, en el que la Sección Quinta negó una medida cautelar por cuanto era necesario agotar el debate probatorio para dilucidar la veracidad de los cargos, por las siguientes razones:

*[...] De conformidad con lo expuesto, la Sala observa que existe una contradicción entre **las noticias de prensa** obrantes en el expediente, valoradas de conformidad con lo dicho por la jurisprudencia reseñada y las **pruebas documentales remitidas por la Subsecretaría de Recursos Humanos de la Gobernación**, éstas últimas gozan de una mayor credibilidad por ser un documento público que hace fe de las declaraciones allí contenidas, según lo dispuesto en el art. 257 del CGP.*

Por ende, esta Sala Electoral en atención a las reglas de la sana crítica, considera que en este estado del proceso debe dársele mayor valor probatorio a las pruebas documentales referidas, remitidas por la Subsecretaría de Recursos Humanos de la Gobernación.

Consecuentemente, se debe confirmar la decisión porque el actor, en esta etapa del proceso, no logró demostrar que la señora Jessica Echeverry se haya posesionado como Secretaria de Turismo y Comercio del departamento, hecho sobre el cual se fundamenta la causal de inhabilidad alegada por la parte demandante.

Así pues, la eventual o posible disconformidad que a juicio de la parte actora puede haber en el desarrollo de los hechos de nombramiento y posesión de la pariente del Concejal será asunto objeto de prueba y de cumplimiento de la carga probatoria acuciosa por parte de los sujetos procesales o del impulso procesal que le corresponde al juez en búsqueda de la verdad. [...]

54. Significa lo anterior que resulta improcedente conceder la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 2149 de 2017, dado que no se puede establecer una trasgresión del ordenamiento jurídico o la existencia del vicio de desviación de poder a partir del análisis de las pruebas que obran en el plenario.

²⁸ Radicación: 11001032400020180047000.

²⁹ Expediente: 11001032400020180028900, Actor: JUAN CARLOS SALAZAR TORRES Y GUIDO ALEJANDRO MACHADO PELÁEZ

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, sentencia de 18 de septiembre de 2012, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00049-00

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ, sentencia de 17 de marzo de 2016, Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01577-01

³² CONSEJO DE ESTADO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, sentencia de 18 de septiembre de 2012, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00049-00



Radicación: 11001032400020190047800
Demandante: Gustavo Adolfo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina Rendón

En mérito de lo expuesto, el Consejero de Estado de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la suspensión provisional de los efectos jurídicos del **Decreto 2149 de 2017**, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Efectuar las anotaciones secretariales de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

(P 23 y 22)